

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

MARCELO CACINOTTI COSTA

O MÉTODO DOS INDÍCIOS FORMAIS DE MARTIN HEIDEGGER E A
CONTRIBUIÇÃO DA MORAL COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA UMA
ADEQUADA APLICAÇÃO DO DIREITO

São Leopoldo

2015

Marcelo Cacinotti Costa

O MÉTODO DOS INDÍCIOS FORMAIS DE MARTIN HEIDEGGER E A
CONTRIBUIÇÃO DA MORAL COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA UMA
ADEQUADA APLICAÇÃO DO DIREITO

Tese apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor, pelo programa
de Pós-Graduação em Direito da Universidade
do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.
Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2015

C837m Costa, Marcelo Cacinotti

O método dos indícios formais de Martin Heidegger e a contribuição da moral como condição de possibilidade para uma adequada aplicação do direito / Marcelo Cacinotti Costa -- 2015. 294 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2015.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

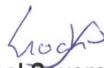
1. Direito. 2. Filosofia - Indício formal - Direito. 3. Sentido das coisas. 4. Democracia constitucional. 5. Hermenêutica jurídica. 6. Direito e Moral. I. Título. II. Streck, Lenio Luiz.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “O MÉTODO DOS INDÍCIOS FORMAIS DE MARTIN HEIDEGGER E A CONTRIBUIÇÃO DA MORAL COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA UMA ADEQUADA APLICAÇÃO DO DIREITO”, elaborada pela doutoranda **Marcelo Cacinotti Costa**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 14 de dezembro de 2015.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

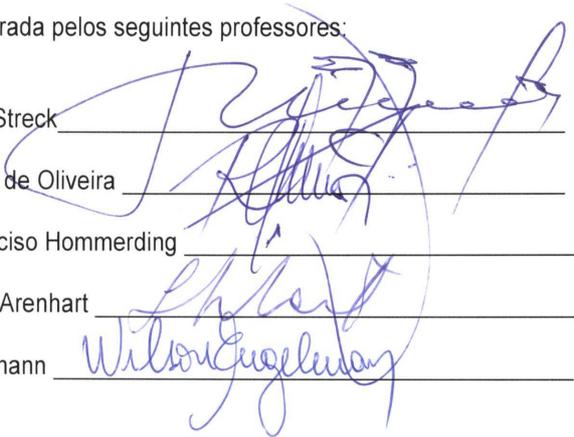
Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Rafael Tomaz de Oliveira

Membro: Dr. Adalberto Narciso Hommerding

Membro: Dr. Livio Osvaldo Arenhart

Membro: Dr. Wilson Engelmann



AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Lenio Luiz Streck, com admiração, pela orientação, pela acolhida e pela relação de amizade.

Aos Professores do Curso de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), ao Coordenador Professor Doutor Leonel Severo Rocha, pela amável acolhida e pela qualidade das aulas ministradas, bem como aos funcionários da Secretaria, pela cordialidade e presteza no atendimento.

Aos Colegas do Curso de Doutorado em Direito da UNISINOS, em especial aos companheiros de jornada acadêmica Vinicius de Melo Lima, Willam Parente Mazza e Paulo Afonso Brum Vaz, pela amizade e parceria construídas, além dos diálogos que abriram caminhos para a consecução deste esforço. Aos amigos do Dasein, grupo de estudos coordenado pelo Professor Doutor Lenio Luiz Streck e, a querida colega Clarissa Tassinari. Ao meu colega e amigo Carlos Alberto Bortoluzzi Júnior, fundamental na continuidade e na manutenção da minha atividade como advogado na Comarca de Santo Ângelo-RS.

À minha família (Elisa, Dilceu, Marfisa, Andréa, Renata e Bruna), por todos os dias.

À minha esposa (Ana Cristina), pelo estímulo, carinho e compreensão de sempre.

RESUMO

A partir de premissas filosóficas de Martin Heidegger (indícios formais), o presente trabalho visa estabelecer as bases para a construção de uma teoria interpretativa adequada para o Direito, principalmente no que se refere ao sentido das coisas (conceitos jurídicos), sem jamais perder de vista a democracia e o respeito à Constituição. A ideia é reconstruir um pouco da trajetória heideggeriana em direção à fenomenologia da faticidade, como instrumento pensado para superação do avanço da metafísica e, conseqüentemente, do relativismo no Direito. Aborda-se um novo conceito de mundo vivido, caracterizado pela experiência da vida fática. Nesse contexto, a Filosofia recebe importância singular, já que é a partir dela que se torna possível transcender em direção ao novo e ao diferente. Pensar o sentido das coisas significa abandonar a relação sujeito-objeto, valorizar o tempo e deixar que o sentido aconteça na linguagem, a partir da força da tradição histórica (Gadamer). Para tanto, promove-se uma discussão sobre os efeitos do senso comum na comunidade jurídica, cuja superação perpassa necessariamente por uma destruição fenomenológica. A crise no Direito, representada principalmente pelo protagonismo judicial, é apresentada como uma questão de democracia, ideia defendida através de uma aproximação com o pensamento de Ronald Dworkin, assim como pela perspectiva teórica adotada no Brasil por Lenio Streck. A hermenêutica heideggeriana é apresentada pelo método dos indícios formais, pensado no âmbito interpretativo como forma de superação da relativização/entificação dos sentidos. O caráter interpretativo dos indícios formais e a sua função referencial ganha força na medida em que se compreendem os prejuízos da própria cognição, a concepção prévia, o círculo hermenêutico e, como não poderia deixar de ser, da própria noção do *Dasein*. Embora já em condições de distinguir o comportamento interpretativo típico da tradição metafísica (ôntico) do comportamento interpretativo ontológico, o método das indicações formais anseia por mais. É necessário não desprezar o tempo para todo o intento interpretativo, situação que se intensifica quando é necessário estabelecer conceitos para chegar a resultados, como no Direito. A tese que o Direito e a moral são co-originários ganha força na medida em que se analisam algumas teorias jurídico-filosófica: i) A dimensão moral no Direito em Otfried Höffe (Justiça Política); ii) A dimensão ética do Direito e a autoridade moral da Constituição; iii) A dimensão moral do Direito em Ronald Dworkin. De acordo com a co-originariedade entre Direito e moral, a construção da interpretação jurídica de uma comunidade não se contenta exclusivamente com a forma ou com o procedimento. Isso porque, se faz necessário um compromisso ético-moral de substancialidade democrática, que perpassa a responsabilidade de todos os partícipes.

Palavras-chave: Indícios formais no Direito. Sentido das coisas. Democracia constitucional. Conceitos interpretativos. Hermenêutica jurídica. Co-originariedade entre Direito e Moral.

ABSTRACT

The present work aims, from philosophical premises of Martin Heidegger (formal evidences), lay the foundation for building a proper interpretive theory for the law, especially in what regards to the meaning of things (legal concepts), without ever losing view of democracy and respect for the Constitution. The idea is to reconstruct some of Heidegger's trajectory towards the phenomenology of facticity as an instrument designed to overcome the metaphysical advancement and hence relativism. It approaches a new concept of lived world, characterized by the experience of factual life. In this context, Philosophy receives singular importance, since it is from there that it is possible to transcend towards the new and the different. Think about the meaning of things means abandoning the subject-object relationship, cherish the time and let the sense happens in language, from the force of historical tradition (Gadamer). To this end, it promotes a discussion about the effects of common sense in the legal community, whose overcome permeates, necessarily, by a phenomenological destruction. The crisis in the law, mainly represented by the judicial role, is presented as a question of democracy, idea that is defended through a contrast with the thought of Ronald Dworkin, and an approach to the perspective adopted in Brazil for Lenio Streck. Heidegger's hermeneutics is presented by the method of formal evidences, thought in the interpretive framework as a way of overcoming the relativization/entification of the senses. The interpretative character of formal evidences and its prohibitive-referential function gains strength to the extent that they understand the losses of cognition itself, the previous design, the hermeneutical circle and, as it couldn't stop being, the own notion of *Dasein*. Although longer able to distinguish the typical interpretive behavior of the metaphysical tradition (ontic) of the ontological interpretative behavior, the method of formal indications craves more. Hence the interdependent relationship of the method of formal statements with morality. It's necessary don't waste the time for any interpretive intent, situation that is intensified when it is necessary to establish concepts for reaching results, as in the Law. The thesis that Law and morality are co-originating gains strength as we analyze some legal and philosophical theories: i) The moral dimension in Law in Otfried Höffe (Justice Policy); ii) The ethical dimension of Law and the moral authority of the Constitution; iii) The moral dimension of Law Ronald Dworkin. According to co-originating between Law and morality, the construction of the legal interpretation of a community is not content only with the form or the procedure, that because it is necessary an ethical and moral commitment to democratic substantiality that permeates the responsibility of all participants.

Keywords: Formal Evidence in Law. Sense of things. Constitutional democracy. Interpretative concepts. Legal interpretation. Co-originating between Law and morals.

RESUMEN

El presente trabajo, a partir de premisas filosóficas de Martin Heidegger (evidencia formal), sentar las bases para la construcción de una teoría interpretativa adecuada a la ley, especialmente en relación con el significado de las cosas (conceptos legales), sin perder nunca vista de la democracia y el respeto a la Constitución. La idea es reconstruir algunos de trayectoria de Heidegger hacia la fenomenología de la facticidad como un instrumento diseñado para superar el avance metafísica y por lo tanto el relativismo. Se acerca un nuevo concepto de mundo de los vivos, que se caracteriza por la experiencia de la vida fáctica. En este contexto, Filosofía recibe singular importancia, ya que es a partir de ahí que es posible trascender hacia el nuevo y lo diferente. Piensa en el significado de las cosas significa abandonar la relación sujeto-objeto, apreciamos el tiempo y dejar que el sentido que sucede en el lenguaje, de la fuerza de la tradición histórica (Gadamer). Con este fin, promueve una discusión sobre los efectos de sentido común en la comunidad legal, y para superar necesariamente impregna una destrucción fenomenológica. La crisis en la ley, representada principalmente por la función judicial, se presenta como una cuestión de democracia, una idea que está defendido por un acercamiento con el pensamiento de Ronald Dworkin, y un acercamiento a la perspectiva adoptada en Brasil por Lenio Streck. Hermenéutica de Heidegger es presentado por el método de pruebas formales, pensamos que el marco interpretativo como una forma de superar el relativismo/entificación los sentidos. La necesidad de la reconstrucción pasa a través de la reformulación del método fenomenológico, la identificación de la palabra con su fuerza trascendental, la valoración de la experiencia de la vida fáctica como base para el método de declaraciones formales. El carácter interpretativo de la evidencia formal y su ganancia de función prohibitiva-referencial fuerza en la medida en que ellos entienden las pérdidas de la cognición en sí, el diseño anterior, el círculo hermenéutico y, como debe ser, la propia noción de *Dasein*. Aunque ya capaz de distinguir el comportamiento interpretativo típico de la tradición metafísica (óptica) el comportamiento interpretación ontológica, el método de las indicaciones formales anhela más. De ahí que la relación de interdependencia del método de declaraciones formales con la moralidad. No se debe pasar por alto el momento para que todos la intención interpretativa, una situación que se intensifica cuando es necesario establecer los conceptos para los que llegan a resultados, como en Derecho. La tesis de que el derecho y la moral son co-origenarios gana fuerza en que se analizan algunas teorías jurídicas y filosóficas: i) La dimensión moral en la Ley de Otfried Höffe (Política de la Justicia); ii) La dimensión ética de la ley y la autoridad moral de la Constitución; iii) La dimensión moral de derecho Ronald Dworkin. Según el co-origenariedad entre derecho y moral, la construcción de la interpretación jurídica de una comunidad no se conforma sólo con la forma o el procedimiento, esto porque es necesario un compromiso ético y moral de la sustancialidad democrático que impregna la responsabilidad de todos los participantes.

Palabras-clave: Evidencia formal en Derecho. Sentido de las cosas. La democracia constitucional. Conceptos interpretativos. Interpretación legal. Co-origenariedad entre el derecho y la moral.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	ANÁLISE DO CONCEITO OPERACIONAL DOS INDÍCIOS FORMAIS UTILIZADO COMO CARACTERÍSTICA ESPECÍFICA DOS CONCEITOS FILOSÓFICOS	15
2.1	CONSIDERAÇÕES PREPARATÓRIAS	15
2.2	CONTEXTUALIZANDO O PENSAMENTO HEIDEGGERIANO NO TEMPO: BREVES INCURSÕES HISTÓRICO-FILOSÓFICAS	22
2.3	O ITINERÁRIO DO PENSAMENTO HEIDEGGERIANO	29
2.4	O MUNDO VIVIDO: A EXPERIÊNCIA DA VIDA FÁTICA	38
2.5	A FILOSOFIA (INQUIETAÇÃO INTENSIFICADA)	49
2.6	POR QUE PENSAR O SENTIDO DAS COISAS É IMPORTANTE PARA O DIREITO?	59
2.7	INEXISTE O CONCEITO (TEXTO LEGAL POSITIVADO) SEM O CONTEXTO DE MUNDO (FUNDAMENTO-HISTÓRICO)	70
2.8	A HERMENÊUTICA DA FATICIDADE	82
2.9	OS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS (HERANÇA METAFÍSICA) PLASMADOS NO SENSO COMUM E A NECESSIDADE DA DESTRUIÇÃO FENOMENOLÓGICA	91
2.10	POR QUÊ PENSAR O SENTIDO DAS COISAS (NO DIREITO) É UMA ATITUDE ÉTICO-MORAL?	97
3	AS INDICAÇÕES FORMAIS E O MÉTODO HERMENÊUTICO ..	104
3.1	O MÉTODO TRADICIONAL DE ORDENAÇÃO TEÓRICA (FORMALIZAÇÃO E GENERALIZAÇÃO) E OS INDICATIVOS FORMAIS	110
3.2	AS INDICAÇÕES FORMAIS EM TRÊS MOMENTOS: CONTEÚDO, RELAÇÃO E REALIZAÇÃO	115
3.3	O MÉTODO FENOMENOLÓGICO COMO (RE) CONSTRUÇÃO	122
3.3.1	A Pa-Lavra Interior (Verbum Interius): Aspectos Linguísticos Importantes à Compreensão das Coisas de Forma Não Teórica	126
3.3.2	A Metafísica Tradicional e a Herança da Definição	132
3.3.3	A Experiência da Vida Fática: Base para o Método das Indicações Formais	135
3.3.4	Os Prejuízos como Elementos da Própria Cognição	139
3.3.5	As Indicações Formais e a Concepção Prévia	142
3.3.6	As Indicações Formais e o Círculo Hermenêutico	151
3.3.7	O <i>Dasein</i> e as Indicações Formais	154

3.4	AS INDICAÇÕES FORMAIS E A SUA FUNÇÃO AUXILIAR AO MÉTODO FENOMENOLÓGICO HEIDEGGERIANO	160
3.5	O MÉTODO FENOMENOLÓGICO: COMPREENSÃO LIGADA AO MUNDO VIVIDO	166
3.6	O DIREITO E OS INDÍCIOS FORMAIS: UMA RELAÇÃO INTERPRETATIVA NECESSÁRIA	175
3.7	LINGUAGEM E SUBJETIVIDADE	179
3.7.1	A Linguagem: Condição para a Transcendência	183
4	DIREITO E DEMOCRACIA: OS INDÍCIOS FORMAIS COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A CO-ORIGINARIEDADE ENTRE DIREITO E MORAL	191
4.1	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	191
4.2	A CO-ORIGINARIEDADE DO DIREITO (NA PERSPECTIVA DE INDÍCIOS FORMAIS) E DA MORALIDADE	199
4.2.1	<i>Ethos</i> (Ética e Moral) Por Quê Distinguir?	204
4.2.2	A Leitura Moral da Constituição a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck	208
4.3	A DIMENSÃO MORAL NO DIREITO EM OTFRIED HÖFFE (JUSTIÇA POLÍTICA)	212
4.3.1	Considerações Introdutórias	212
4.3.2	Uma Breve Noção de Justiça Política em Höffe	217
4.3.3	O Mito do Positivismo Jurídico	222
4.4	A DIMENSÃO ÉTICA DO DIREITO E A AUTORIDADE MORAL DA CONSTITUIÇÃO	225
4.4.1	A Parametricidade Moral	229
4.4.2	A Autoridade da Constituição	233
4.5	ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIMENSÃO MORAL DO DIREITO EM RONALD DWORKIN	242
4.5.1	Considerações Introdutórias	242
4.5.2	Levando os Direitos a Sério	246
4.5.3	A Integridade e Coerência como Princípios Políticos (Moral)	257
4.5.4	Justiça para Ouriços (<i>Justice for Hedgehogs</i>)	261
5	CONCLUSÕES	272
	REFERÊNCIAS	280

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa estabelecer a relação da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger com o Direito, a partir do método dos indícios formais, como técnica filosófica utilizada para reaproximar a interpretação da fenomenologia, isto é, do caso concreto. Também, impõe-se registrar a tentativa de reconciliar o Direito com a Filosofia, em um nítido “acerto de contas” no que se refere ao intenso déficit interpretativo que permeia o Direito, herdeiro da tradição filosófica predominante na modernidade.

De plano, cumpre deixar claro, inclusive para fins metodológicos, as hipóteses investigadas e os objetivos, gerais e específicos, almejados nesta tese. O problema a ser enfrentado diz respeito à identificação de mecanismos teórico-filosóficos aptos à construção de uma interpretação jurídica adequada. O objetivo geral é estabelecer estes elementos teórico-filosóficos e estruturais, a partir do método dos indícios formais contido na obra de Martin Heidegger. Constitui-se como hipótese nuclear: que a filosofia existencial de Martin Heidegger (indícios formais) efetivamente fornece um roteiro teórico-filosófico consistente para guiar uma investigação interpretativa suficiente para o Direito.

Nesse fio, os objetivos específicos podem ser assim resumidos: a) expor e analisar criticamente a contribuição heideggeriana para uma interpretação fenomenológica, dando às suas teses uma visão de conjunto; b) (re)adequar a relação de coexistência entre o direito e a moral no contexto do constitucionalismo brasileiro; e c) propor, a partir de premissas teóricas determinadas (harmonizadas, quando possível, com os supostos da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck), fundamentos para composição de uma teoria jurídica normativa, no âmbito da qual se forneçam critérios para a produção de uma decisão jurídica democrática e hermeneuticamente consistente.

A originalidade do problema está exatamente na questão interpretativa que assola o Direito, relacionada com as alternativas hermenêuticas propostas nesta tese: i) a relação não-referencial dos indícios formais traz à tona a importância do caso concreto; ii) o contexto de significabilidade (Constitucional) pressupõe um *a priori* compartilhado que não pode ser ignorado; iii) a co-originariedade entre Direito e moral é suficiente para se sustentar uma Teoria da Justiça/Teoria da Legislação (responsabilidade).

Daí a justificativa para a estruturação dos capítulos apresentada na tese. Primeiro capítulo contextualizando a filosofia hermenêutica no tempo, principalmente porque se evidencia um efetivo problema interpretativo herdado da tradição filosófica. O segundo capítulo ressalta a contribuição hermenêutica da filosofia heideggeriana a partir do método

das indicações formais, ou seja, prepara o leitor para refletir em torno do contexto de significabilidade e discute por que pensar o sentido das coisas (no Direito) é uma atitude ético-moral? (Pergunta contida no final do primeiro capítulo com o propósito de ser respondida ao longo dos dois capítulos seguintes).

Por fim, embora já exaurida a relação hermenêutica dos indícios formais com o objeto interpretativo do Direito, o que, por si só já poderia caracterizar uma tese, buscou-se ir além. O terceiro e último capítulo, portanto, aposta na aplicação efetiva e concreta do contexto de significabilidade que fora evidenciado nos primeiros capítulos com as considerações filosóficas da hermenêutica da faticidade (indícios formais).

Portanto, busca-se, de modo original, traçar uma conexão entre o problema interpretativo no Direito (problema), amplamente reconhecido por inúmeros críticos, como verificado na Nova Crítica do Direito de Lenio Streck, e a alternativa hermenêutico-filosófica dos indícios formais (hipótese), pensada como alternativa metodológica para superar o problema da metafísica da modernidade (subjetivismo). Não menos importante, pretende-se trazer operacionalidade à tese, relacionando o conceito de Direito como algo indissociável à democracia e à justiça, isto é, sustentando a ideia de que o Direito e a moral são co-originários.

Historicamente, os indícios formais foram pensados na Filosofia, em um momento de profundas divergências a respeito da importância da experiência e da realidade fáctica para o contexto interpretativo, principalmente após o grande espaço que as teorias subjetivistas acabaram conquistando no início do século XX.

Na verdade, o intento de transpor a Filosofia para o Direito, no Brasil, não pode ser considerado como novidade, uma vez que juristas consagrados já realizaram tal tarefa com muito êxito. Entretanto, o enfoque que se pretende trabalhar apresenta-se, ainda, bastante incipiente, tendo em vista que está voltado para a prática interpretativa do Direito relacionado à moral.¹

¹ De plano, cumpre deixar claro, inclusive para fins metodológicos, as hipóteses investigadas e os objetivos, gerais e específicos, almejados nesta tese. O *problema* a ser enfrentado diz respeito à identificação de mecanismos teórico-filosóficos aptos à construção de uma interpretação jurídica adequada. O *objetivo geral* é estabelecer alguns destes elementos teórico-filosóficos e estruturais, a partir do método dos indícios formais contido na obra de Martin Heidegger. Aliás, constitui-se como *hipótese* nuclear: a obra de Martin Heidegger efetivamente fornece um roteiro teórico-filosófico consistente para guiar uma investigação deste tipo. Nesse fio, os *objetivos específicos* podem ser assim resumidos: a) expor e analisar criticamente algumas das principais teses de Martin Heidegger, dando a estas uma visão de conjunto; b) adequar a relação de coexistência entre o direito e a moral no contexto do constitucionalismo brasileiro; e c) propor, a partir de premissas teóricas determinadas (harmonizadas, quando possível, com os supostos da *Crítica Hermenêutica do Direito*, de Lenio Streck), fundamentos para composição de uma teoria jurídica *normativa*, no âmbito da qual se forneçam critérios para a produção de uma decisão jurídica democrática e hermeneuticamente consistente.

A preocupação central que assola a comunidade jurídica está em reafirmar a conquista de direitos e, principalmente, confirmar o avanço da era das Constituições. A defesa da democracia, portanto, constitui como um ideal a ser perseguido de maneira implacável, com o intuito de impedir que a atuação do Estado possa, de alguma maneira, comprometer o processo contínuo de democratização.

Não é demasiado lembrar a importância da NCD (Nova Crítica do Direito), de Lenio Streck, suficiente para introduzir uma ruptura com a tradição jurídica brasileira e o seu *modus operandi*, mais especificadamente relacionada com o senso comum dos juristas e o impressionante espaço discricionário que a prestação jurisdicional historicamente passou a utilizar, sem sofrer qualquer tipo de intervenção crítica.

Do mesmo modo crítico, como Lenio Streck vem pensando a atuação do Poder Judiciário e o próprio contexto legislativo do Brasil (contrário à ideia de que o Estado-Juiz pode decidir conforme a sua consciência),² o presente trabalho visa pensar na relação de sentido das coisas (conceitos jurídicos contextualizados democraticamente) e a necessidade de que os conceitos tenham os seus fundamentos (DNA) construídos dialogicamente. Daí a utilização do método dos indícios formais como um reforço filosófico para obter tal desiderato.

O método dos indícios formais, portanto, é transposto da filosofia hermenêutica para o Direito, com o mesmo escopo de sua criação originária, isto é, funcionar como um antídoto à adjudicação de sentido por teorias artificializadas que, ao fim, são prejudiciais à democracia, na medida em que, de modo impositivo e autoritário, impedem que a *linguagem* (Gadamer) exerça a sua primeira função: desvelar o sentido das coisas.

O avanço do psicologismo é traço bastante marcante na filosofia científica da modernidade, como herança do próprio positivismo exegético, não só pela aposta na *intencionalidade* do intérprete, mas, principalmente, pela aposta malsucedida em processos de racionalização do caso concreto, como se fosse possível afastar do processo interpretativo a facticidade.

Daí a importância *referencial* para a filosofia hermenêutica do método das indicações formais. Trata dos conceitos como uma análise preliminar suficiente para orientar a investigação em direção ao que se está indicando, sem, contudo, exaurir qualquer sentido de maneira prévia e totalmente alheio à situação concreta, objeto da interpretação.

² Vide: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013a.

O método heideggeriano, criado como um condutor interpretativo, tem a finalidade precípua de redirecionar a Filosofia que, segundo o filósofo alemão, caracterizava-se pelo “esquecimento do ser”. O *esquecimento do ser* a que Heidegger se refere, na verdade, está ligado aos mesmos fatores que Lenio Streck³, em sua NCD – Nova Crítica do Direito, denuncia em relação aos rumos do conhecimento jurídico. Para ele

O conhecimento, com efeito, não se reduz à representação, ele é o reconhecimento de uma presença: ‘Em outros termos, não basta ver um objeto, ver-se a si mesmo (o que nunca fazemos): é preciso ‘ver que’ nós estamos ‘aí’ e que há um objeto’. Esta relação com a presença, que torna invisíveis o eu e o objeto, é precisamente o Ser, o *sum cogitans* do ‘cogito’. Aos olhos de Heidegger, a subjetividade é o resultado desta tentativa pela qual o pensamento se exclui da esfera ontológica para pôr o ser diante dele com um objeto. Também a filosofia do ‘cogito’ é o sinal do maior esquecimento do Ser. Porque Descartes não elucidou o ser do sujeito, o *sum* do ‘cogito’, não viu que o pensamento estava já orientado para o mundo e que era, por consequência, inútil fazer o desvio pela transcendência divina para aí procurar a fonte da relação entre o ‘eu’ e a realidade exterior

A ideia central desenvolvida nesta tese é, de conformidade com a obra de Lenio Streck, dar continuidade à transposição da Filosofia ao Direito no sentido de propiciar o desvelamento da verdade. A tarefa hermenêutica de se chegar à verdade pressupõe, entre outras coisas, levar a sério alguns pressupostos interpretativos necessários: i) afirmar que algo é só pode ser possível no tempo (*Ser e Tempo*); ii) a *linguagem* é a casa do ser (condição de possibilidade); iii) a interpretação mais próxima da verdade é aquela que se dá em um ambiente livre e democrático, isto é, incompatível com o arbítrio e/ou com a discricionariedade.

Portanto, a condição hermenêutica, ou o *como* hermenêutico, não devem ser ignorados, sob pena de não se saber qual o lugar de fala, que é questão semântica fundamental para o entendimento (hermenêutico), e somente se dá na faticidade.

Superada, assim, a questão hermenêutica a respeito da necessidade de valorização do caso concreto a partir do método dos indícios formais, poder-se-ia imaginar, na finalização desta tese, a constituição de uma ideia suficiente para contribuir de alguma forma com a interpretação jurídica. Entretanto, o sentimento que permanece ainda é de incompletude. Daí o direcionamento ao terceiro capítulo, apostando-se na incindibilidade entre Direito e moral.

³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013a. p. 255, grifo do autor.

É necessário trabalhar no Direito com a matriz dos princípios constitucionais que organiza e nutre todo o sistema em vigor. Tanto é assim que uma regra jurídica pode não ser aplicada se, no caso concreto, ela contrariar a integridade principiológica da Constituição, principalmente em relação à coerência e à força normativa.

É possível afirmar, então, que as regras estão para o Direito, assim como os conceitos como indícios formais, estão para a Filosofia. Mas, e os princípios? Streck dirá que os princípios fecham a interpretação e as regras abrem, pois são *porosas*.⁴ Na verdade, em meio a tudo isso, é preciso concordar com Streck, pois os princípios não podem ser catalogados, como se fossem uma criação taxativa do legislador, da maneira como o Direito Civil elenca o rol dos direitos reais (art. 1225, CCB), principalmente porque a disposição legal sempre chegará tarde em relação ao mundo da vida.

A não taxatividade dos princípios impede que eles sejam catalogados e, ao fim, se reduzam pelo exaurimento. De outro lado, nem a verve do artista, nem a discricionariedade judicial têm legitimidade suficiente para permitir a criação inventiva de princípios, com o intuito de adornar ou justificar alguma fundamentação (*panprincipiologismo*).⁵

Daí a indagação: Qual a relação dos princípios com o Direito? A partir da afirmação da *co-originariedade entre Direito e moral* de Habermas, poder-se-ia dizer que os princípios não podem ser catalogados do mesmo modo como a moral se dá, isto é, eles são decorrentes da relação dialógica e intersubjetiva do mundo da vida. É o resultado da sedimentação paulatina de elementos quotidianos que formam a complexidade da vida. Por isso, não é possível que os princípios e a própria moral sejam adjudicados pela vontade de alguém.

Falar em incidibilidade entre Direito e moral é apostar na Constituição que determina a igualdade como o norte político de uma comunidade jurídica, criando mecanismos de controle do Poder do Estado, os quais se justificam na própria gênese valorativa que se instaurou a partir de uma moral político-institucional.

Para tanto, utiliza-se de alguns referenciais teóricos suficientes para sustentar a tese de que o Direito e a moral possuem uma diferença que é ontológica, de modo que, em

⁴ “Os princípios, portanto, quebram/rompem com raciocínios dedutivos e indutivos. A regra torna-se, assim, porosa, porque atravessada pela ontologicidade dos princípios”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011, p. 562.

⁵ “O *panprincipiologismo* é um subproduto do constitucionalismo contemporâneo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *panprincipiologismo* faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011, p. 50, grifo do autor.

tempos de pós *Viragem linguística*, a moral não é corretiva do Direito, mas é co-originária. Isto é, não há como coexistir o Direito divorciado de alguns parâmetros (morais) legais, que podem ser elencados de forma exemplificativa: i) Teoria da Decisão (Ronald Dworkin/Lenio Streck); ii) Teoria da Legislação (Manuel Atienza/Adalberto Hommerding); iii) Força Normativa da Constituição (Konrad Hesse); iv) efetivo controle de constitucionalidade; v) inexistência de supremacia do interesse público sobre o interesse privado (em questões de natureza eminentemente econômica).

2 ANÁLISE DO CONCEITO OPERACIONAL DOS INDÍCIOS FORMAIS UTILIZADO COMO CARACTERÍSTICA ESPECÍFICA DOS CONCEITOS FILOSÓFICOS

Pensar o conceito operacional dos indícios formais, como característica específica dos conceitos filosóficos, se justifica na medida em que se pretende reforçar a ideia da necessidade de um acerto de contas do Direito com a Filosofia⁶. A formação do pensamento jurídico é indissociável da Filosofia e da História, entretanto, por vezes, o Direito e seus lidadores se esquecem desse elemento fundamental. Daí a importância de algumas bandeiras levantadas ao longo deste trabalho, como o esquecimento do ser heideggeriano, a tradição história gadameriana, a coerência e integridade dworkiniana.

2.1 CONSIDERAÇÕES PREPARATÓRIAS

O primeiro capítulo desta tese apresenta uma análise do conceito operacional dos indícios formais utilizado como característica específica dos conceitos filosóficos para Martin Heidegger. O capítulo é fundamentalmente filosófico. Trabalha-se a ideia heideggeriana de que conceitos (filosóficos) são indícios formais e que, assim, apresentam a verdadeira possibilidade de se entender o que é visado pelo seu caráter fundamental. Apresenta-se, assim, o porquê (a razão de ser) dos indícios formais, os quais transitam num caminho inverso de concepções apriorísticas ou com pretensões de obter “resultados fixos”. Notadamente, a postura indicativa formal possibilita à fenomenologia⁷ manter-se crítica e em constante movimento sem, contudo, render-se ao assujeitamento subjetivista.⁸

⁶ “Para a filosofia do direito, são indicados Kelsen, Reale e Ross; para a área da interpretação (hermenêutica), o “carro chefe” é Recaséns Siches. Pergunto: não é estranhável que os autores selecionados/indicados sejam todos positivistas, desde Kelsen, um positivista normativista, a Alf Ross, um positivista fático (espécie de pai do realismo jurídico), chegando a um axiologista (ou seja, igualmente positivista) como Recaséns Siches, jusfilósofo cuja doutrina se mostra incompatível com os avanços da teoria do direito na contemporaneidade? Assim, onde pode estar o avanço, pode também estar o retrocesso”. Cf. STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012c, p. 109-110.

⁷ “O termo ‘fenomenologia’ exprime uma máxima que pode ser assim formulada: ‘as coisas elas mesmas!’, em oposição a todas as construções que flutuam no ar, aos achados fortuitos, à assunção de conceitos só em aparência demonstrados, às perguntas só aparentemente feitas e que são transmitidas com frequência ao longo das gerações como ‘problemas’.” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 101.

⁸ O subjetivismo ou psicologismo é um dos problemas centrais identificado por Martin Heidegger em toda a sua obra, já que há uma explícita preocupação com o sentido das coisas e a relação deles com o tempo, com a mutabilidade social etc.

No contexto da classificação da universalidade das coisas busca-se amparo em dois conceitos inicialmente apontados por Edmund Husserl: a generalização e a formalização. Necessário especificar no que consiste cada uma delas, demonstrando que nos indícios formais a referência à forma, ou ao “formal”, justifica-se como preservação do sentido exigido em cada momento específico de significação, pois há uma nítida preocupação em ser responsável com o conteúdo de sentido das coisas. Notadamente que, para levar a sério este caminho interpretativo, o conteúdo material da *autoridade da tradição*,⁹ lançando mão da expressão gadameriana, deve estar sempre presente, sobrepondo-se a qualquer tipo de generalização.¹⁰

Expressões generalizadoras contém uma carga de sentido imprópria (“onde há fumaça há fogo”, “quem tudo quer tudo perde”). O senso comum se caracteriza pelo conhecimento sem reflexão, na aceitação de uma herança carregada de valores sem questionamentos, que produz um grande déficit interpretativo.

Não constitui um erro buscar a experiência herdada histórica, social e culturalmente para integrar qualquer processo interpretativo, muito antes o contrário, pois é na tradição que se concretizam os valores éticos e morais de um grupo social. Entretanto, é tarefa perigosa utilizar pré-juízos de forma geral e indiscriminada, ou seja, sem suspendê-los frente ao que Gadamer denominou de “fusão de horizontes”, interrogando o pressuposto interpretativo frente à situação concreta.

Heidegger trabalha a ideia de dívida (*Shuld*)¹¹, dizendo que tudo que há no mundo, à disposição, constitui-se como uma imensa dívida que se tem com todos aqueles que já passaram por este mundo e de algum modo contribuíram para que a realidade atual seja

⁹ Quando se fala em conteúdo de significação é possível relacionar com a compreensão-interpretação das coisas. Como se sabe, qualquer tipo de interpretação já, desde sempre, carrega um contexto de significação, herança do passado que se apresenta para todos como uma dívida (*shuld*), parafraseando Heidegger. Esse conteúdo de significação também compreende a moral. Elementos de moralidade que formam o entendimento no mundo e que são co-originários, por exemplo, com o direito (Habermas). São desenvolvidos na tradição e se caracterizam pela complexidade da vida, pois, como contingenciais, não podem ser trabalhados de maneira fixa.

¹⁰ “Por serem subjetivos, generalizadores, expressões e sentimentos de medo e angústia, e de incompreensão quanto ao trabalho científico, nossas certezas cotidianas e o senso comum de nossa sociedade ou de nosso grupo social cristalizam-se em preconceitos com os quais passamos a interpretar toda a realidade que nos cerca e todos os acontecimentos”. Cf. CHAUI, Marilena. *Filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, p. 249.

¹¹ “A conexão de fundamentação mostrada para os *modi* de ser-no-mundo que são constitutivos do conhecimento-do-mundo torna claro que, no conhecer, o *Dasein* ganha um novo *estado-de-ser* em relação ao mundo já cada vez descoberto no *Dasein*. Essa nova possibilidade-de-ser pode ter um desenvolvimento independente, convertendo-se numa tarefa e assumindo, como ciência, a condução do ser-no-mundo. Mas o conhecer não *cria* pela primeira vez um ‘*commercium*’ do sujeito com um mundo e não *surge* também de uma ação do mundo sobre um sujeito. O conhecer é um *modus* do *Dasein* fundado no ser-no-mundo. Daí que o ser-no-mundo, como constituição-fundamental, reclame uma interpretação *prévia*”. Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 195, grifo do autor.

possível. Na verdade, toda criança, ao nascer, já herda a linguagem da comunicação, os conceitos e, também, o sentido das coisas em seus diversos momentos históricos próprios. Aliado a tudo isso, é necessário ter consciência da continuidade do conjunto de coisas que foram herdadas, pois a produção de sentido é produto da inter-relação e, como tal, não é um fenômeno estático que despreza o tempo, nem é uma atividade a ser delegada para alguém.

Nesse contexto, esta nítido que Heidegger preocupou-se com o problema decorrente da interpretação dissociada da faticidade. Daí o estudo de um método fenomenológico¹² capaz de superar o pensamento metafísico entificador, utilizando-se, portanto, do método das indicações formais. Concomitantemente a isto, e com um caráter complementar, sabe-se que a formação do sentido interpretativo das coisas se dá no entrelaçamento da tradição com a visão daquilo que se apresenta no caso concreto. Entretanto, há um sentido moral que provém da natureza das pessoas (existencial) que está acima de qualquer racionalidade, exsurge como co-originário à vida humana e, conseqüentemente, ao Direito.¹³

Aproveitando a referência ao Direito como exemplo da co-originariedade da moral com o mundo da cultura, é nela que se moldam as primeiras noções de intencionalidade, pois o homem desde sempre, ao manifestar-se frente à vida, busca relacionar seu objeto de ação com algo já compreendido. Portanto, não se pode afirmar que o Direito seja amoral, principalmente porque uma norma sem o contexto de significação social de aplicação (moralmente constituído), não passa de um amontoado de letras e palavras.

Importante deixar claro, ainda, que as abordagens sobre a moral no Direito e a sua co-originariedade possuem, neste trabalho, o fio condutor defendido por Ronald Dworkin, que aposta na integridade do Direito e na sua coerência. O registro se faz necessário

¹² “Mas será que a fenomenologia examina tudo o que se mostra, até mesmo as manchas e o próprio sarampo? Não, ela não considera entes particulares, mas aspectos do ser dos entes, aspectos que embora normalmente se mostrem de forma implícita e ‘não-tematizada’, podem chegar a mostrar-se tematicamente. Espaço e tempo mostram-se mas, em geral, não-tematicamente. A fenomenologia os põe em foco. A fenomenologia só é necessária porque alguns temas, especialmente o próprio ser, estão velados. Velados não porque ainda não os descobrimos ou simplesmente os esquecemos, mas porque ou estão muito próximos e familiares para que os notemos ou estão enterrados sob conceitos e doutrinas tradicionais.” Cf. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 66.

¹³ Falar em moral sempre se apresenta como uma temática bastante movediça e perigosa. Entretanto, não é possível abordar o tema da moral sem considerá-la como uma espécie de mola propulsora da humanidade, independentemente de qualquer área do conhecimento, pois ela se estabelece como o objeto intencional das coisas. Inexoravelmente, os homens têm maiores inclinações para a autopreservação de si e dos outros do que o contrário, o que permite seja dito que há uma intencionalidade voltada para a preservação da vida, para evitar sofrimentos. François Jullien, ao registrar o diálogo de Mêncio com um filósofo das Luzes sobre a (a)moralidade do homem, propõe principalmente fundar a moral sobre a relação espontânea do homem diante do insuportável. E, também, ao comentar as teses defendidas pelo interlocutor e adversário de Mêncio que sustenta a maldade natural do homem, indaga: “Entretanto, há um ponto sobre o qual o adversário de Mêncio permanece evasivo: se a natureza do homem é má, de onde os sábios-reis do passado puderam tirar a moralidade?” Cf. JULIAN, François. **Fundar a Moral: Diálogo de Mêncio com um filósofo das Luzes**. Tradução de Maria das Graças de Souza. São Paulo: Discurso Editorial 2001, p. 72.

exatamente para evitar mal-entendidos nesse assunto que é demasiadamente árido e controvertido.

A questão interpretativa divorciada do contexto de significação (faticidade), como preocupação básica de Heidegger já referida, abre um amplo flanco para uma das preocupações centrais da filosofia moderna, ou seja, o problema da interpretação assujeitada pela consciência, também tratada por alguns sob a denominação de psicologismo.¹⁴ A forma básica da consciência rejeitada por Heidegger é a má e a boa consciência, a que censura e a que adverte, o que poderíamos denominar de falsa moral ou realismo moral. Heidegger retira a consciência e o débito (*Shuld*) do seu contexto ético em função de um sentido mais fundamental, como registra Inwood¹⁵ ao citá-lo: “O ser e estar em débito em sentido originário não pode ser definido pela moralidade, porque ela já o pressupõe (ST, 286)”.

O aspecto da moral pode ser, já de antemão, definido como uma das preocupações centrais dessa tese, cuja abordagem não pode ser separada da questão semântica (no Direito). De todo modo, importa referir que existe desde sempre um problema central no Direito que podemos definir como um problema de natureza semântica. Isto é, qual o sentido das coisas? Melhor dizendo, quem detém autoridade para dizer que algo é? Esse é um problema que vem sendo exaustivamente debatido no Brasil, principalmente por Lenio

¹⁴ “O psicologismo pode ser apreendido como uma prática de elaboração de si próprio, contendo série de demandas de sujeitos em direção a *representações ideais*. O fenômeno da psicologização parece representar um intransponível obstáculo para uma avaliação do processo modernizador. Avaliamos que essa dificuldade é consequência de um certo modo de conceber as relações entre indivíduo e sociedade, que se cristaliza na noção de 'ideologia' e pela qual a referência do eu ao ideal é passível de ser captada como 'ilusão' mais ou menos carente de positividade. Desse ponto de vista, a 'ideologia' não é compreendida como uma dimensão intra e intersubjetiva e não se considera o movimento do sujeito na relação com seus ideais, ou do social no seu constante produzir de novos ideais.” Cf. SANTOS, Tânia Coelho dos. Psicologismo e mudança social. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 79, 1991. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v1n2/05.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2015, grifo do autor.

¹⁵ INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda; revisão técnica Maria Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 22.

Streck, ao abordar questões centrais para a democracia como a discricionariedade judicial e o panprincipiologismo,¹⁶ para citar apenas alguns exemplos.

Conforme esclarece Rafael Tomaz de Oliveira,¹⁷ há dois níveis de racionalidade no Direito: modelos epistemológicos fundados na subjetividade e padrões matemáticos de conhecimento

Dá-se uma radical mudança na intencionalidade com relação ao direito que, em última análise, trará consigo propostas jusfilosóficas dispostas a repensar o sentido do direito e seus vínculos com o comportamento humano concreto. Isso importa em não tratá-lo mais como um sistema cerrado, construído abstratamente a partir de modelos epistemológicos fundados na subjetividade e modelos conforme os padrões matemáticos de conhecimento. Isso tudo implica na afirmação de um direito (*ius*) distinto da lei (*lex*), ou seja, de um direito que se forma a partir de elementos normativos constitutivos diferentes da *lei*, o que é radicalmente novo desde a formação do direito moderno. Nesse sentido, a afirmação dos conceitos de ‘direitos fundamentais’, das chamadas ‘clausulas gerais’, dos ‘enunciados abertos’ e, evidentemente, dos ‘princípios’. Todos estes elementos – que, como dissemos, passam a ser *constitutivos da normatividade* – são reconhecidos independentemente da lei ou apesar dela.

O eixo central da interpretação do Direito se desdobra, portanto, na dicotomia: subjetivo e objetivo. Daí a importância em pensar a via alternativa (democrática) para superação desse velho problema, a partir da intersubjetividade fenomenológica da vida fática e, principalmente, no reconhecimento da tradição moral como fator interpretativo determinante.

No contexto jurídico, como refere Streck,¹⁸ “as regras são porosas”, simplesmente porque seria absolutamente impossível prever abstratamente todas as possibilidades que a

¹⁶ “O panprincipiologismo é um subproduto do constitucionalismo contemporâneo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição Brasileira de 1988. Esse panprincipiologismo faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional. Um exemplo ilustrativo desse tipo de mixagem teórica (Teoria da Argumentação e Jurisprudência dos Valores) pode ser encontrado no julgamento do HC n. 82.424, em 17 set., 2003, que ficou conhecido como caso Ellwanger. Nele, argumentos baseados na ponderação proporcionaram votos discrepantes, o que demonstra a irracionalidade da fórmula. Registre-se, entretanto, que a ponderação que vem sendo utilizada – e que foi utilizada no caso sob comento – longe está da “fórmula original” presente na teoria da argumentação alexiana. Na verdade, o recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 4. ed, p. 50.

¹⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 229, grifo do autor.

complexidade da vida é capaz de proporcionar, ou seja, não é possível conceber um tipo penal fundamental. Como ressalta Morin¹⁹

O conhecimento das informações ou dos dados isolados é insuficiente. É preciso situar as informações e os dados em seu contexto para que adquiram sentido. Para ter sentido, a palavra necessita do texto, que é o próprio contexto, e o texto necessita do contexto no qual se enuncia.

Os princípios, portanto, têm a função de delimitar a interpretação das regras a partir de uma moralidade Constitucional estruturante contida na comunidade jurídica (pré-compreensão em relação à democracia, liberdade, igualdade), ponto central abordado no terceiro capítulo da tese.

Daí a importância da abordagem dos indícios formais como parâmetro filosófico-interpretativo à aplicação das regras jurídicas. Se há um problema semântico (fundamento) na aplicação da regra jurídica, impõe-se sua definição como indicação de algo, isto é, sem o *conteúdo* exaurido. Indicar significa dar uma direção mínima sem, contudo, definir qual o sentido prévio de algo, que será possível somente na aplicação, dando-se ênfase ao caso concreto como o lugar de ocorrência da complexidade da vida.

Também, já se tendo reconhecido que o homem possui um débito (*Shuld*) do seu contexto ético em função de um sentido mais fundamental, esse legado semântico decorrente da tradição não deve e não pode ser ignorado em qualquer processo interpretativo. Daí a relação semântico-moral ou moral-semântica que há entre o sentido da regra jurídica como indicações formais e a aplicação (moral-constitucional) do Direito, o que permite afirmar, conjuntamente com o pensamento de Ronald Dworkin, que o Direito e a moral são co-originários.

Na verdade, o filósofo da floresta negra quer dizer que, no ato interpretativo, não há como se definir padrões de moralidade nem “criar” o sentido das coisas, principalmente

¹⁸ “Ora, uma lei jamais abarca todas as possibilidades de aplicação. Esse é o caráter hermenêutico do direito (Dworkin vai chamar de “interpretativo”). Ao contrário do que sustentam os neoconstitucionalistas (ou os não positivistas, como Alexy e Atienza), tenho que as regras é que são porosas, e os princípios é que servem para “fechar” a regra”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b, p. 278.

¹⁹ MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 34.

porque o sentido moral chega antes, interpelando e, quando necessário, trazendo o estranhamento.²⁰ Absolutamente alheio à consciência.

Ora, ao se “criar” padrões de moralidade ou sentidos para serem colados às coisas, ao nível da subjetividade interpretativa, como quando alguém escolhe o que irá vestir ou o que irá comer, é inexorável o autoritarismo arraigado em qualquer uma dessas escolhas, cuja padronização irá afetar sobremaneira novas e futuras escolhas, ou seja, fecha-se a capacidade de surgimento da diferença. Inexistindo a diferença, que é ontológica, fere-se de morte a capacidade de pensar o sentido das coisas, do modo como denuncia Heidegger.

Ingressa na análise interpretativa o problema do fenômeno, dos indícios formais como “momento específico” ou “passo específico” do método fenomenológico²¹. É a ideia dos indícios formais como “sinalizadores”, apontando para algo ligado a um comportamento original.²²

Daí a concepção filosófica dos conceitos, como a palavra “princípio”, que não se trata de um termo “exaurido” justamente por ser formal. Heidegger pensou os indícios formais em suas funções proibitiva e reversa, o problema da fenomenologia do não aparente e da “apropriação”, bem como a ideia de indícios formais como “sinal de acontecimentos ocasionais” e a importância da “vida prática”, cuja abordagem detalhada será realizada de modo que se tenha uma compreensão adequada do método das indicações formais.

Nesse contexto, como esta tese se propõe a contribuir ao estudo do Direito, é importante uma breve incursão acerca de algumas noções preparatórias da filosofia utilizada como base. Neste ponto, busca-se, além de contextualizar a leitura, o propósito de auxiliar a adequada compreensão dos termos e definições próprias da linguagem filosófica ora trabalhada.

²⁰ O preconceito autêntico é aquele capaz de fazer o intérprete adequar o texto ao contexto singular e próprio de cada momento histórico. Acontece quando o *Dasein* se sente responsável por sua existência, não se tornando um estranho para si mesmo, ou seja, ele deixa que o texto lhe diga algo. O texto fala. O estranhamento nos salta por força da linguagem, da consciência histórica e dos efeitos que ela é capaz de produzir.

²¹ O método fenomenológico somente se constitui como um método hermenêutico na medida em que permite que as coisas aconteçam na sua situação hermenêutica, que as coisas se apresentem, se deem, daí a função referencial proibitiva ou antidogmática.

²² O termo *formale Anzeige* pode ser traduzido como “indicação formal” ou “indício formal”, havendo uma pequena diferenciação em relação ao traduzido: primeiramente, a palavra “indicação” parece ter um uso mais abrangente do que a palavra “indício”. Em segundo lugar, devido à interpretação que fazemos do conceito. Para exemplificar: dizemos que uma placa de trânsito é uma indicação de, por exemplo, um caminho para uma cidade. Mas não costumamos dizer que ela é um indício de um caminho até a cidade. Uma pegada na lama, por outro lado, pode tanto ser vista como um indício de que alguém esteve ali, mas também como uma indicação de que alguém passou ali. Parece-nos que a noção de *formale Anzeige* possui esse sentido mais amplo, que tanto aponta indícios como serve de indicação para o caminho a ser seguido na investigação filosófica. Optou-se em utilizar as duas formas no texto, de forma indistinta.

2.2 CONTEXTUALIZANDO O PENSAMENTO HEIDEGGERIANO NO TEMPO: BREVES INCURSÕES HISTÓRICO-FILOSÓFICAS

É necessário registrar que algumas explicitações realizadas neste tópico serão, ao longo do trabalho, aprofundadas e melhor detalhadas, principalmente porque não se tem o propósito de esgotar todos os pontos abordados, mas, como já referido, tornar acessível e contínua a leitura desta tese.

Martin Heidegger nasceu na cidade de *Messkirch*, na Alemanha, no ano de 1889. Buscou subsídio para sua formação principalmente em Platão, Kant e Nietzsche. Mas é através de Franz Brentano que chega a Edmund Husserl (*Investigações Lógicas*), que lhe traz forte influência no desenvolvimento do pensamento filosófico, mais especificamente na identificação do problema do relativismo (psicologismo)²³ como herança da modernidade.

Rüdiger Safranski²⁴ define a preocupação heideggeriana sobre o relativismo decorrente de uma forte influência husserliana. Refere que Martin Heidegger vê em Husserl a defesa das exigências de validade (*Geltung*) da lógica contra a relativização psicológica. O autor faz referência a texto datado do ano de 1912:

Fundamental para o conhecimento do contra-senso e esterilidade teórica do psicologismo é a distinção entre ato psíquico e conteúdo lógico, do processo de pensar transcorrido no tempo real e o sentido idêntico ideal extratemporal, em suma a distinção do que ‘é’ daquilo que ‘vale’ (GA I, 22).

O contexto histórico-filosófico do início do século XX, vivido por Heidegger, propicia a disputa entre o movimento do psicologismo (relativista) e o conteúdo lógico-iluminista (racionalismo/positivismo), exurgindo uma verdadeira negação da concretude do mundo da vida. Os naturalistas do psíquico, ao adjudicar a lógica como uma espécie de regulador do pensamento, ou seja, descrevendo *como devemos pensar*, ignoram que, de outro lado, há a descrição empírica de *como pensamos*. Safranski²⁵ refere

²³ “Se observarmos, assim, do fim do século 19 até Husserl, até a fenomenologia, veremos exatamente isto: de um lado, a tentativa dos lógicos e dos formalistas de encontrar um fundamento do conhecimento formal ou das formas puras ou ainda das estruturas lógicas; de outro lado, uma ocupação de filósofos que tentam encontrar, no sujeito psicológico e existente, formas de se ter nesse sujeito existente algo mais que a pura empiria e a pura via transitória singular”. Cf. STEIN, Ernildo. **As Ilusões da Transparência**: dificuldades com o conceito de mundo da vida. Ijuí: Unijuí, 2012, p. 112.

²⁴ SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 53.

²⁵ SAFRANSKI, Rüdiger. op. cit., p. 55.

Na medida em que a ciência analisa o pensar como fato natural psíquico, enreda-se em uma espinhosa contradição: ela examina o pensar como um acontecimento que transcorre segundo regras, mas, se prestasse atenção em si mesma, teria de notar que seu pensar não é um processo que se realiza segundo leis. Pensar não é determinado por leis, mas prende-se a regras determinadas.

No final do Século XIX, surge o *best seller* de F.A. Lange, intitulado *História do Materialismo*, obra que, também, acaba refletindo em Nietzsche e, mais tarde, influencia Martin Heidegger. Lange consegue reconstituir a distinção kantiana entre *mundo aparente*, contexto de leis que pertencemos como coisa entre coisas, e o que denominou de ‘*espírito*’, também denominado de “*liberdade*”. Nessa dupla perspectiva kantiana, o homem é coisa entre coisas (materialismo) e liberdade (idealismo),²⁶ que Lange se propõe a pôr em jogo. Como aduz Safranski,²⁷

O grande mérito de F.A. Lange foi ter mostrado: assim como existe um ponto de fervura do idealismo onde o espírito evapora, também existe um ponto de congelamento do materialismo, onde nada mais se move.

Em meio a busca do equilíbrio entre o materialismo e o mundo do espírito (psicologismo), ganha força a tese empirista do “*trial and error*” ou da tentativa e do erro, isto é, reforça-se a ideia de que se cresce com os próprios erros, suficiente até mesmo para influenciar a teoria evolucionista de Charles Darwin.²⁸

Em meio a esse efervescente contexto histórico, ganha bastante força a corrente psicologista que se propõe esclarecer o lógico com o psíquico, flanco aberto para o domínio da subjetividade. Na verdade, a disputa que Heidegger trava contra reconhecidos representantes do psicologismo (Theodor Lipps e Wilhelm Wundt), na condição de discípulo de Husserl, o faz refletir pela primeira vez sobre o tema central de sua futura grande obra: *Ser e Tempo*. A difícil tarefa de pensar e a principal consequência disso: “o esquecimento do ser”.

O pensar leva tempo e, como ato psíquico, somente pode acontecer no tempo. Entretanto, o conteúdo lógico do pensar, concluem Heidegger e Husserl, carrega a

²⁶ Corrente filosófica surgida na modernidade que aposta na subjetividade. Refere-se que o *cogito* de Descartes seria a origem do pensamento idealista calcado no *Eu*, resultando na velha dicotomia sujeito e objeto, uma vez que o próprio *Eu* é o objeto para o sujeito (Eu).

²⁷ SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 60.

²⁸ “Outra poderosa tendência daquele tempo apoia essa despreocupação: a biologia evolutiva fundamentada nas descobertas de Charles Darwin. Ela ensina que não apenas nós, mas a própria natureza age segundo o método de *trial and error*”. Cf. SAFRANSKI, Rüdiger. op. cit. p. 63, grifo do autor.

pretensão de validade independentemente do tempo, como um fenômeno estático. A partir de tal conclusão, surgem os primeiros sinais da tensão no pensamento de Heidegger em relação ao seu mestre Husserl: tensão entre a lógica estática e a realidade temporalmente dinâmica, que se dá de forma ininterrupta e em constante transformação. A realidade temporalmente dinâmica, portanto, irá determinar todo o trabalho filosófico heideggeriano.

Algumas questões centrais da realidade começam a se manifestar no jovem Heidegger, como exemplifica Safranski ²⁹ ao mencionar o “juízo *impessoal* que está embutido nas frases sem sujeito. *Relampeja*, dizemos. Quem relampeja? *Quero atribuir a um* isso (Es) *misterioso uma qualidade, um estado momentâneo, ou esse juízo tem um sentido bem diferente?* (FS, 126).”

A análise do *juízo impessoal* faz identificar que, em algumas circunstâncias, nem a Psicologia nem a rigidez dos significados verbais trazem à luz o conteúdo de uma proposição. É imprescindível que se conheça o contexto de significação ou o que também se pode denominar de “o lugar de fala”³⁰ ou o *como* hermenêutico. Stein,³¹ ao se referir à postura heideggeriana, explicita:

Heidegger, todavia, pratica uma clivagem determinada a partir deste *como*, quando ele privilegia a questão do *als* – do *enquanto*, do *etwas als etwas*, do *algo enquanto algo*. Neste *algo enquanto algo* existe a fratura da razão clássica estabelecida pela modernidade. É a reintrodução do elemento imaginário, da imaginação, do adjutório imaginativo que a Filosofia moderna em Kant havia levantado, mas que foi encoberto. Heidegger o retoma, na medida em que no juízo, no enunciado, temos um aspecto, um ponto de vista, um *als*, para poder predicar *algo de algo*. Este *enquanto*, porém, deve ser entendido como um *enquanto* hermenêutico. É um *als* que já tenho enquanto estrutura de *ser-no-mundo, junto-das-coisas*. Isto a tradição kantiana, no neokantismo, não conseguiu defender.

É o *als* (lugar de fala) que já temos enquanto estrutura de *ser-no-mundo, junto-das-coisas* que nos permite assegurar o fundamento prático das coisas, não o fundamento da subjetividade, mas o lugar onde já existe a legitimação coletiva da proposição.

²⁹ SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 74.

³⁰ É o *als* como (*als*) algo, o como (*als*) apofântico, que já temos enquanto estrutura de *ser-no-mundo, junto-das-coisas* que nos permite assegurar o fundamento prático das coisas, não o fundamento da subjetividade, mas o lugar onde já existe a legitimação coletiva da proposição.

³¹ STEIN, Ernildo. **Sobre a Verdade**: lições preliminares ao parágrafo 44 de Ser e Tempo. Ijuí: Unijuí, 2006b, p. 278, grifo do autor.

Tornar a experiência fática³² acessível talvez seja um dos elementos mais importantes em qualquer ato interpretativo, pois ele indica qual o contexto de significatividade³³ que o intérprete não pode negar ou desviar, sob pena de soçobrar no intento de encontrar a tão almejada interpretação (resposta) adequada.

Durante o caminho filosófico percorrido por Heidegger, já tomado pelo estranhamento interpretativo gerado pela constante pergunta do Ser, volta-se para a questão da acentuada ligação relativista do psicologismo com o racionalismo, chegando à conclusão de que não existem essências ou que a verdade não está na proposição, conforme já antecipava Duns Scotus.

John Duns Scotus (1266-1308) foi o filósofo medieval da crítica da razão, integrante da alta escolástica da Escócia, que ensinava que o homem não apreende a verdadeira natureza de Deus com a sua razão. Há coisas ao nosso redor que, por mais próximo que possamos chegar de sua compreensão, mantêm o seu enigma. Duns Scotus, embora seja considerado um nominalista que parte de uma dualidade entre pensamento e ser,³⁴ diz que os conceitos são apenas nomes e não a essência da própria coisa.

Como observa Safranski,³⁵ tanto Heidegger como Husserl buscaram no pensamento medieval algumas sutilezas que anteciparam o surgimento do procedimento fenomenológico. Em Duns Scotus, já havia a distinção fenomenológica entre a *prima intentio* (postura natural do próprio pensar) e a *secunda intentio* (pensar é dirigir-se a si mesmo e aos seus próprios conteúdos). Isso mais tarde se transformaria na distinção husserliana de intencionalidade, *noesis* (ato de intenção) e *noema* (conteúdo da intenção).

³² “Caminho e Experiência. Não apenas uma questão de tradução dos títulos que temos em vista, mas o fato de que com a palavra caminho exprime-se a necessidade para o pensar de fazer ou re-fazer seus momentos, examiná-los ao longo do percurso. É uma indagação sobre a marcha do pensamento. Um colocar em questão o seu proceder, indo e re-vindo ao mesmo; um auscultar de conhecimento e um aderir na ‘renúncia que conduz ao mesmo, renúncia que não priva, mas que dá, que dá a força inesgotável do simples’. A-tenção ao ‘apelo que nos faz familiar em uma longa proveniência’. E aqui, neste fazer-nos familiar, o sentido da experiência do que pensa, ao longo do caminho, na vizinhança e no longínquo, pensa na proximidade do Ser-mesmo, pensa o Ser no Ser.” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Da Experiência do Pensar**. Tradução Maria do Carmo Tavares de Miranda. Porto Alegre: Globo, 1968, p. 15.

³³ “O importante é que a experiência fática da vida se torne acessível. Pode-se apenas caracterizar o jeito e a maneira, ou seja, o *como* [Wie] do experimentar de cada mundo. Isso significa que é possível perguntar pelo *sentido de referência* [Bezugssinn] da experiência fática da vida.” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin e Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes 2010a, p. 16, grifo do autor.

³⁴ Para Duns Scotus, entre o pensar e o ente existe o abismo da diferença (*heterogeneidade*), mas também algo em comum (*homogeneidade*). A ponte entre ambos ele denominou de *analogia*.

³⁵ SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 91.

A partir daí vê-se em Heidegger germinar a semente da singularidade das coisas, vista como algo próprio e determinado, como um *uno*. Ressalta Safranski³⁶

As coisas são como que presas em si, não podem comparar-se mutuamente, e, por isso, também não são ativamente distintas umas das outras. Elas não se distinguem – mas são distinguíveis – para o nosso pensar. Na formulação de Heidegger, ele diz: *o que existe realmente é individual* (FS, 194)

A relação entre o que pensamos e o que as coisas realmente são se releva para Heidegger pelas mãos de Duns Scotus, logicamente a partir de uma nova visão da escolástica, assim ressaltado por Safranski³⁷

Heidegger expressa isso em relação a Duns Scotus da seguinte maneira: nós projetamos o ente, que consiste de diferentes indivíduos (heterogeneidades) em um *meio homogêneo*, onde comparamos o ente, onde o compreendemos e também o podemos calcular. O que importa nessa homogeneidade fica especialmente claro na série numérica. Se conto cinco maçãs, não é propriedade da terceira maçã na fila ser essa terceira, pois nessa maçã em si nada muda se eu a tiro da fila. Portanto, existem de um lado a multiplicidade heterogênea, e do outro lado, o meio homogêneo da enumerabilidade. No ente múltiplo não há números, mas – e isso é decisivo para a relação de analogia – o ente em sua multiplicidade é que permite o cálculo. Assim os dois territórios são ligados entre si. Entre a multiplicidade do indivíduo e sua ordenação na série numérica surge a relação de analogia.

Começa a se delinear, portanto, na base do pensamento heideggeriano a ideia de que as coisas são o que são infinitamente mais diversas do que se pode representar por meio homogêneo de conceitos rigorosos e científicos. Conclusão relevante para Heidegger, na citação de Safranski³⁸

A esse dispositivo fundamental da realidade real, em que homogeneidade e heterogeneidade se engolem de uma maneira singular (FS, 199), não pode corresponder suficientemente um tipo de ciência que se orienta pelo ideal do conceito (univocamente) empregado com o mesmo significado: antes, corresponderá a isso a fala viva na singular motilidade de seu significado (FS, 278).

³⁶ SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 92, grifo do autor.

³⁷ SAFRANSKI, Rüdiger. op. cit., p. 93, grifo do autor.

³⁸ SAFRANSKI, Rüdiger. op. cit., p. 93.

O desenvolvimento da fenomenologia por Husserl ganha ares de um novo começo, principalmente nos primeiros anos do primeiro pós-guerra, levando estudiosos como Hans-Georg Gadamer a Freiburg, na Alemanha, para escutar o mestre da fenomenologia. Nas palavras de Safranski,³⁹ “Tudo o que é dado à consciência é fenômeno e a pesquisa da consciência no sentido husserliano observa em rigorosa introspecção a ordem interna dos fenômenos da consciência”.

A concepção filosófica de consciência como *intenção* se constitui como uma das principais influências husserlianas que acabaria refletindo posteriormente na obra de Heidegger. Para Husserl a consciência é sempre consciência de algo. Ele busca mostrar que o mundo externo já está dentro de nós independente de nossa vontade e, portanto, não somos um recipiente vazio à espera de conteúdo. Desde sempre somos relacionados com algo.⁴⁰

A concepção de fenomenologia de Husserl abre uma cancela que o coloca diante de um campo ilimitado: o mundo da consciência. Entretanto, cai em contradição quando sustenta que uma descrição fenomenológica fiel deve ser orientada segundo a sistemática e o conhecimento de leis previamente definidas. Para Safranski,⁴¹

Husserl pretendia construir uma casa sobre uma duna migrante, e até mesmo imagina que dure por gerações [...]. Husserl, que conseguiu a maestria de descrever o processo de consciência antes de sua divisão em *eu e mundo*, e, com isso, descreveu-o como *sem-eu* (ichlos), volta a cair na planície transcendental naquela representação que pretendia superar, isto é, a do *eu* como dono de seus conteúdos conscientes.

Pode-se dizer que é a partir do *ego transcendental*⁴² (1913) de Husserl que o seu discípulo mais brilhante começa a abandonar o mestre em direção ao seu próprio pensar. E isso ocorre efetivamente na conferência de Marburg, no verão de 1925, sobre o tema *História do Conceito de Tempo*, oportunidade em que Heidegger aborda aspectos da

³⁹ SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 107.

⁴⁰ A percepção que alguém possui de uma árvore, contemplando-a porque lhe dava sombra, é completamente diversa daquele que a examina com o escopo de mensurar o valor econômico de sua madeira.

⁴¹ SAFRANSKI, Rüdiger. op. cit. p. 111-112, grifo do autor.

⁴² “Husserl concebe o ego transcendental como uma espécie de substância em que se podem modificar os conteúdos sem que ela mesma em si se modifique. Esse ego transcendental também tem uma suspeita semelhança com espírito divino, que a tradição sempre imaginou como fundo imutável de todos os conteúdos do mundo. E assim, não surpreende que Husserl diga sobre a descoberta do ego transcendental: ‘Se eu faço isso por mim mesmo, então não sou um eu humano’”. Cf. SAFRANSKI, op. cit., p. 112-113.

fenomenologia husserliana que o conduziram ao seu próprio caminho, apontando os limites de superação para conseguir avançar.

Próximo dos anos 20, período inicial do século passado, a Europa ocidental estava mergulhada num melancólico pós-guerra. Dentre inúmeros pensadores destacados, Max Weber se distingue por uma intensa crítica ao que denominou de “civilização racionalizada” e à ciência, recebendo forte represália da comunidade intelectual. Sustentava que a ciência e seus efeitos técnicos mudaram o cotidiano das pessoas e provou com a guerra a sua grande capacidade de destruição. Para Max Weber,

A ciência naufragou, não só em relação à incessante busca pela verdadeira arte, à verdadeira felicidade, o verdadeiro caminho [...], mas, também, fracassou em tentar objetivar juízos de valores e a própria significação das coisas⁴³.

No contexto em que Max Weber está sendo duramente criticado por sua postura contrária aos efeitos das concepções científicas que vigoravam na sociedade, Martin Heidegger inclina-se a trabalhar no que denominou de a *postura primordial do vivenciar* (GA, 56/57, 110). Perguntava Heidegger: “Como podemos viver antes que tenhamos uma concepção de mundo (aspecto científico ou valorativo)?”⁴⁴

Partindo da concepção de Husserl de que tudo o que se oferece na intuição deve ser simplesmente aceito como se apresenta, Heidegger dá uma guinada em direção à identificação de que na vivência há um mundo em torno que se apresenta para todos. Este mundo-em-torno (*Umweltliche*) não quer dizer que as coisas têm um caráter significativo determinado (último), mas o significativo é primário, principalmente porque o mundo (*Welthaft*) munda (*es Weltet*).

A identificação da vivência e do significado das coisas do mundo em torno pode ser relacionada como o pontapé inicial em direção aos indícios formais, a partir da valorização do caso concreto (faticidade) e do contexto de significabilidade (conteúdo semântico-moral

⁴³ “É a antiga questão já proposta por Maquiavel entre ética universal e moral política, e que, Weber retoma como distinção entre ética da intenção e ética da responsabilidade. Esta última é própria e inevitável na ação política. A ética da responsabilidade procura equacionar a relação meios-fins. É preciso chegar a certos resultados e escolher os meios adequados para atingi-los. Implica o ideal da autonomia do indivíduo, um limite às prerrogativas da política. Cita o exemplo de Maquiavel como símbolo da ética da responsabilidade: a atitude do cidadão de Florença que preferiu a grandeza da República à salvação de sua alma. Ao homem do Estado, impõe-se procurar alcançar o bem da coletividade, um bem supraindividual, e saltar por cima da ética vulgar.” Cf. BARBOSA, Vivaldo. **O Pensamento Político: do iluminismo aos nossos dias: entre individualismo e comunidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 467.

⁴⁴ SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005. p. 112.

que se dá na temporalidade). Com a primeira de uma série de expressões vocabulares propriamente criadas, *Mundo*⁴⁵ (*es Weltet*), é possível observar uma expressão que em princípio se destina a designar algo evidente, mas que, na verdade, revela uma complexidade que não pode ser apreendida de forma objetiva.⁴⁶

A partir daí, então, se verifica o desenvolvimento do método fenomenológico heideggeriano, calcado na experiência da vida fática, valorizando o cotidiano e o mundo vivido (faticidade), conforme se verifica nas abordagens que se seguem.

2.3 O ITINERÁRIO DO PENSAMENTO HEIDEGGERIANO

A Filosofia, para Heidegger, está concebida como um existencial, ou seja, filosofar não pode estar dissociado do ato de pensar e, conseqüentemente, é um ato inerente ao existir. E, dessa forma, como vem expresso na sua obra *Introdução à Metafísica*,⁴⁷ em Filosofia não é possível se falar em introdução, simplesmente porque ela já está operando em todo o espaço que se procura iniciar e introduzir, ou seja, não é possível introduzir algo num contexto em que ele já se encontra.

O que há é um abismo que separa o modo habitual, familiar e imediato da vida cotidiana, também denominado de modo objetivo e científico que norteia o *espaço ordinário*, do *espaço extraordinário*, no qual se agita e transcende a investigação filosófica. Nenhuma ponte poderá transpor estes dois espaços, tão distantes e tão próximos ao mesmo tempo de todos os modos de ser da existência histórica, também denominada na filosofia heideggeriana de *diferença ontológica*,⁴⁸ ou seja, algo que se distingue, mas, simplesmente, não se separa.

⁴⁵ O mundo, na visão de Heidegger, possui três perspectivas coordenadas: i) *Umwelt*: ambiente familiar, o mundo à nossa volta; ii) *Mitwelt*: mundo-com-os-outros; iii) *Selbstwelt*: mundo-próprio, precursor do posterior *Dasein*. O mundo e os entes como um todo não são um ente, nem simplesmente um somatório de entes. Heidegger considera temerário dizer que o mundo *é*, ou aplicar a mundo o verbo *ser*. O mundo simplesmente “gira”, “mundaniza” (*weltet*), o mundo munda.

⁴⁶ “Nem a descrição ôntica do ente do interior-do-mundo, nem a interpretação ontológica do ser desse ente atingem, como tais, o fenômeno do ‘mundo’. Os dois modos de acesso ao ‘ser objetivo’ já ‘pressupõem de diversos modos’ o ‘mundo’”. Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a. p. 199.

⁴⁷ Assunto abordado de forma mais acurada no item 1.5 deste trabalho. Como refere Carneiro Leão, “*Introdução à Metafísica* pressupõe intimidade com as profundezas da metafísica e a disposição de arriscar o salto nas fontes originárias de suas possibilidades e de seus limites”. Cf. LEÃO, Emanuel Carneiro. **Aprendendo a Pensar**. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 108.

⁴⁸ “*Differenz*, do Latim *differo* (lit. carregar, levar lado a lado, apartado um do outro), implica que ‘os entes e o ser se levam apartados um do outro, separados e, ainda assim, relacionados um com os outro’” Cf. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Trad. Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 42, grifo do autor.

A relação da Filosofia como um ato da linguagem, inerente ao próprio pensar humano, vem explicitada na lição de Emmanuel Carneiro Leão⁴⁹

Daí também toda a dificuldade da filosofia para o homem moderno, que vive, habitualmente, no espaço da ordem do dia. Dessa perspectiva o mais longo e o mais difícil dos caminhos é sempre aquele que leva ao que é mais íntimo e está mais próximo. É tão íntima a presença da filosofia no país dos homens, que se torna impossível uma introdução e muito mais difícil o acesso à sua paisagem. A filosofia já está sempre operando em todo pensamento, que nela se procura iniciar e introduzir. O único caminho ainda possível é um retorno brusco da existência à sua origem. A paisagem da filosofia não está em lugar algum, esperando que nela se introduza o pensamento. A paisagem da filosofia se instaura e origina pelo movimento da própria investigação filosófica, que, pondo-se em questão, retorna às origens, donde ela mesma provém.

Pela simples razão de que a Filosofia não se constitui como uma disciplina “inventada” para ser introduzida nesse ou naquele ramo do conhecimento, sua presença está ligada à existência e à reflexão, ou seja, decorre do próprio viver no quotidiano (situação histórica) e não se coaduna com posturas arbitrárias ou previamente delimitadas.

O grande problema está na situação da existência, que não é um simples fato ou qualquer fato, que de fora para dentro possibilite ao intérprete enfrentar uma problemática a respeito de suas reflexões. Todo o pensamento se constitui num projeto (algo que ainda não é), onde o que é não pode determinar o que não é, originando, assim, um paradoxo entre a reflexão e a situação dada.

Embora se saiba que qualquer investigação estará envolvida com o pensamento da técnica⁵⁰ e com o predomínio da razão científica, não é possível fechar os olhos para uma tradição (histórica) milenar. Como refere Leão,⁵¹ “a metafísica grega não é algo, que num tempo foi, e agora já não é mais. Não se trata de um presente para sempre passado. É um pretérito ainda hoje presente no vigor e no império da ciência e da técnica.”

E isto se dá não só no sentido de que o homem moderno se apropria de coisas pretéritas para reconstruir o seu presente e o seu futuro, mas no sentido existencial de constituir o fundamento das coisas, ou seja, aquilo que dá justificação e traz coerência de sentido para que algo seja de uma forma e não de outra, o que inegavelmente traz maior

⁴⁹ LEÃO, Emanuel Carneiro. **Aprendendo a Pensar**. Petrópolis: Vozes, p. 108.

⁵⁰ “A revolução tecnológica em curso é perigosa porque pode fazer não apenas que o pensamento a ela correspondente possa se tornar um dia o único modo de pensar admitido, mas que o próprio pensar e, com ele, o ser humano, para não falar do seu ente mesmo, sejam varridos, desapareçam da face da terra.” Cf. RÜDIGER, Francisco. **Martin Heidegger e a Questão da Técnica**: Prospectos Acerca do Futuro do Homem. Porto Alegre: Sulina, 2006, p. 177.

⁵¹ LEÃO, Emanuel Carneiro. op. cit, p. 109.

segurança⁵² a qualquer comunidade, principalmente quando ela visa a democracia, a liberdade e a igualdade.

Na verdade, o que se tem é uma inter-relação (uma diferença que é ontológica) entre o imanente e o transcendente, entre o *ôntico* e *ontológico*,⁵³ o ente e o *ser*. Essa diferença é que propicia que as coisas avancem em direção à superação do que está posto, é o que possibilita que se possa desvelar o que não se mostra, mas que, inexoravelmente, está em algum lugar integrando a intersubjetividade da vida fática.

Dáí a importância dos indícios formais no seu fator antipredicativo ou referencial,⁵⁴ atuando de forma a evitar que o pensamento humano caia na velha armadilha do infinitismo, imaginando ser possível conceber coisas e interpretá-las na relação do tudo ou nada, do certo ou errado ou justo ou injusto, criando de forma artificial axiomas que obnubilam qualquer processo interpretativo.

O homem não pode existir senão em permanente troca com os entes. Ente significa tudo aquilo que de alguma forma é: objetos, coisas, acontecimentos, o homem e, inclusive, o *Nada*⁵⁵, o Nada, enquanto significado (positivo ou negativo) para a existência.

O Nada carrega a condição de possibilidade para qualquer coisa. Se, afirma-se que algo é alguma coisa, ao mesmo tempo significa dizer que aquele algo não é uma série de

⁵² “Heráclito e Parmênides, Platão e Aristóteles, Santo Tomás e Descartes, Kant e Hegel, Marx e Nietzsche estão presentes, embora transformados pelo dinamismo de seu próprio princípio, no cérebro eletrônico, do qual hoje depende a segurança do Capitalismo e do Socialismo. A consciência dessa ruptura na unidade de uma tradição determina a situação de nossa existência, que impõe ao pensamento moderno a problemática central de suas reflexões.” Cf. LEÃO, Emanuel Carneiro. **Aprendendo a Pensar**. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 109.

⁵³ “O *Dasein* tem, por conseguinte, uma múltipla precedência diante de todo outro ente. A primeira precedência é *ôntica*: esse ente é determinado em seu ser pela existência. A segunda é *ontológica*: sobre o fundamento de sua determinidade-de-existência, o *Dasein* é em si ‘ontológico’. Mas ao *Dasein* pertence, todavia, de modo igualmente originário – como constituinte do entendimento-da-existência – um entendimento do ser de todo o ente não-conforme ao-*Dasein*. Por isso, tem ele uma terceira precedência como condição ôntico-ontológica e possibilidade de todas as ontologias. Assim, o *Dasein* se mostrou como o ente que, antes de todo outro ente, deve ser em primeiro lugar ontologicamente interrogado.” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 63, grifo do autor.

⁵⁴ “A indicação formal recusa (*verwehrt*) qualquer manobra de desvio em fixações autônomas do sentido categorial – fixações dogmáticas e cegas, desvinculadas da pressuposição da interpretação, da concepção prévia da interpretação, do nexos conjuntural da interpretação e do tempo da interpretação – rumo a determinidades em si, próprias de uma objetualidade que ainda não discutiu seu sentido de ser.” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Interpretações fenomenológicas sobre Aristóteles**: introdução à pesquisa fenomenológica. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011a, p. 158.

⁵⁵ “A fascinação de Heidegger pelo nada sobreviveu ao seu interesse pela angústia. Insistiu na importância da questão ‘Por que há os entes e não antes o nada [Nichts]?, não porque não pudesse respondê-la, mas porque ela abre ‘os entes como um todo enquanto tais’ (IM, 3/4; cf. OQM, 121/110).” Cf. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Trad. Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 124.

outras coisas. Portanto, o Nada é fator possibilitador de que tudo por ser, como as relações intersubjetivas que são complexas, indeterminadas e infinitas. Inwood⁵⁶ comenta, dizendo

A visão de Heidegger é diferente da de Hegel: o ser e o nada aparecem juntos não porque ambos sejam indeterminados, mas ‘porque o próprio ser é em essência finito e revela-se apenas na transcendência de Dasein oculta ao nada’ (OQM, 119/108).

Para existir, o homem precisa entregar-se aos entes (imanência), pois ele não se basta a si mesmo. Em todas as suas atividades, amando, desejando e inclusive na morte, os entes são imprescindíveis. Consolidado nessa necessidade, o homem precisa que o ente o afete, se lhe dê e se manifeste. O homem precisa estar sempre presente no mundo, imergir e entregar-se aos entes, pois ele não pode ser o ente que é se não estiver encarnado no mundo.

O modo humano específico de ser está na iluminação da imanência do mundo pela luz do Ser⁵⁷ (heideggeriano), na qual os entes aparecem no seu ser. Assim, a palavra ser é ambígua, pois apresenta uma dupla função, isto é, significa os dois modos do ser: i) o modo de ser do ente (o que ele é – ser –); ii) o fundamento de possibilidade em virtude do qual o ente se essencializa em seu ser (Ser).

A dupla função do ser é importante para que se compreenda a transitoriedade que caracteriza o ser dos entes, pois o sentido-função de alguma coisa não deve ser concebido como definitivo, exatamente pela transitoriedade típica das coisas do mundo. Emmanuel Carneiro Leão contextualiza historiograficamente, dizendo que “nos diversos períodos da metafísica o ser do ente foi determinado ora como *idea*, ora como *ousia*, ora como *essentia*, ora como *objetividade*, etc.”, demonstrando a tendência da tradição filosófica pela cristalização dos conceitos.

Na verdade, os fundamentos se fundem, divergem e convergem noutros fundamentos entre si, tudo isso a partir de vários contextos históricos determinados. No fundamento se essencializa a diferença e a referência necessária entre o ser e o ente. Ora, aquilo que está iluminado e, obviamente, aparece como identidade ao homem, também

⁵⁶ INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Trad. Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 124.

⁵⁷ “O ser, porém, apesar de unificado, não é a frágil abstração que a nossa compreensão empobrecida costuma considerar. Ele inclui (assim como o conceito de Hegel) a diversidade dentro de si, pronta para emergir em nossas lidas cotidianas com os entes, e diante do olhar do filósofo. ‘O ser é o éter no qual o homem respira; sem este éter, ele fica reduzido a um mero rebanho e todos os seus feitos a uma mera reprodução do rebanho’” (S,118/98). Cf. INWOOD, Michael. op. cit., p. 166.

carrega o outro lado que se denomina de diferença (ontológica), que é responsável, como fundamento de possibilidade do ser do ente, pela *transcendência*.

Como denuncia Heidegger em praticamente toda a sua obra, o pensamento filosófico do ocidente se caracteriza pelo *esquecimento do Ser (Seinsvergessenheit)*. A diferença constitui sempre o fundamento esquecido e não pensado de todo o pensamento metafísico. Portanto, a referência heideggeriana sobre o esquecimento do ser, não é outra coisa senão o esquecimento da diferença ontológica.⁵⁸

Se for possível visualizar o mundo como um arcabouço de possibilidades ilimitadas ou infinitas, da maneira como Heidegger pensou o mundo, cujo *Dasein* está *jogado-no-mundo* aberto a todas as coisas, pensar o sentido das coisas ou o ser das coisas é, inevitavelmente, estar disposto a re(pensar) a todo instante. Do contrário, cai-se na velha armadilha de acreditar em verdades absolutas e em axiomas, uma *trampa* destinada a privar o ressurgimento do novo e do diferente, como contínuo círculo (hermenêutico) de velamento e desvelamento do que há no mundo.

No contínuo exercício de velamento e desvelamento (*a-létheia*) o *Ser* não pode ser acessado diretamente, pois, ao possibilitar a iluminação daquilo que estava obscuro (transcendência), desaparece escondendo-se em si mesmo. A relação que há entre o *Ser* e o ente é didaticamente explicitada por Emmanuel Carneiro Leão,⁵⁹ dizendo

O *Ser* nunca é diretamente acessível. Como diferença ontológica, inclui sempre uma irreduzibilidade 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 Verdade. Esse jogo híbrido de retraimento e manifestação, de luz e sombra, de velar e revelar constitui a essencialização de sua Verdade, tal como os gregos a pensaram originariamente na *a-létheia*.

⁵⁸ “Desde Platão, o Ocidente vem, de diversas formas, buscando o ser do ente, perguntando pelo ente como tal. O ser do ente é sempre algo no ente, ou mesmo um outro ente. Não se pensa a co-pertença de ser e ente, que jamais os identifica e jamais os separa totalmente. Perdeu-se a dobra, a comunhão de ser e ente, ou melhor, perdeu-se o que Heidegger chama de diferença ontológica: a diferença entre ser e ente, que se mantém no dar-se do real. A pergunta pelo ser, agora, é a pergunta pelo mais ente do ente. Na linguagem de *Ser e Tempo*, pode-se dizer que isto que chamamos de metafísica, no âmbito do pensamento conceitual, é somente a inautenticidade do modo de ser do pensar. Este, em sua autenticidade, é o dizer da origem, a *homolegein*, a fala do ser em seu processo de realização. Falar do ser, como vimos nos pensadores originários, é falar de seu movimento de aparição e retração, e é, além disso, apresentá-lo desde o aparecimento dos entes, sem que com estes se identifique, metafísica é o pensamento que pensa desde fora de seu elemento, em dissonância com o ser. É por isso que metafísica é a atuação do modo de ser do pensar fora de sua autenticidade.” Cf. CABRAL, Alexandre Marques. **Heidegger e a destruição da ética**. Rio de Janeiro: Mauad UFRJ, 2009, p. 117, grifo do autor.

⁵⁹ LEÃO, Emanuel Carneiro. **Aprendendo a Pensar**. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 114-115, grifo do autor.

Na analítica existencial de Martin Heidegger, o *Dasein* (*ser-aí*) é projeto, ou seja, o *ser-aí* está sempre envolto a um acontecer, portanto, no projeto prévio do ser sempre ultrapassamos de antemão o ente. Assim, somente com base na elevação ou transcendência 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 transcendência. 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 (*Sorge*).

A filosofia heideggeriana ensina que o *ser-no-mundo* se apoia necessariamente na transcendentalidade, exatamente porque ela é determinada essencialmente pela ausência de apoio. Transcendência significa liberdade!

Ao ser abordada a natureza do homem e 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 se não for *ser-no-mundo*. Esse *ser-no-mundo* deve marcar o *ser-aí* como estrutura essencial que lhe é própria – daí a característica essencial da filosofia heideggeriana ligada à cotidianidade e ao mundo vivido; imprescindível, também, para uma correta compreensão do Direito⁶⁰, principalmente para se chegar ao adequado sentido das coisas.

E, Heidegger⁶¹ 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 na seguinte 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

⁶⁰ Alerta àqueles que acreditam ser possível separar o mundo do direito do mundo fático. Ideia pré-concebida e presente no senso comum dos juristas: separação do direito em “questões de fato” e “questões de direito” Como exemplo, Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 7. A Pretensão de Simples Reexame de Prova Não Enseja Recurso Especial. In.: _____. **Súmulas**. Brasília, 1990.

⁶¹ HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. Tradução Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008a, p. 325-326.

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

E, essa totalidade a que se refere Heidegger na 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 essa 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 autêntico.⁶² Portanto, transcender significa deixar aparecer o *ser-aí* como tal, transcender significa ser-no-mundo.

Diante disso, é possível fazer algumas afirmações: compreensão do ser é transcender. Transcender significa *ser-no-mundo*. O *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.⁶³

E, Heidegger⁶⁴ avança ainda mais ao explicitar que a caracterização da compreensão do ser leva em conta o fenômeno do mundo, dizendo que

[...] 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.

⁶² 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, deve-se deixar que o texto diga algo, deve-se deixar interpelar pela Constituição; bem como, na decisão judicial, o julgador deve deixar que o caso concreto/singularidade própria da coisa lhe diga algo, pois, do contrário, estará sendo absorvido pela decadência (ser inautêntico).

⁶³ Neste parágrafo é pertinente esclarecer que, ao positivar, estamos dando nome a algo que contém previamente alguma função (entificação), situação bastante fácil de perceber quando se trabalha com coisas que já contém um sentido unívoco, como por v.g. o martelo: função martelar. Diferentemente se dá no mundo do direito em que se lida com coisas positivadas (na lei) com sentido e ou função ambivalente, pois se justificam para serem aplicados em relação a pessoas e fatos da vida (contingenciais). Portanto, se tratar com o que já contém um sentido prévio não totalmente determinado (indicação formal), se está diante da possibilidade de transcendência (busca pelo Ser das coisas).

⁶⁴ HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. Tradução Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008a, p. 327.

Assim, transcender é o movimento livre capaz de ultrapassar o *Ser* (sentido) das coisas, suficiente para fazer emergir o novo e o diferente, fenômeno oposto, por exemplo, as concepções iluministas e ou ideais jusnaturalistas⁶⁵ que apostam no estreitamento do mundo. Da mesma forma, em Kant, tal é verificado no conceito cosmológico de mundo, onde se 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 dado por Kant, acima referido, passa ao largo da problematização filosófica proposta pela filosofia hermenêutica, principalmente porque despreza as vivências quotidianas, afastando-as de qualquer processo interpretativo. E tal problema é bastante recorrente no mundo do Direito, principalmente quando se verifica o predomínio do dualismo cartesiano (relação sujeito-objeto)⁶⁶, responsável pela separação entre questões de fato e questões de direito,⁶⁷ para dizer o mínimo.

O processo interpretativo e o próprio “fenômeno do conhecimento de mundo” trabalhado por Heidegger⁶⁸ no §13 de *Ser e Tempo*, não podem ser trabalhados noutra contexto que não seja o contexto de mundo, o contexto da cotidianidade. Como adverte

É o que indica o mau uso atual de entender o conhecimento como uma ‘relação entre sujeito e objeto’, modo de entender que abriga tanto ‘verdade’ quanto vacuidade. Além de que, sujeito e objeto não coincidem com *Dasein* e mundo.

A partir da analítica existencial, a transcendência está ligada por meio da compreensão do ser, ou seja, da questão fundamental de que na relação com o ente é possível remetê-lo para adiante dele mesmo e somente nessa medida sua compreensão como ente é possível. Caracteriza-se essa compreensão do *Ser* como transcendência, com a

⁶⁵ “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.” Cf. FARIA, José Eduardo. **A Reforma do Ensino Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1987, p. 42.

⁶⁶ “A relação do enunciado como enunciado de objetos é, de acordo com a antiga definição de verdade, a *adaequatio intellectus ad rem*, a adequação do enunciar pensante à coisa. Essa adequação da predicação ao objeto, *adaequatio*, na qual se vê tradicionalmente a verdade, pressupõe, contudo, para a sua possibilidade interna, que já nos mantemos previamente juntos ao ente sobre o qual deve ser realizado um enunciado que seja adequado a ele.” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Metafísica**. Tradução Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008b, p. 69, grifo do autor.

⁶⁷ Inexiste cisão entre questões de fato e questões de direito, pois o fato deles serem diferentes não significa que tenham existência autônoma. O direito sem o fato é uma nada, ao passo que o fato, sem repercussão no mundo jurídico, sequer é percebido. Daí a conclusão de não ser possível atribuir qualquer sentido ao texto (jurídico) sem considerar a sua aplicação.

⁶⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 187.

ressalva de que a transcendência não é determinada por completo mediante a compreensão do *Ser*.

O *ser-no-mundo* deve servir como fio condutor para interpretar a compreensão do *Ser*, cujo fenômeno fundamental do *ser-aí* reside na transcendência. A transcendência, embora repetindo, é trabalhada por Heidegger como a característica do *Dasein* em sua plena capacidade de se lançar para além do que está posto, ou seja, ontificado.

A relação da transcendência com o contexto dado de mundo deveria estar bem clara no contexto jurídico perante seus operadores, pois, como o Direito se constitui basicamente de conceituações *a priori* (positivismo), o operador do Direito é induzido a pensar a partir tão-somente do que está posto ou contido na regra jurídica (matriz racional-legalista), do que se apresenta como desvelado, situação recorrente e que fomenta a utópica tentativa de adequar o mundo da vida aos limites do regramento, o que coloca a transcendência totalmente alheia ao exercício interpretativo, constituindo-se como um sério problema a ser enfrentado pelo Direito.

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. Essa unidade imensurável é uma experiência ontológica, principalmente porque a *ontologia fundamental*⁶⁹ questiona o fundo e o fundamento das coisas. Há experiências ontológicas cotidianas mediadas pelos entes que junto ao *ser-aí* projetam o ser para a verdade.

A relação do conhecimento do *Dasein* com o mundo se dá em uma via de duas mãos, ou seja, ao mesmo tempo em que o *Dasein* é *ser-no-mundo* (externo) na cotidianidade, ele também possui a sua relação interna ao se apropriar de algo, modo de perceber o que é subsistente, o perceber tem o modo de execução de “*falar de algo como algo*”, ou seja, os limites semânticos envolvidos naquilo de que se trata.

A relação do *Dasein* com o ente e o próprio “fenômeno do conhecimento de mundo” vem expressa nas lições de Heidegger,⁷⁰ dizendo

No dirigir-se para... e no apreender, o *Dasein* não sai de sua esfera interna, na qual estaria inicialmente encapsulado, mas, por seu modo-de-ser

⁶⁹ “O participio presente do grego *einai*, ‘ser’, é *on*. O seu neutro singular, com um artigo definido, é *to n*, ‘aquilo que é, o ente, a entidade, ser’ – Heidegger reclama que, no uso feito por Aristóteles, significa ambigualmente tanto ‘o que é’ quanto o ‘ser’ daquilo que é (IM, 23/35).” Cf. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 131, grifo do autor.

⁷⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 194-195, grifo do autor.

primário, ele já está sempre ‘fora’, junto a um ente que vem-de-encontro no mundo já cada vez descoberto. E o determinante se deter junto ao ente por conhecer não é algo como um abandonar a esfera interna, mas nesse ‘ser fora’ junto ao objeto, o *Dasein* está ‘dentro’, em um sentido corretamente entendido, a saber, é ele mesmo quem conhece como ser-no-mundo. Por sua vez, o perceber o conhecido não é regressar do que saiu para apreender, trazendo de volta para a ‘gaiola’ da consciência a presa capturada, mas também no perceber, no conservar e no deter, o *Dasein* cognoscente *como Dasein permanece fora*.

Portanto, é possível perceber que a relação do que é conhecido ou apreendido (interpretado) possui uma dupla relação com o *Dasein*, já que não é possível realizar qualquer intento interpretativo sem que se tenha um mínimo de compreensão semântica das coisas e, ao mesmo tempo, há a constante necessidade de descortinar o mundo que, de forma ininterrupta, vem ao encontro do intérprete independentemente de sua vontade.

2.4 O MUNDO VIVIDO: A EXPERIÊNCIA DA VIDA FÁTICA

A hermenêutica da facticidade⁷¹ possui um claro *locus* interpretativo calcado no acesso à vida fática, que também pode ser descrito como uma aproximação direta aos fenômenos da vida, ou seja, desvinculados de outros fenômenos ou de doutrinas tradicionais. Nesse aspecto, integram-se a valorização da singularidade, que é inerente e se manifesta em cada situação concreta, e, também, os componentes históricos que integram a formação do sentido das coisas devem ser considerados.

Acredita-se que a busca por uma nova formação metodológica pensada por Heidegger nos anos 20 visse uma Filosofia que permita o acesso à vida fática e concreta, a partir dos componentes históricos inseridos no que denominou de *hermenêutica da facticidade*.⁷² Na verdade, o contexto histórico-filosófico do início do século passado, na visão heideggeriana, precisava retomar o pensamento no sujeito presente, pois o modo com que a Filosofia até então tratava as questões não privilegiava a realidade dada, além de

⁷¹ “Heidegger forja *Jeweiligkeit*: ‘Facticidade é o termo para o caráter do ser ‘nosso’ próprio *Dasein*. A expressão significa mais exatamente: *em cada caso*, sempre, [*jeweilig*] este *Dasein* (fenômeno de ‘*Jeweiligkeit*’; c.f. permanecer [*Verweilen*], não ir embora [*Nichtweglaufen*], *ser-aí-junto-a* [*Da-bei*], *Dasein*), no que concerne ao seu ser, possui o caráter de ser ‘aí’” (LXIII, 7). Cf. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 2, grifo do autor.

⁷² “A experiência concreta, histórica e viva tem que ser o ponto de partida e o ponto de chegada das *Geisteswissenschaften*. É a partir da própria vida que temos que desenvolver o nosso pensamento e é para ela que orientamos as nossas questões. Não temos que encontrar ideias por detrás da vida. O nosso pensamento não pode ir para além da própria vida”. Cf. PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 105-106, grifo do autor.

concentrar todo o conhecimento no objeto e no teórico. Aliás, ponto de vista que se ajusta em grande medida, ainda hoje, como herança da modernidade.

De acordo com inúmeros fatores históricos, a Filosofia tradicional desde sempre enfrentou seus problemas de modo artificializado, enaltecendo o teórico em detrimento da realidade e das contingencialidades do cotidiano. Volpi⁷³ comenta, dizendo que

Em Aristóteles, de fato, é o caráter do ente, ao qual são dirigidas respectivamente a atitude teórica, a prática e a poética, que funciona como critério para ordenar cada uma delas segundo uma escala de valores; e é precisamente pelo caráter do próprio objeto que a *theoria* é considerada a atividade excelsa do homem.

Daí o traço heideggeriano contrário à postura que denominou de *metafísica*⁷⁴ ou ontológica, que, também, poderia ser denominada de *ontoteologia*,⁷⁵ exatamente pela associação interpretativa dependente de Deus, persistente na Filosofia desde Aristóteles até Hegel.

No início, as coisas se apresentaram ao homem de várias formas. Coube a ele interpretá-las conforme o momento vivido, de acordo com o que estava à disposição, também denominado de contexto de mundo. Esse processo de “adestramento” das coisas, ou seja, exercício de apropriação do que se apresenta à retina leva, inexoravelmente, ao afastamento da origem do que se mostrou e foi colocado à disposição. Talvez seja por isso que as grandes descobertas da humanidade se materializaram no simples ato de reflexão do que desde sempre se encontrava à mão.

Por vezes, uma obviedade tão grande que os próprios envolvidos no processo investigativo, como cientistas e pensadores se indagavam: por qual motivo não teriam pensado aquilo antes? Isso foi dito, por exemplo, em relação à obra “Seleção Natural” de

⁷³ VOLPI, Franco. **Heidegger e Aristóteles**. Tradução Jorge Trindade dos Santos. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 82.

⁷⁴ “O ‘meta’ em metafísica significava originalmente ‘depois’, argumenta Heidegger, mas logo passou a significar ‘através de’, ‘além’, ‘ultra’. Por isso ‘metafísica’ passou a significar ‘através de’, ‘além’, ‘ultra’. Por isso ‘metafísica’ passou a significar ‘ir além das coisas físicas, i.e., naturais, i.e., dos entes’ (XXIX, 59ss.). É similar à *transcendência*, exceto pelo fato de a metafísica ser *primordialmente* uma especialidade do filósofo, não algo que todo o *Dasein* realize. [...] A metafísica não é simplesmente diversão para uma elite desocupada. Ela é ‘o solo da história ocidental’. O aspecto central da história moderna, a *tecnologia* que engole a terra e ameaça o mundo e *Dasein*, tem origem, em última instância, na metafísica, na interpretação da natureza como *res extensa* de Descartes e à posição central atribuída ao sujeito e às suas representações”. Cf. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 111-112, grifo do autor.

⁷⁵ Termo referente a uma tradição de teologia filosófica proeminente entre escolásticos medievais, como Duns Scotus. O termo também utilizado em referência à metafísica ocidental.

Charles Darwin.⁷⁶ No pensamento de Heidegger não é diferente. Suas conclusões sobre o esquecimento do ser ou a superação da metafísica a partir da retomada da experiência da vida fática, por exemplo, carregam uma óbvia singeleza que, por ser tão evidente, deixou de ser pensado, embora esta retomada seja considerada por alguns como algo complexo ou de difícil compreensão.

Certamente uma das contribuições mais importantes da obra heideggeriana está exatamente em desmontar as artificialidades criadas pelo próprio contexto social em que vivemos, alertando para armadilhas que o encobrimento traz no exercício da compreensão e do perceber – essa característica é facilmente percebida no estudo crítico que se faz de algumas ciências, como o Direito – em que não raro as artificialidades teóricas acabam sobrepondo o bem da vida ao objeto da proteção jurídica. Safranski⁷⁷ comenta dizendo que

Aqui pode se observar como se encontra a expressão para designar um acontecimento que a princípio parece evidente, mas observando melhor revela uma complexidade para a qual ainda não há nome. Então ele o inventa para designar aquilo que comumente não reconhecemos porque está perto demais.

Daí a importância da noção de *indicação formal* presente nos cursos de Heidegger dos anos 20, pensado e desenvolvido a partir da identificação do problema filosófico do pensamento/conhecimento predominantemente alheio à facticidade; merecendo destaque na presente tese a relação de tudo isso com os mesmos problemas filosóficos existentes nas matrizes interpretativas e produtivas de sentido das coisas no Direito.

É preciso estar atento ao processo interpretativo que aposta exclusivamente na postura teórica comum. Heidegger quer dizer que as coisas na realidade não se apresentam assim, a nós, como um ato natural, elas só se deixam entrever por contraste, pois desde sempre, já nos são apresentadas com um contexto de mundo.

Mas em que sentido Heidegger se pergunta pela *vivência* e se refere ao que denominou de *mundar*? Inicialmente devemos ter presente como as coisas acontecem

⁷⁶ “La experiencia moral y espiritual del viaje fue la contribución más importante a la obra de Darwin. Le dio la libertad necesaria para ordenar sus pensamientos y ver todo en su debida perspectiva. Al igual que Alicia, cuyas aventuras a través del espejo le permitieron ver las cosas como eran sólo después de haberlas visto cabeza abajo, Darwin necesitó hacer un viaje alrededor del mundo para descubrir lo que siempre había estado frente a sus ojos. Ciertos datos cruciales le llamaron la atención; y a pesar de que esos datos (u otros muy similares) ya estaban a su alcance antes de zarpar, el contacto directo con ellos tuvo un papel esencial en la cristalización de la gran teoría”. Cf. MILLER, Jonathan. **Darwin para principiantes**. Buenos Aires: Era Nascete, 2013, p. 72.

⁷⁷ SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 129.

quando nos encontramos no mundo (*em-torno*). Esse encontrar-se, que é sempre vivência, deve se mostrar transparente e claro. Entretanto, esse exercício por si só não basta. É imprescindível avançar ainda mais em direção às posturas teórico-científicas colocadas frente ao mundo.

Naquilo que ficou denominado de “postura científica objetivante⁷⁸” há um processo de abandono das significações primárias: o algo enquanto algo; o *mundo-em-torno* (*Umweltliche*); a vivencialidade. Em nome de um novo artificial (assujeitamento), se extrai o *eu* que vivencia, que se defronta em correspondente neutralidade com o oponente (objeto). Assim, a Filosofia dos tempos novos aposta no começo sem pressupostos da reflexão e na última certeza científica, esquecendo-se que tudo começa muito antes: quando vivenciamos da maneira *mundante*.

Heidegger, portanto, volta-se ao que denominou de *infecção teórico-destrutiva progressiva do em-torno* (GA 56/57, 89), caracterizando a postura teórica como coisificação⁷⁹ (*Dinghaftigkeit*). Safranski⁸⁰ aborda o tema dizendo que também compreendemos por que Heidegger fala da *intenção primordial (Urintention) da vida vivida* que é preciso desvendar abaixo da oposição artificial e pseudo-iniciante sujeito-objeto. Ele afirma querer objetar a uma *absolutização injustificada do teórico* (de que também acusa Husserl). *A obstinação profundamente instalada no teórico é... um grande impedimento para ver inteiramente... o reino do domínio da vivência do entorno* (GA 56/57, 88).

O verdadeiro filosofar exige que se possa transferir para uma verdadeira postura, que é paradoxal, ou seja, desconsiderando que já existam “objetos” (teórico), mas, ao mesmo tempo, ciente de que inexistente um “*eu*” isolado. No ponto, arremata Safranski⁸¹ dizendo que numa situação não digo a mim mesmo: esta situação me é ‘dada’, mas estou na situação e quando estou bem dentro dela nem existe mais um ‘eu’ que defronte essa situação. A consciência-do-eu já é uma refração. Percepção e vivência não começam com o

⁷⁸ “Por isso, a questão-do-ser tem por meta não só uma condição *a priori* da possibilidade não só das ciências que pesquisam o ente como tal ou tal e nisso já se movem cada vez em um entendimento-do-ser, mas também a condição de possibilidade das ontologias, as quais elas mesmas precedem as ciências ônticas e as fundamentam”. Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 57, grifo do autor.

⁷⁹ “A coisificação (*Dinghaftigkeit*) abrange uma esfera bem original, que foi destilada do entorno. Nela já se apagou de fato o munda (*es weltet*). A coisa existe apenas como tal, isto é, ela é real... O significativo é des-significado (*ent-deutet*) até esse resquício: ser-real. Vivenciar o em-torno é des-vivido até o resto: re-conhecer um real como tal. O eu histórico até um resto de eu-idade (*Ich-heit*) específica como correlato da coisificação (GA 56/57, 91)”. Cf. SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 131.

⁸⁰ SAFRANSKI, Rüdiger. op. cit., p. 131.

⁸¹ SAFRANSKI, Rüdiger. op. cit., p. 136.

‘eu’; o ‘eu’ só começa quando na vivência se abre uma brecha. Perco o contato imediato com a situação; algo se escancara.

O acima descrito revela um paradoxo entre a abstração do que é dado previamente como juízo de valor e aquilo que nos carrega como tradição e sentido de estar inserido no mundo. Tal pode ser comparado ao ato de olhar através de uma vidraça, cuja mirada faz com que se identifiquem objetos do outro lado da janela. Entretanto, a visão ficará cada vez mais prejudicada e, ao mesmo tempo, o observador começará a se enxergar com maior nitidez na medida em que a vidraça se torna cada vez mais opaca e menos translúcida. Dito de outro modo, quanto maior for o acúmulo de falsas percepções no ato de compreender (acúmulo de sujeira na vidraça), maior será o grau de subjetividade que se terá nesse mesmo ato (maior a nitidez do próprio observador na vidraça).

Nesse contexto, Heidegger já se encontra carregado pelo movimento da “descoberta da realidade real”, sendo convocado para levar a sério o *mundar* (*Welten*) do mundo. Safranski⁸² se refere ao movimento da

Descoberta da realidade real, nascido no século 19, dizendo que ali descobriu-se a economia por trás do espírito (Marx), a existência mortal por trás da especulação (Kierkegaard), a vontade por trás da razão (Schopenhauer), o impulso por trás da cultura (Nitzsche, Freud) e a Biologia por trás da História (Darwin).

Portanto, a partir da conferência sobre a “vivência da cátedra”, verificam-se os primeiros passos de Heidegger em direção à fenomenologia existencial⁸³. Na conferência de inverno de 1921/22 (*Interpretações Fenomenológicas de Aristóteles*) ele irá denominar a realidade real de “*a vida fáctica*”. Essa *vida fáctica* não se sustenta mais em nenhuma

⁸² SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 144.

⁸³ “Fenômeno é, portanto, aquilo que se mostra como tal, em seu mostrar-se. Antes de mais nada, isso significa: que a coisa mesma está aí como tal, não representada como quer que seja, nem é considerada de modo indireto, nem tampouco é reconstruída de alguma maneira. Fenômeno é o modo de ser objetual de algo, um modo certamente privilegiado: o estar presente de uma objetualidade por si mesma. Portanto, com isso não se decide nada absolutamente sobre a concretude das coisas, não se faz qualquer referência a algum setor determinado de coisas”. Cf. HEIDEGGER, **Ontologia: Hermenêutica da facticidade**. Tradução de Renato Kirchner, Petrópolis: Vozes, 2012b, p. 75.

instância metafísica ou religiosa, já que ela se precipita no *Nada*⁸⁴ e se choca com o *Dasein*.⁸⁵

Assim, as ideias do ser humano e de verdades infinitas com capacidades de ultrapassar os tempos e as fronteiras já não se sustentam e se tornam ilusórias diante da *vida fática*. Ilusório, também se torna o Deus que é administrado pela igreja tradicional, caracterizado como um manancial de verdades sempre à disposição.

Portanto, a experiência da vida fática⁸⁶ é utilizada por Heidegger⁸⁷ como ponto de partida para trabalhar com a teoria do método fenomenológico enquanto indicação formal, dizendo que ela é mais do que a

Mera experiência de tomada de conhecimento. Ela significa a plena colocação ativa e passiva do homem no mundo: vemos a experiência fática da vida apenas segundo a direção de comportamento que experimenta. Assim, “o conceito ‘fático’ não alcança seu significado a partir de determinados pressupostos da teoria do conhecimento, uma vez que deve ser compreendido apenas através e pelo conceito do histórico.

Portanto, não deve haver um método *a priori*, nem um predeterminado âmbito de investigação para o desdobramento explicativo fenomenológico. É necessário que haja um engajamento do fenomenólogo com o processo do próprio fenômeno, sem se deixar tomar só pelo conteúdo, pois o conteúdo disponível se constitui em algo que já foi apontado ou indiciado.

Se fosse possível realizar um comparativo da filosofia com a religião, tanto Martinho Lutero como Kierkegaard põem em cheque a religiosidade cristã primieva,

⁸⁴ “O nada e a finitude do ser são analisados positivamente. Não podem ser vistos, na perspectiva heideggeriana, como simples negação e imposição de limite. A positividade do nada e da finitude reside precisamente no fato de o ser somente assim poder ser experimentado em sua manifestação.” Cf. STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude**: Estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 123.

⁸⁵ “A ‘essencia’ do *Dasein* reside em sua existência. Os caracteres que podem ser opostos à mostra nesse ente não são, portanto, ‘propriedades’ subsistentes de um ente que subsiste com este ou com aquele ‘aspecto’, mas modos-de-ser cada vez possíveis para ele e somente isso. Todo ser-assim desse ente é primariamente ser. Por isso, o termo ‘*Dasein*’ com que designamos esse ente não exprime o seu *que*, como é o caso de mesa, casa, árvore, mas o ser.” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 139-141, grifo do autor.

⁸⁶ “Se atentarmos para a indiferença própria do experimentar fático em todas as facticidades da vida, então se torna claro um determinado sentido dominante do mundo circundante, do mundo compartilhado e do mundo próprio, a saber: tudo o que é experimentado na experiência fática da vida carrega o caráter de *significância* [*Bedeutsamkeit*]. Todo e qualquer conteúdo carrega em si esta caracterização. Com isso, porém, não está definido nada de gnosiológico, nem no sentido de realismo nem no sentido de idealismo. No modo de ser da significância, que determina o caráter de experimentar mesmo, eu experimento todas as minhas situações fáticas da vida. Isto se torna claro quando eu pergunto como eu *mesmo me* experimento na experiência fática da vida: - sem teorias!” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin e Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010a, p. 17, grifo do autor.

⁸⁷ HEIDEGGER, Martin. op. cit., p. 14.

causando a ruptura das bases das catedrais da metafísica e da teologia com pretensões de tornar a fé resistente ao tempo; situação similar é encontrada no pensamento heideggeriano em relação à revisão dos conceitos filosóficos e de propor uma reformulação do processo interpretativo a partir da valorização da *vida fática*.⁸⁸

Heidegger, que tem sua origem filosófica determinada (financiada) pela Escolástica, em meio às novas percepções sobre os dogmas católicos, reforçada também pelas ideias protestantes, distancia-se consideravelmente de suas origens em função da descoberta da “realidade real”. Isso já se torna perceptível no início dos anos vinte, oportunidade em que Heidegger⁸⁹ dá início às conferências sobre a fenomenologia da vida religiosa, mostrando uma postura inovadora frente à *vida fática*:

Sem a facticidade cristã as significações da vida seriam decisivas e modificariam o complexo referencial. Contudo, aqui a direção de sentido da vida fática caminha em direção contrária. A realização ultrapassa o poder do homem; não realizável apenas a partir das próprias forças. Por si mesma a vida fática não pode procurar os motivos para alcançar o $\gamma\epsilon\nu\acute{\epsilon}\sigma\theta\alpha\iota$. Acrescentando maximamente uma significância, a vida procura ‘alcançar um apoio’. Este conceito de ‘apoio’ possui sentido numa estrutura muito precisa da experiência fática da vida. Não é possível aplicá-lo à experiência cristã da vida. O cristão não encontra em Deus o seu ‘apoio’ (cf. Jaspers). Isso é uma blasfêmia! Pelo contrário, um ‘ter apoio’ é realizado sempre em relação a uma determinada significância, atitude, consideração do mundo, na medida em que, ao dar e obter apoio, Deus é correlato a uma significância. A concepção cristã do mundo: na realidade, um contrassenso!

Como inspiração à nova maneira de pensar e de ver as coisas, Heidegger irá tratar da filosofia como verbo, ou seja, uma ação correlata ao pensamento, e não como um objeto ou uma ferramenta que está aí à disposição para ser apropriada e servir de adorno. Efetivamente não! Heidegger enfatiza constantemente que não se deve filosofar *sobre* a vida fática como uma coisa, mas a *partir* dela.

O pensamento que ocupa a filosofia heideggeriana neste momento, portanto, surge ao perceber que o encobrimento do sentido das coisas é um processo inerente à vida humana, constituindo-se em um existencial que precisa ser tematizado e colocado em jogo.

⁸⁸ “Não encontraremos nessa *vida fática*, assim chamada por Heidegger, nada que justificasse uma fé religiosa nem a construção metafísica de qualquer valor de verdade. O princípio medieval da transição fluida entre o ser humano infinito e a verdade do infinito, essa relação que ultrapassa fronteiras, tornou-se ilusória para a *vida fática*”. Cf SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 145, grifo do autor.

⁸⁹ HEIDEGGER, Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin e Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010a, p. 109.

Isso aparece em *Ser e Tempo*⁹⁰ ao dizer que “O *Dasein* se determina cada vez como ente a partir de uma possibilidade que ele *é* e que, ao mesmo tempo e de alguma maneira, ele entende em seu ser. Esse é o sentido formal da constituição-da-existência do *Dasein*”.⁹¹

Na mesma linha, Heidegger complementa dizendo que “O ‘eu’ somente deve ser entendido no sentido de um *indicador formal*, indiferente de algo que, em sua concreta conexão-de-ser fenomênica, talvez se desvende como o ‘oposto’ do que parecia”.⁹² Da mesma forma, Lívio Osvaldo Arenhart⁹³ refere que os pronomes, incluindo o ‘eu’, são ‘indícios formais’. Prontamente isso quer dizer que a sua função lógico-semântica invariável não é a de representar gêneros/classes de coisas ou de estados de coisas, ou seja, não são representações classificatórias.

Para Heidegger, o *Dasein* é a possibilidade de ser, embora no cotidiano o encobrimento decorrente do impessoal (*das Man*) seja inevitável e inerente ao viver humano. Portanto, o que necessariamente não se deve perder de vista é a capacidade antimetafísica encontrada no método das *indicações formais*,⁹⁴ capaz de restaurar o universo infinito de possibilidades, já devidamente representado pelo conceito heideggeriano de *Nada*.⁹⁵ Nesse contexto, é importante deixar bem entendido que o conceito de “método”, para Heidegger, tem a conotação de dar continuidade, caminhar/andar para frente.

⁹⁰ As principais reflexões filosóficas contidas em *Ser e Tempo* (1927) são o resultado dos complexos cursos ministrados por Heidegger ao longo dos anos 20. Dentre algumas temáticas centrais, está o método das indicações formais (*formale Anzeige*), traço fenomenológico que determina e caracteriza o estilo da investigação filosófica predominante do filósofo da floresta negra. (*Ser e Tempo*, quarto capítulo, O *ser-no-mundo* como *ser-com* e como *ser-si-mesmo*. ‘A-gente’).

⁹¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 143.

⁹² HEIDEGGER, Martin. op. cit., p. 337.

⁹³ ARENHART, Lívio Osvaldo. **Ser-no-Mundo e Consciência-de-si**: uma leitura dos Escritos Fenomenológicos de Martin Heidegger a partir de um conceito filosófico-analítico plausível de consciência-de-si imediata. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 289.

⁹⁴ “O eixo das descrições fenomenológicas, assumidas pela *decaída*, encontra-se na consideração de que o *Dasein* possui diferentes possibilidade de ser. O estudo da existência assinala uma diferença entre a fenomenologia com o fundo hermenêutico, empregado por Heidegger, e a fenomenologia de Husserl, com a preocupação de fundamentar uma teoria do conhecimento. A diferença mostra-se em uma nova forma de investigação realizada por Heidegger: os indícios-formais. A pergunta sobre as descrições fenomenológicas é sobre quais são os indícios-formais abarcados pelo *Dasein* na sua existência e, no caso da *decaída*, isso diz respeito ao cotidiano. Esses indícios da *decaída* mostram o *Dasein* quando este dá as costas a si mesmo, em fuga, dentro do cotidiano.” Cf. VEIGA, Itamar Soares. **Cotidiano e Queda**: Uma análise a partir do § 38 de *Ser e Tempo*. Porto Alegre: Clarinete, 2012, p. 15, grifo do autor.

⁹⁵ O conceito heideggeriano de Nada pode ser explicitado como um critério referencial-negativo para dizer que ele é a condição de possibilidade para que qualquer coisa possa Ser. Quando se diz que nada é, se está, ao mesmo tempo, dizendo que tudo ou qualquer coisa poderia ser. Portanto, o Nada age como antídoto para evitar o pensamento que se limita a conceitos de verdade e ou se reduz a dogmas e axiomas, imaginando que alguns conceitos poderiam abarcar o contexto de mundo.

O encobrimento da realidade pela objetivação do mundo, também denominada de *queda* ou *decaída* (impessoal⁹⁶ – *das man*), decorre propriamente de uma característica dominante entre as pessoas que, ao fim, se tornam responsáveis pelos desvios de suas próprias compreensões. Como afirma Safranski⁹⁷ “Vamos vivendo, mas não nos conhecemos. Somos um ponto cego para nós mesmos. Se quisermos nos tornar transparentes para nós mesmos, esse esforço, segundo Heidegger, *rebate (schlägt zurück) sobre a vida*”.

A vida, portanto, pode ser vivida de inúmeras formas. É possível encará-la de frente e questionar o porquê de se fazer isso ou não se fazer aquilo. Talvez, ir um pouco mais longe a ponto de se perguntar e pôr em jogo a sua própria situação. A vida, totalmente alheia à vontade das pessoas, é complexa e repleta de contradições, e Heidegger se dá conta disso, sustentando a impossibilidade de contemplar de fora essa vida na qual já estamos.⁹⁸

A correta compreensão do pensamento heideggeriano quando se refere à Filosofia está na árdua tarefa de fazer “princípios a vida”, ou seja, fazer a vida virar-se, compreender-se pelas raízes, como refere Safranski⁹⁹ “tomar consciência do fundo do qual emerge e do qual quer sair, *instalando-se (festlebt)* em seu mundo”.

O princípio de tudo está no verbo e no caráter temporal das atividades-da-vida (*Lebenstätigkeiten*), agir em direção à *preocupação (sorge)* ou em direção ao *providenciar*

⁹⁶ O tema da (ir)responsabilidade, desdobramento do *Impessoal*, abordado por Heidegger, como um existencial da decaída, no quarto capítulo, parte I, de sua obra maior *Ser e Tempo*, causador do pensamento acomodado e não questionador, problema este bastante presente na cultura do homem moderno, principalmente quando aquele que detém a responsabilidade de dizer, fazer ou julgar, não enfrenta a responsabilidade que deve (ria) ser somente sua, livrando-se, portanto, da tarefa de atuar propriamente, pois assim estará seguro e protegido (sensação psicológica confortante que caracteriza o homem moderno).

⁹⁷ SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 149.

⁹⁸ “Onde estamos só existe esse ‘isso’ e ‘isso’ e ‘isso’. Heidegger descreve esta vida com seus muitos ‘isso aí’ (*dies da*) e de repente surge a expressão certa: A característica da vida é – *ser-isso-aí (Diesigkeit)* (GA 61,88). Temos dificuldade em suportar o *ser-isso-aí*. Via de regra a filosofia responde construindo valores, tradições, sistemas, elaborações de pensamento em que encontramos abrigo para não ficarmos parados tão *nus* e desprotegidos em nosso próprio tempo. Nós nos entrincheiramos atrás de bens culturais e nos apoiamos na filosofia como um seguro de vida ou um financiamento da casa própria. Investimos trabalho e esforço e nos perguntamos que lucro isso nos dará, que de que isso me aproveita, o que posso fazer com isso. Mas com a filosofia, diz Heidegger, não se pode fazer nada, quando muito, filosofando podemos perceber o que ‘fazemos’.” Cf. SAFRANSKI, Rüdiger. op. cit., p. 149-150, grifo do autor.

⁹⁹ SAFRANSKI, Rüdiger. op. cit., p. 150.

(*Besorgen*) são características da vida¹⁰⁰. Entretanto, Heidegger alerta para o perigo dos efeitos da “eficiência da vida”, onde o que se mostra vela o que não se mostra, a partir do que está dado, pois tanto no *preocupar* como no *providenciar*, estaremos diante da *queda* (*Sturz*). Dizendo de outro modo, ao se *ocupar* com o movimento temporal e com os efeitos da “eficiência da vida”, haverá o fechamento interpretativo proporcionado pelo envolvimento com o que está posto, consequência existencial que Heidegger denomina de *queda* ou *ruinância*¹⁰¹, cuja superação somente é possível a partir da *volta* pretendida pela inquietação da Filosofia capaz de trazer à tona o vazio que sai em busca do que preencha.

Pode-se dizer, portanto, que tudo que há à disposição passa por um constante processo de velamento e desvelamento (*aletheia*). No ponto, Inwood¹⁰²

Nós perdemos a ideia do encobrimento e assim a força privativa de *aletheia*: a luz constante – nunca está ligada ou desligada – e revela tudo que há a qualquer um que olhe. Nós perdemos a ideia do aberto, que deve persistir através do nosso desvelamento dos entes: uma luz única não pode ser responsável tanto pela abertura do aberto quanto pelo desvelamento de entes particulares.

Nesse contexto, é possível considerar que há um paradoxo do *nada*,¹⁰³ pois a conotação de inexistir limitação de formas de ocupação traz a ideia de que, na verdade, o *nada* heideggeriano é condição de possibilidade. O homem a todo o momento que se ocupa de algo produz e é responsável pela sua (de) *caída*, pois, no mesmo instante da ocupação com algo, vira as costas para o *nada* (condição de possibilidade).

A *decaída* é, portanto, trabalhada no pensamento heideggeriano como um existencial, uma característica inata do homem que o acompanha do início ao fim da sua

¹⁰⁰ Na cura, *Dasein* readquire o domínio de si mesmo: “Enquanto cura, *Dasein* é o ‘Entre’ [nascimento e morte]” (ST, 374). Onticamente, contribuo para uma aposentadoria porque o homem velho que vai retirá-la será a mesma pessoa que eu sou agora (‘eu’); ontologicamente, ele será a mesma pessoa que eu sou agora porque estou contribuindo para a sua aposentadoria. Mas *Sorge* também inclui *Besorgen* e *Fürsorge*. Eu poderia, portanto, contribuir para a aposentadoria de outra pessoa, desde que eu não faça tanto por ela a ponto de ela perder a sua própria cura e tornar-se um apêndice de mim. Assim sendo, a cura unifica três aspectos centrais de *Dasein*: existencialidade ou ‘ser-à-frente-de-si-mesmo’, facticidade ou ‘ser-já-em-um-mundo’, e decair ou ‘ser-junto-a’ entes dentro do mundo (ST, 193, 249). Portanto, ‘A temporalidade revela-se como o sentido da cura autêntica’: existencialidade, facticidade e decadência correspondem respectivamente ao futuro, passado e presente” (ST, 326). Cf. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 28, grifo do autor.

¹⁰¹ “Ruína”, “ruinoso”, se constitui em Heidegger como um processo pelo qual a vida sai de si mesma vivendo e se prende no providenciado, escapando de si mesma (*Queda*).

¹⁰² INWOOD, Michael. op. cit., p. 5.

¹⁰³ “*Nichtung*, ‘nadificação, não-dade’, é o que faz o nada, do mesmo modo como *die Welt weltet*, ‘o mundo mundaniza’ ou a luz ilumina. ‘O nada’ é usado positivamente: Heidegger não está dizendo ‘Não há coisa alguma que nadifique’, mas ‘Algo nadifica, a saber, o nada’. O nada não deve ser explicado em termos de negação: ele é ‘a origem do negar’ (116/105)”. Cf. INWOOD, Michael. op. cit., p. 124, grifo do autor.

existência. Principalmente porque todo o envolvimento do *Dasein* com as coisas do mundo compreende uma familiaridade e uma acomodação própria do mundo posto. Daí o papel da Filosofia como inquietação intensificada. A aposta, portanto, se concentra em dar um novo rumo à Filosofia, na medida em que ela é capaz de trazer à tona o estranhamento, o novo e o diferente, como bem refere Safranski,¹⁰⁴ ao dizer: “O ser humano produz o seu mundo de modo que não se possa reconhecer dentro dele. Sua autoconcretização é a sua auto-trofia”.

Isso pode ser identificado no Direito a partir de uma lei que está em vigor, mas que, diante da Constituição, não mais se justifica que produza efeitos, simplesmente porque não se compatibiliza com a teleologia principiológica que se instaurou nos Estados democráticos principalmente a partir do segundo pós-guerra (isonomia, proibição do excesso, função social, solidariedade...).¹⁰⁵

Daí a impossibilidade de apostar todas as fichas em institutos jurídicos como a súmula vinculante, simplesmente porque, embora se resolvam quantitativamente os problemas do Estado enquanto prestação jurisdicional, a prestação jurisdicional integral vem à reboque, pois abdica do jurisdicionado direito de receber uma decisão efetiva, isto é, que lhe permita ver a sua singularidade própria devidamente abordada pelo Poder Judiciário.

Nesse aspecto, a Filosofia cumpre o seu papel transformador e crítico, pois denuncia o sequestro do mundo da vida pelo mundo abstrato e formal, causando um verdadeiro mal-estar na comunidade jurídica, embora Manuel Atienza,¹⁰⁶ alheio à hermenêutica filosófica, em entrevista dada ao *Conjur*, tenha manifestado, de forma irônica, não ser possível utilizar Heidegger para resolver um problema de súmula vinculante.

Na verdade, o que parece desconsiderar Manuel Atienza em suas proposições a respeito da hermenêutica heideggeriana e dos problemas metafísicos está naquilo que Stein¹⁰⁷ denomina de *Mundo Vivido*

¹⁰⁴ SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 152.

¹⁰⁵ Vide inúmeros casos descritos no capítulo 7º, de STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2011. (Teoria do discurso, decisões judiciais e racionalidade argumentativa. Os obstáculos à concretização dos direitos fundamentais-sociais (substantivos) sustentados em nome do procedimentalismo).

¹⁰⁶ “Parece muito estranho que se possa pensar que Heidegger nos dará a chave para a compreensão ou a crítica das súmulas vinculantes”. Cf. “DISCUSSÃO sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos”. Entrevista com Manuel Atienza. **Conjur**, Brasília, 5. set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>>. Acesso em: 20 set. 2015.

¹⁰⁷ STEIN, Ernildo. **Mundo Vivido**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004b, p. 62 grifo do autor.

Podemos perguntar se não é possível, em filosofia, identificar descritivamente aquilo que condiciona, como condição de possibilidade. Se quisermos introduzir este conceito de mundo como condição de possibilidade, nós temos que talvez *acordar aquilo que opera dentro de nós*. Mudar um pouco a nossa maneira de representar a unidade homem-mundo, não mais reproduzindo a ideia de consciência-mundo, representação-mundo, mas a relação homem-mundo como já sempre sendo uma relação da qual nós não conseguimos sair, porque não apenas nascemos dentro dessa relação, mas desde essa relação nós passamos a ter consciência, passamos a fazer relações com as pessoas, com os objetos, com as coisas, constituindo um espaço que é, de alguma maneira, uma parte significativa de nós mesmos. Claro, tentando ver o que significa mundo ser uma parte do humano, ou até, o ser humano ser pensado, como diz Heidegger, como ser-no-mundo.

Portanto, o que jamais pode ser desprezado é o *conceito de mundo* como algo articulado com a ideia de vida através da significância ou da estruturação. Pode-se até não tematizar, mas em todas as tematizações esse conceito estará sempre presente, simplesmente porque é a qualidade fundamental do conceito de mundo da vida. Como afirma Stein (2004b), o conceito de mundo da vida está em afirmar “que em todas as tematizações ele é o não tematizado, mas que é condição de possibilidade de tematizar qualquer coisa”.¹⁰⁸

Em suma, não há como pretender descolar o mundo da vida do conhecimento, simplesmente porque só é possível conhecer algo a partir do experienciar, como uma fotografia que permanecerá estática, enquanto o mundo permanece continuamente em rotação.

2.5 A FILOSOFIA (INQUIETAÇÃO INTENSIFICADA)

Na obra *Introdução à Filosofia* (2008a), de Martin Heidegger, consta no primeiro parágrafo o seguinte título: “*Ser homem já significa filosofar*”. Para Heidegger, a Filosofia não se trata de uma mera disciplina com a qual é possível se ocupar por alguns instantes, situação bastante comum em diversas áreas do conhecimento, caracterizada pelo estudo historiográfico de pensadores que deixaram alguma contribuição importante para a evolução do pensamento humano ao longo da história.

A concepção de Filosofia defendida por Heidegger, portanto, desenvolve-se num outro contexto de significação. Encontra-se amalgamada na própria capacidade humana de

¹⁰⁸ STEIN, Ernildo. **Mundo Vivo**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004b, p. 77.

se pensar as coisas; visão diametralmente oposta à Filosofia como ramo de estudo, tratando-a como um objeto que se encontra no mundo para ser apreendido, ou, como se fosse possível, ingressar em uma nave espacial para uma longa viagem interplanetária, retornando em seguida à vida na Terra. Inexoravelmente, a concepção tradicional da Filosofia proporciona um distanciamento da verdadeira Filosofia.

O raciocínio é bastante simples: se, precisa-se ser introduzido na Filosofia, é possível concluir, portanto, que se está fora dela. Essa falsa impressão é (muito bem) utilizada porque produz o efeito psicológico almejado na medida em que convence a todos que, para ingressar na Filosofia, é necessário estudar historiografia. Heidegger¹⁰⁹ aborda esse ponto, dizendo

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. Ser-aí como homem significa filosofar. O animal não pode filosofar; Deus não precisa filosofar. Um Deus que filosofasse não seria um Deus porque a essência da filosofia é ser uma possibilidade finita de um ente finito.

Se a Filosofia, assim, está dentro de todos, por que razão uma “introdução à Filosofia” como tradicionalmente se apresenta nos currículos acadêmicos em geral (principalmente em escolas e universidades)? De fato, a introdução à Filosofia não serviria para inserção nela, mas, exclusivamente, com o caráter de acordar aquilo que está adormecido, ou seja, de libertá-la, dando-lhe um movimento de maior abrangência e possibilitando o acontecer.

Por certo que o pensar filosoficamente se torna cada vez mais aguçado na medida em que se amplia a capacidade de se enxergar o mundo; esse exercício, entre outros, recebe uma amplitude maior com o acúmulo de experiências. Processo que decorre do desvelamento como possibilidade de enxergar as coisas nos diversos pontos de vista que integram a complexidade do mundo. Morin¹¹⁰ emprega de forma adequada o exemplo, ao dizer que “a palavra ‘amor’ muda de sentido no contexto religioso e no contexto profano, e

¹⁰⁹ HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. Tradução Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008a, p. 3-4.

¹¹⁰ MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; revisão técnica de Edgar de Assis Carvalho. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 34.

uma declaração de amor não tem o mesmo sentido de verdade se é enunciada por um sedutor ou por um seduzido”.

Na obra de Hans-Georg Gadamer¹¹¹ a *consciência histórica* deve ser pensada de uma forma reflexiva, elevando-se acima do que estabelece o senso comum ou a própria consciência, valorizando-se a experiência sem cair na armadilha de acreditar em infinitudes. No ponto, Gadamer refere que

O homem experimentado evita sempre, e de modo absoluto, o dogmatismo, e precisamente por ter feito tantas experiências e aprendido graças a tanta experiência está particularmente capacitado para voltar a fazer experiências e com elas aprender. A dialética tem sua própria consumação não num saber concludente, mas nessa abertura à experiência que é posta em funcionamento pela própria experiência.¹¹²

Mais uma vez, se remete à formação histórica, pois, no processo de autoconhecimento ou na tentativa de se voltar para si mesmo, é imprescindível se fazer presente o sentido filosófico e a *pré-compreensão*¹¹³ das coisas, sem o que se torna impossível se chegar ao fundamento. Parece ser um grande equívoco tentar conformar a Filosofia a partir de uma recusa total da tradição histórica. Daí a importância da história da Filosofia, porque não dizer da História em geral, com a qual a Filosofia se entrelaça.

A tarefa de se lançar nesse projeto de filosofar precisa contemplar além da pré-compreensão da forma como se encontra contemplada pela tradição, mas, também, deixar que o filosofar do *Dasein* humano tome o seu próprio curso. O *Dasein* se caracteriza por sua própria singularidade, de modo que jamais existe em termos universais. Assim, a Filosofia deve tornar-se livre no homem, levada a acontecer em seu próprio acontecer, ou seja, de forma primária e essencial da existência do ser-aí (*Dasein*).

¹¹¹ “Não é verdade que a questão de saber o que é se resolve sempre necessariamente, seja a favor do novo, que não tarda a se tornar obsoleto, seja a favor do que foi. Sem dúvida, o relativismo histórico tornou intelectualmente impossível o retorno efetivo (*Repristinationem*) de modelos anteriores de pensamento e de toda sistematização ingênua. Mas a questão filosófica não pode deixar de ser colocada. Não se pode reduzi-la à sua função social nem contorna-la, rejeitando-a ou legitimando-a a partir da crítica da ideologia. A consciência histórica transcendeu desde sempre tudo isso para retomar – embora tardiamente – a interrogação à qual damos o nome de filosofia.” Cf. GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Org. Pierre Fruchon; tradução Paulo César Duque Estrada, 3. ed., Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 15.

¹¹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 465.

¹¹³ A pré-compreensão antecipa o sentido das coisas na medida em que desde já trabalhamos com sentidos prévios e pré-dados no mundo, mesmo que minimamente e de forma provisória. Portanto, ao falarmos em pré-compreensão podemos concluir que não somos uma folha em branco a espera de sentido, o qual sempre deve ser colocado em jogo, prevalecendo ele ou não, pois, somente assim, estaremos salvos do solipsismo.

Aliado a isto, é possível reivindicar a condição própria de cada pessoa (que pode ser associada, por exemplo, com o grau de cidadania característico de cada comunidade), situação que está intimamente ligada com a visão clara de sua existência e com a capacidade de orientação do *Dasein* para alguma direção. A tarefa de sempre levar em consideração a *pré-compreensão*¹¹⁴ na filosofia, a partir da relação do *Dasein* com o mundo, implica relação da Filosofia com a ciência, com a visão de mundo e com a história, traço característico em toda obra de Martin Heidegger.

Curiosamente, passa despercebido para muitos o fato de que cada pessoa (comunidade) é o reflexo de um processo de sedimentação histórico-filosófica, oriundo de determinados momentos históricos, cada uma delas com o seu tipo de característica específica (princípios epocais)¹¹⁵. Exemplo descrito por Marx, referido por Barreto e Culleton¹¹⁶ no *Dicionário de Filosofia Política*:

Os filósofos não brotam da terra como os cogumelos. Eles são o fruto de sua época, de seu povo, cujas energias mais sutis, mais preciosas e menos visíveis se expressam nas ideias filosóficas. O mesmo espírito que constrói os sistemas filosóficos nos cérebros dos filósofos é também o que constrói as estradas de ferro com as mãos dos trabalhadores.

Ao fim, a consciência histórica é a verdadeira credora do tipo de sociedade que se tem atualmente. Pois é, como já referido, há um débito do presente com o passado (*Schuld*)¹¹⁷, há uma imensa dívida impossível de ser quitada com a Filosofia e com a História, pois, sem lhes dar a devida seriedade e relevância, certamente a sociedade atual estaria ainda contemplando o fogo e a roda.

¹¹⁴ Toda a compreensão já pressupõe como condição de possibilidade uma pré-compreensão. Esta pré-estrutura da compreensão pode ser também caracterizada como uma estrutura de antecipação da compreensão, ou seja, Heidegger identifica que toda a compreensão realiza-se a partir de um determinado horizonte, que é condicionada por ele. Assim, a tematização do irrefletido e do previamente dado, a partir de um contexto fático determinado, propicia o ambiente adequado para a interpretação.

¹¹⁵ *Standards* ou princípios epocais podem ser caracterizados por fundamentos de moralidade externados a partir de movimentos filosóficos que se tornaram determinantes para a evolução do conhecimento e definidores do rumo da história.

¹¹⁶ BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo. **Dicionário de Filosofia Política**. São Leopoldo: Unisinos, 2010, p. 240.

¹¹⁷ “A ‘interpretação ordinária’ difere da de Heidegger em quatro pontos: 1. A consciência possui uma função crítica. 2. Ela sempre nos fala de um feito definido que foi realizado ou desejado. 3. A ‘voz’ da consciência não tem uma relação tão radical com o ser do *Dasein* quanto Heidegger supõe. 4. A forma básica da consciência rejeitada por Heidegger, é a ‘má’ e a ‘boa’ consciência, a que censura e a que adverte (ST, 290). Heidegger retira ‘consciência’ e ‘débito’ do seu contexto ético em função de um sentido mais fundamental e *existencial*: ‘O ser e estar em débito em sentido originário não pode ser definido pela moralidade, porque ela já o pressupõe.’ (ST, 286).” Cf. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 22, grifo do autor.

O estudo da história da Filosofia traz para a humanidade uma carga de sentido veiculada pela tradição e uma explicitação acerca do desenvolvimento social e da formação do pensamento gradualmente formado por diversas manifestações paradigmáticas, também denominadas de *princípios epocais* por Ernildo Stein.¹¹⁸ Em meio a tudo isso, importa dizer que esse manancial histórico (tradição) é o local onde reside o fundamento das coisas com as quais convivemos em nosso cotidiano.

Convém alertar para o inadequado tratamento da tradição histórica em relação a um objeto estático ou passível de qual tipo de definição. Ao contrário, o fenômeno da produção de sentido ocorre no tempo de uma forma inapreensível ou não instrumentalizável, situação em que não se pode objetivar, simplesmente porque se está diante de um fenômeno que se forma de maneira lenta e gradual, sem definições prévias, como uma formação rochosa que toma contornos tanto das erupções vulcânicas quanto dos desgastes produzidos pelo tempo.

Heidegger trabalha a noção de Filosofia como uma postura frente ao mundo, um existencial que todos têm em maior ou menor grau, independentemente de conhecer a história da Filosofia ou não, ou seja, algo que se manifesta pelo simples fato de se estar frente ao mundo, do mesmo modo como se manifesta a *linguagem*,¹¹⁹ aceitando-se ou não, ela salta diante de todos e se projeta, interpelando-os.

A linguagem é, desde o princípio, humana. Ela não é simplesmente uma qualidade do homem que se encontra no mundo, mas dela depende e nela se revela que o homem, enquanto tal, possui *mundo*. Como ressalta Manfredo A. de Oliveira,¹²⁰

O mundo está aí para o homem, e esse ‘estar-aí’ é constituído linguisticamente. É nesse sentido que se deve compreender a famosa frase de Humboldt: toda linguagem é uma visão de mundo. Quando o homem nasce numa linguagem determinada, ela o introduz numa relação determinada com o mundo e num comportamento determinado em relação ao mundo.

¹¹⁸ “Heidegger enumera um conjunto de princípios epocais nos quais o ser é definido a partir de um ente. Assim temos, por exemplo, a *idéia* em Platão, a *substância* em Aristóteles, o *ipsum esse* em Tomás de Aquino, o *cogito* em Descartes, o *eu penso* em Kant, o *saber absoluto* em Hegel, e a *vontade de poder* em Nietzsche. Cada uma dessas concepções de ser da metafísica termina marcando uma época. Por isso se fala em princípios epocais cujos traços aparecem, no fundo, em cada forma de cultura.” Cf. STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004a, p. 141, grifo do autor.

¹¹⁹ “A linguagem constitui-se de modo fundamental de realização de nosso ser-no-mundo, a forma de constituição de mundo que tudo envolve. Essa definição nos remete sempre aos enunciados da ciência, congelados em signos destituídos de linguagem, e à tarefa de reconduzir nosso mundo atual, colocado à disposição do arbítrio pela ciência, esse mundo que chamamos de técnica, às ordenações fundamentais de nosso ser.” Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: Complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 255.

¹²⁰ OLIVEIRA, Manfredo. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 236.

Bem compreendido que a linguagem é um meio no qual se reúnem o eu e o mundo, apresentando-se como um acontecer finito diante da mediação dialética do mundo. É possível outorgar a ela um caráter universal, principalmente porque a compreensão é determinada pela linguagem. Gadamer¹²¹ reafirma que o *Ser que pode ser compreendido é linguagem*. De certo modo, o fenômeno hermenêutico devolve aqui a sua própria universalidade à constituição ontológica do compreendido, na medida em que a determina, num sentido universal, como *linguagem*, e determina sua própria referência ao ente como interpretação.

Assim que se deve compreender a pretensão de universalidade da dimensão hermenêutica: compreensão sempre vem ligada com linguagem. Como afirma Gadamer¹²²

A linguagem não é um sistema de signos que agenciamos com o auxílio de um teclado, ao entrarmos no escritório ou na estação emissora. Isso não é linguagem, pois não possui a infinitude do fazer que cria linguagem e experimenta mundo.

A conceituação de Filosofia, que não pode ser apreendida, aproxima-se, e muito, da concepção de fenomenologia, pois ambas não são teóricas e não devem ser classificadas como científicas. A explicação se dá pela própria natureza delas. Não podem ser apreendidas em conceituações, da mesma forma como não se pode interromper o fluxo contínuo da vida, como bem assevera Heidegger¹²³

Una ciência, y más la ciencia pura y simples, es, de acuerdo con su sentido, científica. Ante todo, decimos “filosofía científica” porque predominan concepciones de la filosofía que no sólo ponen en peligro su carácter de ciencia por antonomasia, sino que lo niegan. Estas concepciones de la filosofía como ciencia, han corrido parejas al desarrollo de la filosofía científica. De acuerdo con esta concepción de la filosofía, esta debe non sólo, y ni siquiera en primer lugar, ser una ciencia teórica, sino que tiene que dirigir, de forma práctica, la comprensión de las cosas y de sus relaciones y las tomas de posición respecto de ellas y há de regular y gobernar la interpretación del Dasein y de su sentido. La filosofía es sabiduría del mundo una sabiduría de la vida o, como se disse hoy, en expresión corriente, la filosofía há de proporcionar una concepción del mundo (Weltanschauung). Cabe, de este modo, distinguir la filosofía

¹²¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 612.

¹²² GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 268.

¹²³ HEIDEGGER, Martin. **Los Problemas Fundamentales de la Fenomenología**. Tradução Juan José García Norro. Madri: Editorial Trotta, 2000, p. 28-29.

científica de la filosofía como concepción del mundo (Weltanschauungsphilosophie).

A Filosofia se constitui como um acontecimento intrínseco ao viver humano, como um existencial no sentido heideggeriano, fenômeno que se manifesta independentemente da vontade. Ao lado da *linguagem*, a Filosofia se manifesta alheia à vontade, pois, o pensar não pode ser suspenso e inadmita apreensão, simplesmente porque, quando se pensa em pensar, o pensamento já se exauriu.¹²⁴

Gadamer¹²⁵ utiliza passagens cotidianas para explicar o que Aristóteles denominou de *Epagoge*, isto é, a formação do universal da linguagem. Como a linguagem se estabelece com o seu significado universal? Ele se reporta, portanto, à relação do filho com a mãe e pergunta: “Quando que a criança conhece sua mãe pela primeira vez? Quando a vê? Não! Quando então? Onde se dá um primeiro conhecimento que arranca a criança das trevas da ignorância?” Como resposta ao movimento da linguagem faz a seguinte analogia:

Aristóteles descreveu esse processo de maneira maravilhosa. Ele afirma que esse fenômeno é o mesmo que ocorre com um exército em fuga, tomado pela angústia do pânico. Nessa situação, por fim, um soldado começa a deter-se e sondar se o inimigo está realmente tão próximo. O exército não se detém pelo fato de um soldado se deter. Então detém-se um segundo soldado. O exército não se detém pelo fato de dois soldados se deterem. Mas quando se detém realmente um exército? De repente, ele se detém. De repente, volta a obedecer o comando. No modo de Aristóteles descrever essa cena, encontramos um fino chiste de linguagem. *Comando*, em grego, significa *Arché*, isto é, *principium*. Quando é que o princípio se dá como princípio? Por que poder? Essa é na realidade a questão pelo estabelecimento do universal.¹²⁶

A Filosofia como existencial, na visão gadameriana, encontra-se entrelaçada com a linguagem e deve ser trabalhada como uma atividade existencial do ser-humano,

¹²⁴ Vide: STRECK, Lenio. **Heremênutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012c, p. 287.

¹²⁵ “A consciência da história dos efeitos realiza-se no elemento da linguagem. Podemos aprender dos pesquisadores pensantes que a linguagem, em sua vida e acontecer, não pode ser concebida como um mero fenômeno em transformação. O que atua nela é uma teleologia como fator interno. Isso significa que as palavras que se formam, os recursos de expressão que figuram numa língua para se poder dizer determinadas coisas, não se fixam por acaso, pelo simples fato de não desaparecerem. Significa, antes, que assim se constrói uma determinada articulação de mundo, um processo que atua como se fosse dirigido e que podemos sempre de novo observar na criança que está aprendendo a falar. Para isso, reporto-me a uma passagem de Aristóteles que gostaria de explicitar mais detalhadamente, uma vez que ela descreve de modo genial o ato da formação da linguagem, a partir de certa perspectiva. Trata-se do que Aristóteles chama de *Epagoge*, isto é, a formação do universal.” Cf. GADAMER, **Verdade e Método II**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 266.

¹²⁶ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 267, grifo do autor.

característica inerente à própria existência, algo com o qual se está condenado a realizar até o fim. A Filosofia é a capacidade que se possui de pensar nas coisas, de criticar, de refletir e de (dis)concordar. Uns a exercem com grau maior, outros com menor intensidade, mas, inexoravelmente, como ser-no-mundo, todos filosofam (pensam).¹²⁷

Heidegger¹²⁸ explicita a relação do homem com o seu agir filosófico, dizendo que

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.

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. Uma justificativa da existência da filosofia hermenêutica está em se realizar uma análise crítica e reflexiva dessas teorias reducionistas.

A Filosofia, como já referido, é uma atividade que deve ser relacionada com a própria linguagem (Wittgenstein)¹²⁹, já que se constitui em uma atividade e não num corpo

¹²⁷ Hannah Arendt deixa importante contribuição, principalmente ao desenvolver a ideia de que denominou de “banalização do mal”. Afirma que as maiores atrocidades, os crimes que produziram as maiores consequências negativas em cadeia, são praticados por pessoas que tiveram a sua alma roubada por uma parametrização moral alienígena, decorrente da massificação ideológico-política que institui na classificação um padrão rigoroso de atuação (por exemplo, *ser-com* político). Cf. PHILOSOPHIE HORS-SÉRIE MAGAZINE. Hannah Arendt: La Passion de Comprendre. Paris: Éditions Philo, n. 28, jan. 2016.

¹²⁸ HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. Tradução Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008a, p. 3.

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 sempre o propósito auxiliar e de ser frutífera, principalmente para que se consiga um movimento constante contrário à involução, 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 e afasta o círculo vicioso.

Tudo o que não se pode fazer, portanto, é classificar a Filosofia como científica, pois mesmo quando se levantam questionamentos de forma fundamentada, coerente e racional, o teórico e o método sempre chegam tarde frente ao mundo da vida, conforme alerta Streck¹³⁰

Captar as estruturas da compreensão (que como vimos sempre é histórica) não é possível ser feito pela via do método, uma vez que como elemento interpretativo, o método sempre chega tarde. O que organiza o pensamento e comanda a compreensão não é uma estrutura metodológica rígida – como acreditava Schleiermacher – mas a *diferença ontológica*. Todas essas conquistas heideggerianas, serão apropriadas depois por um outro hermeneuta, Gadamer, que encontrará espaço para construção de sua *Hermenêutica Filosófica*. O título de sua obra máxima é *Verdade e Método*, mas bem poderia chamar-se *Verdade contra o método* ou *Verdade apesar do Método*, a partir da qual a hermenêutica será radicalizada como um *agir mediador através da experiência da arte, da história e da linguagem*.

¹²⁹ “O primeiro Wittgenstein (*Tractatus Logico-Philosophicus*) trabalha com uma concepção *instrumentalista-designativa-objetivista* da linguagem, deixando-se guiar pelo ideal de uma linguagem perfeita, capaz de reproduzir com absoluta exatidão a estrutura ontológica do mundo; a linguagem deveria ser uma imagem fiel do real, e como a linguagem comum se manifesta cheia de imprecisões, indeterminações, etc., tratava-se, então, de conceber uma linguagem ideal, que seria a medida de qualquer linguagem. A partir das *Investigações Filosóficas*, o segundo Wittgenstein passa a ser, ao lado de Heidegger, um dos mais fortes críticos da filosofia da consciência. Sustentam que não há um mundo em si, que independa da linguagem; *somente temos o mundo na linguagem*. As coisas se manifestam em seu ser precisamente na linguagem. A linguagem deixa de ser uma terceira coisa entre o emissor e o receptor, instrumento de comunicação do conhecimento, e passa a ser *condição de possibilidade* para a própria constituição do conhecimento. Não há essências. Não há relação entre os nomes e as coisas. Não há qualquer essência comum entre as coisas no mundo. Abandona-se o ideal da exatidão da linguagem, porque a linguagem é indeterminada. O ideal da exatidão é um mito filosófico. Esse ideal de exatidão completamente desligado das situações concretas de uso carece de qualquer sentido, como se pode perceber no parágrafo 88 das IF, o que significa dizer que é impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do contexto socioprático em que são usadas. A linguagem é sempre ambivalente, pela razão de que suas expressões não possuem uma significação definitiva. Pretender uma exatidão linguística é cair numa ilusão metafísica.” Cf. STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012c, p. 216, grifo do autor.

¹³⁰ STRECK, Lenio. Lenio. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012c, p. 242, grifo do autor.

E, é no contexto da faticidade, alicerce adequado para o processo de produção de sentido, que irão se desdobrar outros elementos integrantes do processo interpretativo, tais como a consciência histórica e a circularidade hermenêutica, abrindo-se para a transcendência, ou seja, movimento fenomenológico que possibilita o “salto” sobre o ente em direção ao sentido das coisas.

A transcendência se manifesta exatamente pela relação ontológica que há da hermenêutica com o inapreensível, com a ligação que existe entre as coisas de agora com as coisas do passado, conjunto de significações necessárias para que se possa transcender o sentido das coisas.

Daí a importância para o Direito do fundamento das coisas. Sustentar que buscar o fundamento da tradição, na consciência histórica (pois esses elementos decorrem de um processo de sedimentação de sentido, calado na integridade e na coerência) é exigir que o acesso ao fundamento não seja de modo arbitrário/subjetivo, em consideração e respeito à democracia.

O acesso ao fundamento das coisas no Direito passa a ser a chave de tudo, principalmente pela própria estrutura (positivista) frente à temporalidade. Sempre houve lacunas entre a regra e a aplicação dela, inclusive, como se sabe, reconhecidas por Kelsen e Hart. Entretanto, tais lacunas se intensificam ainda mais na medida em que a sociedade (pós)moderna, parafraseando Bauman, se torna volátil. Nesse contexto todo, o movimento Constitucionalista ganha fôlego, não sendo possível nessa quadra da História que a efetividade da *Força Normativa da Constituição* se transforme em normas programáticas, ou o resultado na livre convicção do intérprete.¹³¹

¹³¹ “Não se pode confundir, portanto, a adequada/necessária intervenção da *jurisdição constitucional* com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, *defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhorem da Constituição*. Além disso, é necessário alertar para o fato de que a afirmação “a norma é (sempre) produto da interpretação do texto”, ou de que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade de este – o intérprete – “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). O texto “limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo”, alerta Adeodato. Numa palavra: o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é, indubitavelmente, incompatível com quaisquer posturas discricionário-decisionistas, porque estas estão assentadas em subjetividades assujeitadoras, enfim, em axiologismos que, no seu cerne, são antidemocráticos.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2011, p. 192, grifo do autor.

2.6 POR QUE PENSAR O SENTIDO DAS COISAS É IMPORTANTE PARA O DIREITO?

Inegável que, desde sempre, o jurista esteve incomodado com a questão interpretativa. Afinal, como já se referiu até aqui, a ciência jurídica está umbilicalmente relacionada com a ambivalência e a *complexidade do mundo da vida* (conhecimento) e da sociedade, como observa Morin¹³² ao dizer

Se podemos conceber o complexo das liberdades, então podemos compreender que a cultura seja tanto libertação quanto prisão para o conhecimento ou para o pensamento. A cultura aprisiona-nos no seu etno-sócio-centrismo, seu *hic et nunc*, nos seus imperativos e proibições, nas suas normas e normalizações, nas suas limitações e encobrimentos, nos seus artigos de fé e de desconfiança, nas suas verdades e nos seus erros. Mas, ao mesmo tempo, a cultura oferece-nos uma linguagem, um saber, uma memória, uma comunicação, uma possibilidade de trocas, verificações e refutações. Quando comporta em si a pluralidade dialógica e a abertura para outras culturas e outros saberes exteriores, oferece-nos a possibilidade de nos emanciparmos relativamente das suas limitações e dissimulações. Com o desenvolvimento da cultura crescem, naturalmente, o artificial e o frívolo na esfera do pensamento; mil pequenos *imprintings* locais e sofisticados multiplicam-se em outros tantos diafoirismos e trissotinadas; um ‘alto cretinismo’ instala-se nas esferas superiores; a proliferação da abstração e da matematização mascara o real que deviam traduzir.

Demonstração evidente do que se afirma decorre da própria ambivalência de sentido que a força da tradição histórica exerce nos conceitos sociais, ou seja, por qual motivo num dado momento histórico se considera justo que pessoas aprisionem outras por força da raça ou cor? Ou pessoas tenham restrições políticas e sociais em decorrência do sexo?

Que fenômeno é esse que faz as coisas mudarem de lugar e com elas os conceitos e as interpretações se transformam a partir de um determinado momento? Na verdade, por se tratar de um fenômeno, sua origem ou a sua gênese talvez possa ser equiparada aos fenômenos da natureza, como o surgimento do fogo ou a força da gravidade, os quais são explicáveis nas suas consequências, mas sem explicação em relação ao seu aparecimento.

Na relação que há entre as coisas e os pensamentos que se têm delas, constitui-se a questão central do próprio sentido, mediado entre a sua origem, a sua proveniência e o que

¹³² MORIN, Edgar. **O Método**. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2001, p. 98-99, grifo do autor.

advém. Como adverte Heidegger,¹³³ “Nós nunca chegamos aos pensamentos. Eles vêm a nós”.

Portanto, o ato de pensar, em Heidegger,¹³⁴ distingue-se como um exercício que decorre da própria linguagem (quando se pensa em pensar o ato já se operou, independentemente de qualquer vontade), mas, também, desdobra-se no ato de ser reflexivo e contestador capaz de ser revelador:

Pensar, *noein*, é determinado pelo dizer, *légein*. Mas já *légein* significa o recolher e fazer aparecer o Ser, o deixar ex-posto, deixar posto diante de. Enquanto que *noein* significa o receber e o ativar, o dis-por, guardar e atender ao Ser que está posto diante de, e um guardar, proteger tudo que está recolhido. Pensar, portanto, é visto dinamicamente, em movimento, correlativo com o dizer, e ambos em caminho ao Ser entre ocultação e desocultação do que está diante deles. O próprio ser do pensar é ser pensar do Ser e para o Ser, e sua essência é a de ser *entre*. Pelo pensar e dizer é o que o homem habita sobre a terra e sob o céu, diante dos divinos, os mensageiros da Divindade, potência sagrada, e na comunidade dos homens, i. é, os mortais. E este dizer é tra-dução das coisas que permite ao homem o seu realizar-se como ser poético, ser de pro-dução à presença. O dizer piético, medida, é habitação. Habitar, e não só construir, mas construir e também cultivar são compreendidos em ‘habitar’ que significa o deixar-ser, o fazer surgir, o fundamentar e o proteger o que é fundamento. E o construir como fazer surgir e como essencial deixar-ser, o cultivar ou formar, podemos dizer, que implicam o habitar como o pensar do homem na referência com as coisas, traço fundamental do ser que somos, mortais: saber do ser que somos, ser entre terra e céu, divinos e mortais, e conduzir este ser como este ser, mortal como mortal.

O certo é que por se tratar de um fenômeno, a dinâmica de sentido das coisas deve ser valorizada na sua própria complexidade, que é inerente. Jamais deve ser desprezada ou desconsiderada na sua real importância, pois assim, corre-se o sério risco de perder a coerência necessária para dar continuidade ao contínuo processo de evolução social, político e democrático posto à disposição de todos, já consolidado de tal forma que impede que haja *retrocessos*, ideia verificada na obra de Streck.¹³⁵

¹³³ HEIDEGGER, Martin. **Da Experiência do Pensar**. Tradução Maria do Carmo Tavares de Miranda. Porto Alegre: Globo, 1968, p. 35.

¹³⁴ HEIDEGGER, Martin. op. cit., p. 11, grifo do autor.

¹³⁵ “Exemplo disso pode ser constatado em importante decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, mediante a adoção da cláusula da ‘proibição do retrocesso social’: ‘[...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste, deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social (Ac. 34/84 – TC)”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b, p. 46.

Pensar de outro modo é abrir um flanco para consequências inexoráveis como o positivismo fático (realismo jurídico)¹³⁶, a moralidade prática (senso comum) e outros desdobramentos decorrentes de um processo de atribuição de sentido artificializado, generalizante e/ou ligado à consciência e/ou à vontade do intérprete (psicologismo)¹³⁷.

Tanto Heidegger, como Husserl, buscaram na fenomenologia a preocupação de caracterizar os modos básicos com que encontramos as coisas no mundo, isto é, uma investigação que se concentra em verificar como as coisas se tornam manifestas. Entretanto, Husserl, fortemente influenciado pela abordagem filosófica trazida por Kant na *Crítica da Razão Pura*, cai na armadilha da dualidade,¹³⁸ ou seja, passa a crer na existência de dois mundos: um empírico (mundo da experiência) e, outro, o mundo da consciência.

Heidegger emancipa-se dos ideais husserliano na medida em que aposta no sentido das coisas a partir de uma fenomenologia do mundo vivido¹³⁹ e abandona a ideia husserliana de redução transcendental.¹⁴⁰

Embora Heidegger reconheça que a origem de seu pensamento está na fenomenologia (husserliana), não esclarece bem que o método adotado já não mais se relaciona com as ideias de seu mestre. Isso fica mais claro através da analítica existencial

¹³⁶ “No fundo, volta-se ao velho positivismo fático, versão voluntarista do realismo jurídico: a lei é aquilo que os Tribunais dizem que é (como que a repetir a famosa frase do juiz Oliver Holmes)”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 314.

¹³⁷ “De um modo hipersintético: enquanto os antigos elegeram *o que é o real?* Como a pergunta própria da filosofia, os modernos preferiram *o que é o conhecimento (do real)?* Como a pergunta efetivamente válida. Isto é, a pergunta da filosofia passou a considerar uma instância entre o conhecimento e o conhecido. Essa instância foi denominada de subjetividade. Heidegger viu a filosofia moderna como aquela filosofia que subjogou a discussão sobre as substâncias e o real à discussão sobre a mente e o saber do real, isto é, atrelou a metafísica à epistemologia.” Cf. GHIRALDELLI, Paulo. **História Essencial da Filosofia**. São Paulo: Universo dos Livros, 2010, p. 73, grifo do autor.

¹³⁸ “A dissolução das dicotomias metafísicas não se produz, em um primeiro momento, por meio de uma afirmação incondicional da impossibilidade de pensar cada um dos seus pólos isoladamente, mas muito mais por meio de uma absorção radical de um desses polos ao poder absoluto do outro. Elimina-se aqui a dicotomia entre ser e aparência, assim como entre ser e devir, porque o ser passa a se mostrar como uma mera construção ilusória da aparência e a sofrer como uma tal aparência a força avassaladora do devir. Se tudo se alterasse incessantemente, as minhas palavras nunca encontrariam o campo significativo indispensável para que pudessem se referir exatamente a uma coisa e não a outra, e as minhas ações nunca poderiam ser tampouco empreendidas porque eu jamais teria como me decidir por uma coisa e não por outra. Diante da instabilidade total do mundo, não poderia ficar senão como uma planta: sem discurso e sem ação.” Cf. CASANOVA, Marco Antônio. **Nada a Caminho**: impessoalidade, nihilismo e técnica na obra de Martin Heidegger. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 5-6.

¹³⁹ “O mundo vivido é constituído a partir do universo da significação, mas já sempre dado para toda atividade significativa do ser humano. É, de certo modo, a fonte da significatibilidade possível, já sempre dada e que, contudo, se atualiza sempre de novo na significação que se constitui.” Cf. STEIN, Ernildo. **Mundo Vivido**: das vicissitudes e dos usos e de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004b, p. 12.

¹⁴⁰ A redução transcendental coloca entre parênteses a realidade em sua existência exterior reproduzindo-a nos polos (vivididos) da consciência, *noesis e noema* (sujeito e objeto), vivendo-a numa espécie de universalidade e não na sua existência concreta.

do *Dasein*, ou seja, Heidegger¹⁴¹ irá apostar na elucidação das coisas a partir de seus resultados (ST, §63), dizendo

O *Dasein* é originário, isto é, foi posto originariamente, isto é, quanto a seu poder-ser-um-todo próprio, no ter-prévio; o ver-prévio-condutor, isto é, a ideia da existência, conquistou sua determinação mediante a elucidação do *poder-ser mais-próprio*; com a elaboração concreta da estrutura-de-ser do *Dasein*.

Em relação aos paradigmas husserliano e heideggeriano, Stein¹⁴² esclarece

Nem Husserl, nem Heidegger acreditam que nós conhecemos as coisas assim como nós as encontramos. As coisas que conhecemos são articuladas pelas palavras com que as nomeamos. O copo é uma estrutura articulada de expressões enquanto copo físico, de vidro, como instrumento de beber, etc. Nós o conhecemos pelo uso que fazemos dele. Uso é aquilo que permite nomear, expressar. As coisas são, de algum modo, fala. O importante para Husserl e para Heidegger é cercar estes espaços em que as coisas se dão. Então, elas se dão com sentido, articuladas. Para Husserl o espaço onde as coisas se davam era a interioridade da consciência, portanto, de um eu transcendental. Enquanto que, para Heidegger, o lugar onde as coisas se dão é o mundo. O mundo é o *como*, não é o *que*, é o espaço onde as coisas se dão. Ele é, também, porque o homem se dá: o aí do *Dasein*, do ser-aí é esse *como*.

A abordagem realizada por Husserl¹⁴³ tem relevância na medida em que repercute no problema relacionado à crise de fundamento, embora tenha se mantido vinculado à fenomenologia da consciência enquanto intencionalidade, baseando-se no idealismo subjetivista transcendental como um sentido, ao passo que o mundo real estaria submetido à consciência, há demonstração suficiente para se afirmar que sua maior inquietação estava ligada ao problema do subjetivismo.

¹⁴¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 847, grifo do autor.

¹⁴² STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude: estrutura e Movimento da Interrogação Heideggeriana**. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 40, grifo do autor.

¹⁴³ “Fenomenologia é uma ontologia regional na medida em que do *ser* (do grego *ón*) enquanto estruturado com sentido diferente conforme visado pela consciência.” Cf. HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas: Elementos de uma Elucidação Fenomenológica do Conhecimento**. Seleção e tradução de Zeljko Loparic e Andréa Maria Altino de Campor Loparic, São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 9.

A influência kantiana em Husserl é descrita por Streck,¹⁴⁴ cuja abordagem descreve a intenção husserliana de negar a influência cotidiana ou histórica na produção dos sentidos, acreditando, pois, que o conhecimento era capaz de surgir autonomamente, como uma produção exclusiva da consciência.

Em meio ao espaço crescente que a subjetividade conquista junto à Filosofia, Heidegger¹⁴⁵ identifica a necessidade de apostar na faticidade, utilizando-se do método dos indícios formais como um antídoto, “*um apoio do mundo*”, para combater o arbítrio interpretativo. Isso fica evidente na seguinte passagem:

Na compreensão hermenêutica não há nenhuma ‘generalidade’ que vá além do formal. E, em caso de haver algo assim, uma hermenêutica que se compreendesse a si mesma e que compreendesse sua tarefa ver-se-ia obrigada a tomar distância disso e voltaria a atenção ao ser-aí-fático. O ‘formal’ não é jamais algo independente, mas somente um recurso, um apoio do mundo. A hermenêutica não tem por objetivo a posse de conhecimentos, mas um conhecer existencial, isto é, um *ser*. A hermenêutica fala *desde* o ser interpretado e para o ser interpretado.

E, o problema da subjetividade ganha contornos mais nítidos quando se percebe o avanço da filosofia da consciência nos aspectos ligados à compreensão, pois, além ignorar completamente o contexto de significatividade do mundo vivido e da cotidianidade, acredita ser possível trabalhar no campo da linguagem como se ela tivesse um caráter auxiliar/subsidiário.

No pensamento kantiano seria possível conceber as palavras como signos das representações, meios sensíveis capazes de veicularem conteúdos dotados de significação, os quais são os que representam verdadeiramente as coisas. Portanto, como refere Stein,¹⁴⁶

¹⁴⁴ “Considerando que a Fenomenologia era o método da crítica do conhecimento, Husserl ainda indagava sobre a possibilidade de que o conhecimento saísse de si mesmo para alcançar ‘um ser que não pode encontrar no quadro da consciência’. Ora, a intencionalidade não justifica semelhante formulação. O sujeito é excêntrico e sai permanentemente fora de si mesmo. Mas é o *Dasein* que circunscreve, pela compreensão do ser, a relação do sujeito com os objetos concretizados atinge o Eu transcendental, como unidade monádica que existiria em contínua evidência para si mesmo, *no qual Husserl, que bem próximo ficou de Kant, e mais ainda de Descartes, reinvestiu, tomando por modelo o Cogito cartesiano, o sujeito transcendental da Filosofia moderna*. Colocando entre parênteses o Eu assim concebido, a *epoché* de Heidegger suspende a certeza do Cogito em que se baseou a Fenomenologia enquanto ciência filosófica rigorosa”. Cf. NUNES, Benedito. **Passagem para o poético: filosofia e poesia em Heidegger**. São Paulo: Ática, 1995, p. 69. apud STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012c, p. 71, grifo do autor.

¹⁴⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ontologia: Hermenêutica da Faticidade**. Tradução de Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012b, p. 24, grifo do autor.

¹⁴⁶ STEIN, Ernildo. **A Questão do Método na Filosofia: um estudo do modelo heideggeriano**. Porto Alegre: Movimento, 1983, p. 138-139.

“para Kant o objetivo da interrogação não é o conteúdo do conhecimento, mas as formas em que ele nos é dado. E estas são as condições que brotam da subjetividade”.

Tanto Brentano, como Husserl, tratavam a transcendentalidade como sendo a própria intencionalidade. Assim, Husserl pretendia mostrar na sua fenomenologia que tudo com o que o homem se relaciona no cotidiano tem um sentido transcendental, o qual é dado pela consciência que possui em si a estrutura da relação sujeito-objeto.

De outro lado, Heidegger pensou um novo conceito de fenomenologia (ligado ao mundo vivido, ou seja, um antídoto contra o subjetivismo, valorizando os significados que fazem parte do cotidiano e com o qual se relacionam as pessoas)¹⁴⁷, a partir do qual se enraízam as bases da ontologia fundamental. E isso está bem explicitado na passagem do § 7º de *Ser e Tempo*,¹⁴⁸ denominado de *O método fenomenológico da investigação*:

Com a pergunta diretora pelo sentido do ser, a investigação se pergunta fundamental da filosofia em geral. O modo-de-tratamento dessa pergunta é o *fenomenológico*. Isso não prescreve ao presente tratado nem um ‘ponto-de-vista’, nem a subordinação a uma ‘corrente’, pois a fenomenologia não é nenhuma dessas coisas e jamais poderá sê-lo, enquanto tiver o entendimento de si mesma. A expressão ‘fenomenologia’ tem a significação primária de um *conceito-de-método*. Não caracteriza o quê de conteúdo-de-coisa dos objetos da pesquisa filosófica, mas o seu *como*. Quanto mais autenticamente um *conceito-de-método* se desenvolve e quanto mais abrangente é sua determinação dos princípios condutores de uma ciência, tanto mais originalmente ele se enraíza na confrontação com as coisas elas mesmas e tanto mais ele se afasta do que denominamos um manejo técnico, algo que ocorre, e muito, nas disciplinas teóricas também.

Assim, o termo fenomenologia cunhado na Filosofia, muito antes de Heidegger, com ele ganha novos contornos, pois exprime uma oposição a tudo que não possui uma base sólida de fundamentação, achados fortuitos e mirabolantes e assunção de conceitos de forma rasa e superficial. E esse é um verdadeiro problema para o Direito. Embora Heidegger não tenha escrito nenhuma linha sobre direito, sua filosofia fenomenológica tem aplicabilidade em todos os fenômenos da facticidade, na medida em que o que denominou de *poder-ser-entendido-por-si-mesmo*, nada mais é do que *lançar luz sobre o procedimento*.

¹⁴⁷ “De que modo o ser-á é ser no mundo? Ao modo do estar-jogado O ser-á está inelutavelmente jogado na existência. Mas o ser-á assume o estar-jogado no projeto e articula o projeto do estar-jogado em um conjunto significativo.” Cf. STEIN, Ernildo. **Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011a, p. 67.

¹⁴⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 101, grifo do autor.

Como referido, mesmo sem nada abordar sobre o Direito, é nítida a preocupação da filosofia existencial em relação à interpretação, refém da relação sujeito-objeto (subjetivista).¹⁴⁹ Dessa forma, alguns juristas preocupam-se com uma crise instaurada no Direito, de cariz filosófico. Streck¹⁵⁰ aborda o problema da filosofia da consciência, dizendo que não é possível sustentar qualquer forma de discricionariedade judicial nesse momento histórico, uma vez que a discricionariedade está ligada ao subjetivismo (portanto, sujeito-objeto), avesso ao paradigma intersubjetivo. Estado Democrático de Direito e discricionariedade são incompatíveis – e essa questão é fulcral.

No pensamento heideggeriano, a epistemologia não aparece como necessária. O que realmente importa é criar condições de possibilidade para que o significado possa surgir, principalmente porque a situação de estado de consciência natural é utópica e irreal – desde já sempre se opera a transcendência – pois seria muita ingenuidade continuar acreditando, como Kant, que se vive numa atividade natural, ou que se faz necessário de um processo para construir um *mundo transcendental*.

No ponto, pertinente a seguinte passagem

O Dasein, em sua familiaridade com a significatividade, é a condição ôntica da possibilidade de poder ser descoberto o ente que vem-de-encontro em um mundo no modo-de-ser do conjuntar-se (utilizabilidade) e que pode, assim, anunciar-se em seu em-si. O Dasein é, como tal, cada vez ‘este’ e, com seu ser, fica já essencialmente descoberta uma conexão-de-utilizável – o Dasein, na medida em que é, já se remeteu cada vez a um ‘mundo’ que vem-de-encontro; a seu ser pertence essencialmente esse ser-remetido. Mas a significatividade ela mesma, com que o Dasein já está cada vez familiarizado, traz consigo a condição ontológica da possibilidade de que o Dasein que-entende possa abrir, como interpretante, algo assim como ‘significações’, as quais por sua vez fundam novamente o ser possível da palavra e da língua.¹⁵¹

Considerando-se que o *Dasein* está *jogado-no-mundo* em meio a possibilidades, qualquer exposição do tipo lógico-dedutiva ou meramente teórica, bastante comum no

¹⁴⁹ “O que primeiramente deve ser evitado é o esquema: *que há sujeitos e objetos*, consciência e ser; que o ser é objeto do conhecimento; que o ser verdadeiro é o ser da natureza; que a consciência é o ‘eu penso’, portanto, egoico, a egoidade, o centro dos atos, a pessoa; que os eus (pessoas) possuem diante de si: entes, objetos, coisas da natureza, coisas de valor, bens. Enfim, que a relação entre sujeito e objeto é o que se deve determinar e que disso deve ocupar-se a teoria do conhecimento.” Cf. HEIDEGGER, **Ontologia: Hermenêutica da facticidade**. Tradução de Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012b, p. 87, grifo do autor.

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 4. ed, 2011, p. 65

¹⁵¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 261.

cotidiano jurídico, caracterizada pelo horizonte previamente definido por matriz de sentido, fará o Direito soçobrar. Nesse aspecto, inexistente uma inter-relação de produção de sentido frente ao movimento da faticidade, que, ao fim, ocupa uma posição de somenos importância.

Heidegger quer tratar daquilo que está na base da experiência de compreender, o fato de que se está inserido num mundo repleto de signos e significações com as quais sempre se relaciona enquanto seres que pensam. Dito de outro modo, as pessoas dão sentido àquilo que as cerca e àquilo que desde sempre as constitui. O que há, de fato, é uma pré-compreensão de ser, ao dizer que “as coisas são” e atribuir significado.

Estar no mundo é estar jogado numa realidade determinada historicamente e ser fruto dessa mesma realidade. Tratar dessa facticidade fundamental é entender que há uma maneira não simplesmente teórica de lidar com as coisas, mas antes um modo essencialmente prático de relacionar-se com os objetos significantes que constituem o mundo.

A experiência da vida fática, portanto, é condição de possibilidade para operar com o método fenomenológico enquanto indicação formal.¹⁵² Não deve haver âmbito predeterminado de investigação para o desdobramento explicativo fenomenológico. A filosofia formalmente indiciadora não é, assim, apenas uma teoria, mas muito mais uma realização de vida na travessia do tempo.

Na visão de Stein,¹⁵³ as proposições de *Ser e Tempo* possuem um caráter formal. Pretendem descrever as estruturas, as relações que constituem o mundo. Mas, enquanto essas estruturas são denominadas existenciais e não apenas ontológicas, seu sistema não se descola do mundo da vida. Essa articulação entre estrutura e existência (aliança aparentemente impossível) dá às proposições heideggerianas um caráter formal

¹⁵² “Para isso trabalha o indício formal. Este pertence, como momento teórico, à explicação fenomenológica mesma. Por que é chamado de “formal”? O formal é algo relativo à referência. Indício deve indicar antecipando a referência do fenômeno – num sentido negativo, porém, como se tratasse de uma advertência! Um fenômeno deve ser dado previamente de tal modo que seu sentido referencial fique em suspenso. Deve-se evitar assumir o seu sentido referencial seja originariamente teórico. A referência e a realização do fenômeno não se determinam, de antemão, mas estão em suspensão, à espera de concretização. Esta é a uma posição que se opõe frontalmente à ciência. Não existe nenhuma inserção num campo temático, mas, em contrapartida, o indício formal é uma defesa [*Abwehr*], um asseguramento [*Sicherung*] prévio de modo que o caráter realizador ainda permanece livre. A necessidade desta medida de precaução procede da tendência decadente da experiência fática da vida que ameaça constantemente a decair e a se desviar, extraviando-se para a objetividade e da qual, em contrapartida, precisamos evidenciar os fenômenos.” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 59, grifo do autor.

¹⁵³ STEIN, Ernildo. **Paradoxos da Racionalidade**. Porto Alegre: Pyr Edições, 1987, p. 43.

ambivalente. É uma transcendentalidade – condição de possibilidade – que se pretende expor, mas não a partir da consciência nem a partir de um metadiscurso.

Portanto, é possível afirmar que o termo *método* relacionado à indicação formal não possui um caráter restritivo ou não tem a pretensão de chegar a um resultado através de um meta-critério predeterminado, mas, ao contrário, abarca uma noção de cuidado na relação entre o acontecer dos fenômenos e o experienciar.

A indicação formal, em síntese, expressa-se principalmente no ato de perceber, escutar atentamente um conceito filosófico para possível relação consigo mesmo; suspeitar e até rejeitar os caminhos trilhados, sem esquecer o caminho até então percorrido; estar aberto para o que se mostra como possibilidade concreta de compreensão; estar preparado para a própria mudança frente ao acontecer do fenômeno concreto, o qual é concernente à própria vida ao ponto de levar à transformação, à conversão em si mesmo.

O método das indicações formais está contido nos desdobramentos da própria vida, a partir da noção de *estar-no-mundo* em meio a possibilidades, uma relação de constante preenchimento dos contornos da vida pelo inesgotável contexto de sentido decorrente da facticidade.

Também, a antecipação de sentido e a posição prévia têm relevância única na fixação de sentido do método das indicações formais, pois a partir delas é que se possibilita criar uma perspectiva a respeito de um âmbito determinado, de uma visão de mundo.¹⁵⁴

Notadamente que falar em sentido significa, de uma forma ou de outra, cair no problema da conceituação ou do nominalismo.¹⁵⁵ E, isso não representa, à primeira vista, um problema, entretanto, traz uma consequência inexorável que é a da definição como algo dado e exaurido.

¹⁵⁴ “Concepção prévia e método, caminho encetado, jorram da mesma fonte de sentido. Sabendo-se isso, há que deixar em aberto (*offenzuhalten*) a fixação de sentido de *método* em favor de um significado formal indiciador, por exemplo, caminho para descrições e determinações propriamente concretas. Uma vez efetuado e consumado o processo da indicição formal de significado por concretizações próprias singulares, consumações singulares de caso a caso, então simultaneamente são anulados os aspectos antecipatórios na dinâmica da realização em processo.” Cf. SCHNEIDER, Paulo Rudi. Notas sobre a relação entre indicição formal e experiência. **Natureza Humana**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 392, 2012, grifo do autor.

¹⁵⁵ Tanto as análises de Kripke, Donellan, como as de Frege, Searle e Strawson nos deixam em todo o caso concluir que a “concepção ‘intencionalista’ tradicional da conexão entre palavras e o mundo parece ser falsa em casos individuais e filosoficamente comprometedora”. É por isso que afirma Rorty que “na nova filosofia da linguagem ‘impura’ praticamente já se tornou dogma que as doutrinas que soam ‘idealisticamente’ de Quine, Wittgenstein, Sellars, Kuhn e Feyerabend devem ser refutadas através do retorno ao princípio básico da semântica, derrubando a teoria referencial ‘intencionalista’ de Frege para em seu lugar colocar algo melhor. A ideia básica é que sempre estaremos em “contato com o mundo” quando o mundo se nos estende para nós vinculando a linguagem com as relações fáticas (causais por exemplo), enquanto segundo a velha concepção fregueana sempre subsiste o perigo de que possivelmente podemos perder o mundo ou com ele nunca estávamos efetivamente conectados”. RORTY apud STEIN, Ernildo. **Paradoxos da Racionalidade**. Porto Alegre: Pyr Edições, 1987, p. 117-118.

Aqui, se concentra a primeira contribuição dos indícios formais para toda a área do conhecimento que se destina ou se propõe a conviver com os fenômenos do mundo da vida. Manter sempre presente a ideia de que o mundo empírico é composto de formas prévias que podem ser comparadas aos signos, com clara e nítida tarefa de tornar as coisas no mundo compreensíveis, mas, contudo, o contexto de sentido que dará o preenchimento dessa moldura é auferido somente no caso concreto e em meio à singularidade própria das pessoas, ou seja, na facticidade.

Como já referido, o nominalismo ou positivação do que há, é algo inerente à própria vida, tão indispensável que inviabilizaria a vida em sociedade. Qualquer cogitação à relativização do rigorismo entre coisas, nomes e significados, traria inevitavelmente o caos. Viver em um ambiente cujo processo de significação pudesse ser alterado ao alvedrio dos interlocutores afetaria sobremaneira a comunicação e os processos de relacionamento social ficariam profundamente afetados.

Não há dúvida de que a mera associação entre nomes e coisas, quando realizada num contexto primário de significação, ou seja, algo já determinado pela sua utilidade inerente ou com o seu sentido exaurido na coisa mesma, facilita a percepção do conhecimento sobre o que está em jogo. Portanto, quando se pronuncia a palavra martelo, permite ao interlocutor pressupor que o que está em jogo se constitui em um instrumento de ferro com formato definido e com a sua utilidade já conhecida de antemão.

Diferentemente do que acontece noutros campos, onde a ambivalência ganha mais espaço, bem característico no Direito, por exemplo, onde o contraditório é elemento de validade, aliado ao fato de que as definições são realizadas para coisas que não possuem a relação de significação causal-instrumental decorrente da manualidade, como no exemplo do martelo. O instrumento martelo, como já referido, sempre será um martelo e sua atribuição para o mundo prático não irá variar dentro daquilo que sempre foi e será a sua utilidade.

No Direito, a relação que há entre conceitos (jurídicos) e o seus sentidos, pode-se dizer, tem outra dinâmica de significação, o que permite, inclusive, tratar regras jurídicas e decisões judiciais como indícios formais, suficiente para possibilitar uma textura interpretativa “não-referencial”,¹⁵⁶ pois o conteúdo de significação poderá se ampliar ou se restringir de acordo com o conjunto de fatores concretos (moralidade constitucionalmente

¹⁵⁶ Importante dizer, novamente, que a chamada “abertura” de sentido, que também é responsável pela capacidade do direito em acompanhar as transformações sociais, não quer dizer que a interpretação jurídica seja compatível com arbítrios interpretativos oriundo da consciência do intérprete.

reconhecida), sedimentados por uma série de influências de ordem histórica, econômica ou social e assim por diante, como poderia dizer o saudoso professor Ovídio A. Baptista da Silva¹⁵⁷ ao mencionar o problema interpretativo condicionado ao pensamento ideológico.

Aí está o ponto de toque com o a filosofia heideggeriana preocupada com a ambivalência do mundo da vida (faticidade); ao passo que o tratamento tradicional e ideológico legatário da filosofia tradicional, como acima referido por Ovídio Baptista, despreza o que a vida possui de mais fértil que é o caso concreto e as vicissitudes do cotidiano.¹⁵⁸

Na verdade, faz-se necessário um acerto de contas do Direito com a Filosofia. Este acerto de contas já há muito vem sendo mencionado na obra streckiana, principalmente no sério problema interpretativo ainda não devidamente compreendido pela comunidade jurídica. Busca-se nesta tese, entre outras coisas, a partir da devida compreensão da noção dos indícios formais, contribuir, mesmo que de forma singela, ao impositivo acerto de contas acima referido.

É possível afirmar que existem condições e possibilidades para se chegar ao fundamento adequado de cada conceito (jurídico). É certo que no Direito a relação que se dá entre o objeto e o seu sentido é bastante distinta da relação de sentido que se dá no mundo da ciência ou, até mesmo, da típica relação binária de significação que ocorre no cotidiano empírico, onde a simples mirada em direção a um objeto, com carga suficiente de sentido, já é possível concluir sobre a sua função, ou seja, embora repetindo, ao se deparar com um objeto como o martelo (o sentido de martelar está exaurido em si mesmo).

¹⁵⁷ “Ao contrário do pensamento utópico, cujo componente ideal é um estado de inconformismo com a ordem social vigente, a ideologia congela a história como uma ‘segunda natureza’, apresentando-a como espontânea e, assim, inalterável. O pensamento conservador, diz Eagleton, imagina que aquilo que ‘foi verdadeiro’, sempre e em toda parte o será, devendo ser tido como ‘inato à natureza humana’. A marca do pensamento ideológico expressa-se frequentemente com um ‘é claro’, ‘nem seria difícil explicar’. De tão claras que as coisas lhe parecem, o pensamento ideológico é incapaz de curvar-se criticamente sobre si mesmo.” Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 23.

¹⁵⁸ “O contexto da formação desse método ajuda a esclarecer sua intenção e uso. Heidegger estava interessado em desenvolver uma filosofia que pudesse abarcar a vida concreta. O modo como a filosofia da tradição abordava as questões parecia não levar em conta a realidade dada, com todas suas contingências e cotidianidades. O tratamento conferido ao conhecimento tendia a focar no objeto e a caracterizá-lo de um modo totalmente teórico. O próprio sujeito do conhecimento era descrito em filosofia geralmente como um sujeito “descarnado” e separado do mundo dos objetos (o que gerava uma dualidade que dificilmente permitiria reconciliação). O caráter histórico e temporal presente na compreensão era muitas vezes simplesmente ignorado, ou então não suficientemente desenvolvido, a ponto dos filósofos não perceberem a base na qual repousava a teoria por eles formulada.” Cf. MISSAGGIA, Juliana Oliveira. Indicações formais e a origem do método de Ser e Tempo. **Revista Eletrônica Intuitio/PUCRS**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 48, jun., 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/5814>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

No âmbito jurídico, ao contrário, o conteúdo de significação das coisas carrega a complexidade como característica da ambivalência do mundo da vida, o que já evidencia a necessidade de ser preservado o elemento dialógico e intersubjetivo que caracteriza as relações sociais e humanas. Portanto, o modo adequado de chegar ao fundamento, ao contrário do pensamento subjetivo ou do raciocínio silogístico-matemático presente no imaginário dos juristas,¹⁵⁹ passa necessariamente pela análise das circunstâncias do caso concreto. O intérprete deve permitir que a linguagem¹⁶⁰ o interpele e se manifeste, sem jamais desconsiderar a tradição e o contínuo fluxo da vida.

Daí a importância para o processo interpretativo do método dos indícios formais que contém relevante contribuição: apontar para uma direção exata sem que parem dúvidas sobre qual o meu lugar de fala. Essa função denominada de *referencial* serve para evitar que se confunda, por exemplo, direito com a lei, traço bastante característico no meio acadêmico.

2.7 INEXISTE O CONCEITO (TEXTO LEGAL POSITIVADO) SEM O CONTEXTO DE MUNDO (FUNDAMENTO-HISTÓRICO)

Como característica da modernidade, percebe-se uma preocupação em justificar o campo de conhecimento das ciências, justificativa que decorre de se poder afirmar que o conhecimento científico é válido exatamente porque existem algumas condições de possibilidade que o fundamentam (Kant). Entretanto, tais condições de possibilidade já foram estabelecidas de antemão, sem ser possível considerar a intersubjetividade que caracteriza o mundo vivido (histórico). Nesse aspecto, Stein¹⁶¹ comenta que

Tais condições de possibilidade, porém, eram estabelecidas no chamado *sujeito transcendental* ou *eu transcendental*. Eram estabelecidas desde a

¹⁵⁹ O Direito é tratado como um objeto de adorno. Um objeto imóvel e estático cujas propostas de compreensão estão ligadas a uma visão distanciada da realidade, já que a concepção apriorística de conhecimento e interpretação privilegiam métodos para se chegar à justiça e ou à verdade. Trata-se do Direito como se ele estivesse à disposição da vontade do intérprete, invertendo-se, portanto, o curso do rio.

¹⁶⁰ Portanto, na hermenêutica filosófica, a ferramenta não é decisiva, porque na linguagem existe algo muito além do enunciado, isto é, o enunciado não carrega em si mesmo o sentido, que viria a ser “desacoplado” pelo intérprete. Na interpretação sempre fica algo de fora, o não dito, o inacessível. É assim que “ser que pode ser compreendido é linguagem” (*Sein, das verstanden werden kann, ist Sprache*), dirá Gadamer. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 4. ed, 2011, p. 285.

¹⁶¹ STEIN, Ernildo. **As Ilusões da Transparência: dificuldades com o conceito de mundo da vida**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012, p. 108, grifo do autor.

ideia do entendimento, onde havia alguns conceitos *a priori*, com os quais desde sempre trabalhávamos.

Entretanto, os conceitos utilizados no conhecimento, com a pretensão de satisfazer uma teoria do conhecimento científico, construídos a partir de uma máquina mental cognitiva, podem até se justificar em um fundamento científico (transcendental), mas não conseguirão atingir uma totalidade, simplesmente porque qualquer *Método* sempre irá soçobrar em relação às vicissitudes do mundo fático. Como explicita Stein,¹⁶² a construção de uma máquina mental cognitiva com pretensão de justificar o conhecimento científico gera um abismo entre o sujeito e o mundo.

A consequência principal dos desdobramentos do pensamento científico está na instauração de uma reciprocidade entre sujeito e objeto, constituindo o sujeito absoluto (sujeito-objeto), ou seja, a diferença entre sujeito e objeto se desfaz para dar lugar à *identidade*, generalizadora e incapaz de preservar a singularidade.

Nesse contexto, já se podendo afirmar que inexistente o sujeito absoluto, também não há uma teoria do conhecimento capaz de tudo fundamentar, principalmente porque o que há é um sujeito psicológico que existe concretamente. Daí a seguinte pergunta articulada por Stein¹⁶³ “Como podemos dar-nos conta das condições históricas no nível filosófico válido mediante uma descrição do mundo da vida? ”.

Esse é o ponto. A ideia de fundamento em Heidegger perpassa a noção de ser-no-mundo (*Dasein*) como condição de possibilidade de qualquer discurso sobre a razão, por isso que Heidegger irá afirmar que a ideia de mundo antecede a relação sujeito-objeto.

Ernilo Stein¹⁶⁴ esclarece o ponto sobre o fundamento e o mundo, dizendo:

Ocupar-se com o conceito de mundo da vida significa retomar algo que conhecemos, ou seja, a *ambiguidade* que no fundo sempre está por trás do conceito de mundo da vida: ele é um conceito concreto demais para dar conta de um princípio que dê fundamento às questões históricas. Em outros termos, esta divisão ainda repete o velho problema da Filosofia, de que ou damos conta de um fundamento do conhecimento e perdemos a realidade, ou analisamos a realidade e perdemos parte da possibilidade de dar conta de um fundamento. Assim, quando se fala da ideia de ser-no-mundo ou da ideia de mundo em Heidegger, para não cairmos no fundamentalismo de Kant nem no holismo de Hegel, assumimos uma posição que pense a condição humana

¹⁶² “Havia sempre um tipo de *cisão* entre o sujeito que conhece e o universo que se pretende conhecer”. Cf. STEIN, Ernildo. **As Ilusões da Transparência**: dificuldades com o conceito de mundo da vida. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012, p. 108, grifo do autor.

¹⁶³ STEIN, Ernildo. op. cit., p. 114.

¹⁶⁴ STEIN, Ernildo. op. cit., p. 115, grifo do autor.

primeira. Quando digo ‘condição humana’ não é condição de ser existente, mas a condição de possibilidade de o ser humano conhecer, afirmar a verdade, satisfazer-se com princípios, descrever a historicidade.

Desse modo, é possível compreender a relação que há entre a experiência humana e a compreensão (interpretação) das coisas no mundo, permitindo afirmar, portanto, que a fenomenologia da compreensão se identifica com a fenomenologia da existência humana. Assim se esclarece a assertiva de que a compreensão engloba toda a experiência e autoconsciência que é capaz de assumir o existente humano, derivada de sua abertura para o mundo e enraizada na sua condição de possibilidade, como verificado em Gadamer¹⁶⁵ ao dizer que “‘Compreender’ não significa mais um comportamento do pensamento humano dentre outros que se pode disciplinar metodologicamente, conformando assim a um procedimento científico, mas perfaz a mobilidade de fundo da existência humana”.

É possível afirmar, nesse contexto, que os conceitos gadamerianos do “efeito da tradição”, a “distância temporal” e “consciência histórica” são partes essenciais para uma correta abordagem interpretativa das coisas do mundo. A herança histórica de uma comunidade contém toda a carga de sentido necessária para uma adequada projeção interpretativa para frente, sem se deixar dominar pelos pré-conceitos.¹⁶⁶ Pois é daí que se extraem elementos significativos, erigidos nos momentos de superação de adversidades sociais, suficientes para a construção de um contínuo processo de não-involução, valorizando-se a liberdade, a democracia e os demais princípios éticos que estruturam os direitos fundamentais.

É nisso que se pode verificar, por exemplo, a carga axiológica e material da Constituição no que se refere ao controle do poder e a irradiação de sua *Força Normativa* (Konrad Hesse) para o centro do sistema jurídico, não só pelo (alargamento dos legitimados com a CF/1988) controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), mas, principalmente, pela judicialização da política e da vida social. E, é neste contexto constitucional que advém a tradição moral institucionalizada no âmbito de uma comunidade mundial, cuja concepção de carta política (modelo europeu) cede lugar à força material e à axiológica de efetividade dos direitos fundamentais.

¹⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Tradução Ênio Paulo Giachini, revisão Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 5. ed. 2010, p. 125.

¹⁶⁶ “A hermenêutica deve partir do fato de que quem quer compreender está ligado à coisa que vem à fala na tradição, mantendo ou adquirindo um vínculo com a tradição a partir de onde fala o texto transmitido. Por outro lado, a consciência hermenêutica sabe que não pode estar ligada a esta coisa, nos moldes de uma unanimidade inquestionável e óbvia, como no caso da continuidade ininterrupta de uma tradição. Dá-se realmente uma polaridade entre familiaridade e estranheza, sobre a qual baseia-se a tarefa hermenêutica.” Cf. GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 79.

Não é por acaso que a Constituição, após a redemocratização de Portugal e Espanha na década de 70, assim como na Alemanha e Europa no pós-guerra¹⁶⁷, passa a ser o centro normativo dos países ocidentais democráticos. Normatividade constitucional fundada principalmente nos princípios constitucionais que, na verdade, constituem um contexto de significabilidade moral¹⁶⁸ conquistados há muito na tradição histórica, tais como igualdade, liberdade e fraternidade. O processo de significabilidade de que se fala não é tarefa exclusiva desse ou daquela pessoa, mas decorre dos acontecimentos históricos em constante ressignificação, *autoridade da tradição histórica* parafraseando Hans-Georg Gadamer.

Na própria formação histórica da modernidade americana se originaram conceitos básicos de cidadania, os quais terminam influenciando, mais tarde, o resto do mundo ocidental, principalmente com a independência dos EUA (1783). Situação preponderante para eclodir, na França, logo em seguida, a grande revolução (Francesa) (1789) que serviu para ratificar direitos que fundamentam os valores sociais na sociedade até hoje.

Princípios constitucionais, nessa linha, não são coisas que pairam no ar, como se fosse possível apreendê-los, instrumentalizando-os como adorno para justificar, na aplicação, uma fundamentação bem ao estilo hegeliano.¹⁶⁹ Não é possível adjudicar sentidos. Do mesmo modo, os princípios não podem ser “criados” com o intuito de legitimar decisões, sob o fundamento de que naquele caso está em jogo um “princípio”, sem qualquer fundamento (conceitos sem coisas). O princípio não se transforma em princípio pela vontade de alguém, muito menos integra uma Constituição porque alguém assim optou. Há por trás de tudo isso um fundamento histórico, legitimado democraticamente como expressão ética de uma comunidade.

¹⁶⁷ Inicialmente na Alemanha e na Itália e, a partir dos anos 70, atinge Portugal e Espanha principalmente.

¹⁶⁸ A filosofia integra também este contexto de tradição histórica, como o "Princípio da dignidade da pessoa humana" cunhado por Kant como um valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, e tal constitui o princípio máximo do estado democrático de direito. A dignidade da pessoa humana, portanto, ganhou a sua formulação clássica por Immanuel Kant, na "*Fundamentação da Metafísica dos Costumes*" (título original em alemão: "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten", de 1785), defendendo que "as coisas têm valor, as pessoas têm dignidade", ou seja, que o ser humano merece tratamento com um fim em si mesmo, não como um meio (objeto). Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

¹⁶⁹ "A ideia que existia sempre era a de que só é racional aquilo que é fundamentado. No século 20, diríamos que só é racional aquilo que é justificado (ideia de justificação). Se na Filosofia se busca o fundamento da racionalidade cognitiva, busca-se, evidentemente, o fundamento. Essa ideia de fundamento é algo que percorre toda a tradição filosófica e em Hegel chega a sua explicitação. Neste, o fundamento, de alguma maneira, não é mais exterior à subjetividade que com ele trabalha, mas se dá com a própria subjetividade. Poderíamos concluir que a ideia de fundamento em Hegel é, ao mesmo tempo, a supressão do fundamento. Somente encontra fundamento aquele que vai ao abismo, ao abismo da subjetividade. Assim sendo, fundamento e subjetividade em Hegel passam a ser uma única coisa." Cf. STEIN, Ernildo. **Racionalidade Existência: o Ambiente Hermenêutico e as Ciências Humanas**. Revisão e Organização Rafael Tomaz de Oliveira. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2008b, p. 74.

Portanto, na obra gadameriana vê-se a identificação semântica dos sentidos com a interpretação de acontecimentos históricos, principalmente porque o conteúdo semântico da reprodução não pode restringir-se exclusivamente ao sentido que o interprete confere ao objeto interpretado, podendo extrair de sua própria dicção que

Foi só com o reconhecimento decisivo do conceito de compreensão prévia e do princípio da história dos efeitos ou o desenvolvimento da consciência da mesma, que se conquistou uma base metodológica suficiente.¹⁷⁰

A carga interpretativa oriunda da tradição (moralidade) contém uma série de opiniões prévias (pré-compreensão) positivas e negativas, as quais devem ser consideradas da mesma forma como quem lê um texto, ou seja, das partes para o todo e do todo para as partes, projetando algumas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado, cujo projeto deve ser constantemente revisado, de forma coerente, com base no que dá e conforme se avança na penetração do sentido.

Conforme assevera Gadamer,¹⁷¹

Quem busca compreender está exposto a erros e opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas ‘nas coisas’, tal é a tarefa constante da compreensão. [...] A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrarias.

O ponto de convergência entre Gadamer e Dworkin em relação à intencionalidade moral que há (ou deve haver) no Direito, tanto na perspectiva da responsabilidade legislativa quanto na própria aplicação do Direito, vem bastante explícito na observação de Francisco Motta,¹⁷² dizendo:

Dworkin sugere que as pessoas assumem uma ‘atitude interpretativa’ com relação aos fatos sociais, composta por dois pressupostos: o ‘valor’ (querendo significar que determinada prática social tem uma *finalidade*) e a suscetibilidade da prática interpretada uma regra, uma conduta, etc.) a essa

¹⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**, tradução Ênio Paulo Giachini, revisão Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 5. ed. 2010, p. 128.

¹⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 356.

¹⁷² MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 90, grifo do autor.

(mesma) finalidade; trata-se, pois, de um processo de imposição (atribuição) de *significado* a uma instituição para em seguida reestruturá-la de acordo com esse significado, que levará à conclusão de que ‘valor e conteúdo se confundem’. Ao desenvolver esta hipótese, o jusfilósofo vai percebendo a inevitável circularidade (da) hermenêutica na prática cotidiana, o que o faz afirmar que ‘se uma comunidade faz uso de conceitos interpretativos, o próprio conceito de interpretação será um deles: uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos’. Adiante, o autor arremata que a interpretação das práticas sociais, na verdade, ‘preocupa-se essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete. Mas com isso ele não quer dizer, obviamente, que um intérprete ‘possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; [...] do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto’.

É necessário, portanto, para uma adequada decisão, reconstruir a história institucional a partir de argumentos de princípio que necessariamente incorporem a moralidade institucionalizada no âmago da comunidade política e jurídica.

É possível dizer que o inadequado conceito de princípio se constitui em um verdadeiro problema em relação às decisões judiciais. Não só por se acreditar que os princípios “abrem” a interpretação (como querem crer, por exemplo, os adeptos das teorias argumentativas ou da utilização da ponderação como técnica para resolver a “colisão” de princípios); mas, principalmente, ao se utilizar como fundamentação jurídica em decisões judiciais todo o tipo de coisa, sob a denominação de “princípio”, questão já há muito denunciada por Lenio Streck¹⁷³ com a denominação de “panprincipiologismo”. E, é nesse manancial de “princípios” sem DNA que se origina num intenso processo de enfraquecimento da autonomia do Direito e da Força Normativa da Constituição.

A utilização de “princípios” tão-somente como retórica, ultrapassando os limites semânticos da Constituição (supraconstitucionalidade), pois utilizados apenas para justificar protagonismos, fere de morte a democracia. Ora, princípios não podem ser utilizados como uma espécie de discurso com “pretensões de correção”, totalmente ao alvedrio do julgador (intérprete). Quando isso acontece termina-se por cair na

¹⁷³ “De consignar, por fim, que esse uso da ponderação, como um verdadeiro princípio, decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que venho denominando *panprincipiologismo*. Em linhas gerais, o *panprincipiologismo* é um subproduto do constitucionalismo contemporâneo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *panprincipiologismo* faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 50, grifo do autor.

panprincipiologia, parafraseando Lenio Streck.¹⁷⁴ Isto é, na lacuna da lei, o juiz se julga autorizado a lançar mão de “metaprincípios”, “escolhendo” os princípios que estão em jogo¹⁷⁵ (mais ou menos nos termos do que defende, por exemplo, Robert Alexy) os quais possuem textura “aberta” como “mandado de otimização”. Entretanto, tal postura, na verdade, apenas repristina o velho positivismo do protagonismo judicial.

Nesse aspecto, Lenio Streck¹⁷⁶ explicita bem o problema, merecendo transcrição:

Em tempos de ‘densa principiologia’ e ‘textura aberta’, tudo isso propicia a que se dê um novo *status* ao velho *non liquet*. Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto ‘programa normativo-vinculante’, mas, sim, em um conjunto de enunciados criados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de ‘supraconstitucionalidade’. Agregue-se a tudo isso a relevante circunstância de que muitos dos princípios gerais do direito – que teriam sido ‘constitucionalizados’ – são incompatíveis com a Constituição.

A verve contida no imaginário do jurista insiste na possibilidade de “criar princípios”. De modo geral, são retirados do senso comum dos juristas ou simplesmente confundidos com os princípios gerais do Direito, tais como “supremacia do interesse público sobre o interesse privado”,¹⁷⁷ “o juiz¹⁷⁸ é o destinatário da prova”,¹⁷⁹ “não há

¹⁷⁴ Vide: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁷⁵ “A estória da *Katchanga* foi inventada pelo saudoso Luis Alberto Warat. Ele a chamava de “O Jogo da *Katchanga*...” (ele não falava português; retrabalhou os “escravos de Jô”, que jogavam “caxangá”... no seu portunhol, virou *katchangá* e, depois, simplesmente *katchanga*). Discuti muito em sala de aula e contei várias vezes a *estorinha* em conferências. Warat contou a *estória* para metaforizar (e criticar acidamente) a dogmática jurídica. Afinal, dizia “a dogmática jurídica é um jogo de cartas marcadas”. E quando alguém consegue entender “as regras”, ela mesma, a própria dogmática, tem sempre um modo de superar os paradoxos e decidir a “coisa” ao seu modo...” Cf. STRECK, Lenio Luiz. A *Katchanga* e o bullying interpretativo no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 539, grifo do autor.

¹⁷⁷ Veja-se a ementa abaixo, como um bom exemplo do que se afirma: “Consoante o disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, *os honorários advocatícios serão fixados segundo a apreciação equitativa do juiz*. Por conseguinte, tendo em vista a repetitividade da matéria em análise e a desnecessidade de dilação probatória, o entendimento consolidado por esta Câmara é de que os honorários advocatícios devem ser fixados em 5% sobre o valor da condenação”. Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70050803048, Vigésima Quinta Câmara Cível. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Marilene Medianeira Lorensi. Relator: Helena Marta Suarez Maciel. Santa Maria, 3 de outubro de 2012. Diário da Justiça. Porto Alegre, 15 de outubro de 2012, grifo nosso.

nulidade sem prejuízo”, “verdade real”, “íntima convicção motivada”, para ficar apenas nesses. Na verdade, tudo isso nada tem a ver com os princípios constitucionais, servindo apenas e exclusivamente para reforçar o velho problema da subjetividade que herdamos do modelo positivista kelseniano, uma aposta na “liberdade” do juiz capaz de adjudicar o DNA do Direito.

O desvio pretendido por Kelsen, de estabelecer a norma fundamental pura, ou seja, sem ser possível trabalhar conjuntamente a intersubjetividade cotidiana e histórica é metaforicamente referido por Mario Losano, ao citar Norberto Bobbio¹⁸⁰, na introdução da obra de Kelsen,¹⁸¹ dizendo

Em se tratando de formalismo jurídico, todavia, não é rigor comparar normas com ovos, mas com caixas. Pagarei meu tributo a essa tradição em companhia de Norberto Bobbio: “Certamente, o mesmo tipo de caixa pode ser enchido com flores e com explosivos. E, visto que o ofício de fazer caixas é diferente do ofício de enchê-las, não existe nenhuma razão para atribuir ao fabricante de caixas o propósito de que estas sejam sempre enchidas com os mesmos objetos (‘jusnaturalismo impenitente’), mas não se lhes pode fazer a admoestação de quererem que fiquem sempre vazias (‘formalismo árido)’”.

Mas, afinal de contas, onde é que se encontra o DNA do Direito? Pois bem, com certeza, não será no senso comum dos juristas (subjetividade do intérprete) nem no panprincipiologismo que se irá encontrá-lo. A hermenêutica filosófica é a condição de possibilidade para demonstrar que é a partir de uma tradição e a partir da compreensão que podemos tentar começar a procurar algo. E isso não é um essencialismo. Em absoluto! O DNA do Direito não está guardado em um “jarro”. Também não está na “cabeça privilegiada” de algum julgador. Ele, o DNA, desde-já-sempre-está inserto na tradição da comunidade jurídica que constrói a moralidade e que se institucionaliza no seu bojo. Mas

¹⁷⁸ Não é incomum ver os juízes “jogando” com o artigo 20 do CPC. Situações em que a fazenda pública é sucumbente e o valor da causa é alto, arbitram-se os honorários do advogado em valor fixo. Noutros casos, em que a fazenda pública também é sucumbente, mas o valor da causa é pequeno, arbitram-se os honorários em percentual mínimo, como o exemplo da ementa acima transcrita.

¹⁷⁹ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. PERICIA. DETERMINAÇÃO PELO JUÍZO DA PRODUÇÃO DA PROVA. GRADUAÇÃO DA INVALIDEZ. ACIDENTE POSTERIOR A MP 451/2008. *O juiz é o destinatário da prova*, portanto, tem o poder de determinar as provas que achar necessárias ao seu convencimento. Inteligência do art. 130 do CPC. AGRAVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA”. Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70051376655, Sexta Câmara Cível. Agravante: Bruno Oliveira de Carvalho. Agravado: Bradesco Auto/Re Companhia de Seguros. Relator: Artur Arnildo Ludwig. Julgado em 15 de outubro de 2012. Diário da Justiça. Porto Alegre, 18 de outubro de 2015, grifo nosso.

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

¹⁸¹ LOSANO apud KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Tradução João Baptista Machado, 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 21-22.

esse próprio DNA é reconstruído e se reafirma a partir de cada decisão que respeita a coerência e a integridade do Direito.

Se na metafísica o caminho se resolvia em uma espécie de fechamento das questões, mediante uma resposta única e baseada em um ente supremo, na hermenêutica, nas palavras de Ernildo Stein,¹⁸² “o caminho se confronta com um paradoxo insuperável, diante das questões do ser do ente e do fato do ser se predicar de muitos modos”.

A transcendentalidade do Direito, por sua vez, faz-se presente quando se dá conta de que a interpretação jurídica é um problema de compreensão – e, portanto, um problema hermenêutico – que se instaura a partir de um marco, de uma tradição. Interpretações vazias, instrumentalizadas e pragmáticas, fundadas no senso comum teórico dos juristas e, portanto, despreocupadas com a singularidade do caso e alheias a argumentos de princípio “corroem” o DNA normativo, deontológico do Direito.

O DNA do Direito está imbricado com a moralidade, mas essa moralidade não é qualquer moralidade; não é a moralidade do juiz ou do legislador. A moralidade que é co-originária do Direito é uma moralidade institucionalizada (Jürgen Habermas/Ronald Dworkin), política, reconstruída na decisão judicial a partir de argumentos de princípio. E, essa reconstrução só se dá a partir da compreensão daquilo que integra uma comunidade jurídica e política, com uma tradição que a carrega. Para “compreender”¹⁸³ isso é que a hermenêutica filosófica carrega a todos. Como observa Stein,¹⁸⁴ “enquanto compreendemos, compreendemos o ser, enquanto compreendemos o ser, compreendemos a nós mesmos”.

O exercício de compreender não se constitui em um ato isolado que se opta, ou não, por realizar. A compreensão nada mais é do que um ato realizado em conjunto com o próprio pensamento. Toda vez que se pensa em compreender, a compreensão já se operou. Como refere Antônio Osuna Fernandez-Largo,¹⁸⁵

Resulta en consecuencia que el interpretar se há revelado como un momento esencial de conocer y que éste no es más que una forma de la comprensión

¹⁸² STEIN, Ernildo. *Às voltas com a metafísica e a fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2014, p. 114.

¹⁸³ “El comprender es uno de los existenciarios básicos del Dasein; el outro es el encontrarse. El comprender es un modo fundamental del ser del ‘ser ahí’. Su análisis nos lo muestra como posibilidad, em primer lugar, y como proyección, em segundo lugar”. Cf. FERNANDEZ-LARGO, Antônio Osuna. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones Universidade de Valladolid, 1992, p. 43.

¹⁸⁴ STEIN, Ernildo. *Pensar e Errar: um ajuste com Heidegger*. Ijuí: Unijuí, 2011b, p. 88.

¹⁸⁵ FERNANDEZ-LARGO, Antônio Osuna. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones Universidade de Valladolid, 1992, p. 51.

del ser en el mundo y su proyectarse sobre las cosas. Las estructuras, pues, de la hermenêutica son existenciarios de Dasein.

A característica existencial da compreensão, que se manifesta independentemente da vontade do intérprete, não significa dizer que não seja possível identificar os pre-juízos. Os juízes, para poderem julgar, devem estar bem conscientes dos seus preconceitos. Sem preconceitos não há juízo, mas sem suspendê-los não há um “bom” juízo, um “autêntico” juízo. A transcendentalidade do Direito determina aos juristas que ultrapassem, portanto, posturas positivistas e discricionárias, evitando, pois, que “caiam” na inautenticidade e irresponsabilidade quando decidirem.

A compreensão é que faz a transcendência do Direito “aproximar-se do próprio Direito”. É o que faz o jurista aproximar-se do Direito. E a compreensão é hermenêutica. Por isso é que o método, o pragmatismo e demais predadores do Direito (caso da política, da subjetividade do juiz, dos valores, da economia etc.) são tão “prejudiciais” ao Direito, pois ocultam a sua transcendência, descaracterizam com o seu DNA. Em definitivo, se isso não for entendido, então o Direito e as decisões judiciais seguirão sendo obra da subjetividade do intérprete, nada mais restando a fazer por parte dos seus operadores do que abrir mão em definitivo do Direito e da própria democracia.

Por tudo isso, logicamente diante da complexidade do mundo concreto aliado à postura radicalmente científica e a-histórica adotada pela metafísica tradicional, surge em Heidegger uma inquietação que pode ser descrita como uma preocupação fenomenológica com o mundo vivido.¹⁸⁶

É por isso que a fenomenologia é hermenêutica, ou seja, ela só é hermenêutica porque, no mesmo momento do exercício de compreensão do ser, o ser humano se compreende como jogado na existência. Stein¹⁸⁷ complementa dizendo que

¹⁸⁶ “Habermas faz um uso explícito deste segundo sentido, em que o conceito do mundo da vida exerce a função de ser um lugar de recursos, um lugar de alimentação da reflexão e um lugar da alimentação da própria cultura, da sociedade e da própria personalidade. É neste sentido que é acentuado o flanco funcional do conceito de mundo da vida enquanto ele exerce esta função de servir de alimentador e de ponto de referência, enquanto ele é um fundo inesgotável, um fundo onde, de certo modo, se movimenta a própria imanência do ser humano. O ser humano não pode arrancar as raízes deste fundo pois, de certo modo, ele depende deste fundo e isto tanto do ponto de vista da cultura como da sociedade e da personalidade. Há, portanto, uma funcionalidade dupla do conceito de mundo da vida: de um lado, enquanto horizonte, e de outro, enquanto recurso, uma fonte alimentadora da reflexão filosófica e, de certo modo, também, enquanto elemento da tradição das ciências humanas.” Cf. STEIN, Ernildo. **Mundo Vivido**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004b, p. 108.

¹⁸⁷ STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar**: um ajuste com Heidegger. Ijuí: Unijuí, 2011b, p. 36.

A hermenêutica é uma forma pela qual se revela o modo de ser do ser humano na compreensão que o relaciona ao ser e consigo mesmo simultaneamente. É por isso que Heidegger denomina o ser humano de ser-aí (*Dasein*), pois este representa o lugar de manifestação do ser já sempre sendo no mundo de modo prático quando realiza enunciados sobre o ente.

Nesse sentido, interpretar constitui uma atividade inerente do viver humano totalmente incompatível com a compreensão artificializada idealizada pelo racionalismo científico. É por isso que a analítica existencial, ao se remeter para a vida fática (fenomenologia), situa a pergunta pelo ser da finitude, através da facticidade e da historicidade. E isso se efetiva a partir da compreensão do ser pelo método dos *indícios formais*.

Interpretar, portanto, não é compatível com adjudicação de sentido das coisas de forma artificial e assujeitadora, assim como interpretar não significa “investigar” o “real” sentido pretendido pelo legislador (essência ou vontade pretendida pelo legislador).¹⁸⁸ Mas, sobretudo, interpretar é, parafraseando Gadamer, deixar que o texto *fale, diga algo*, é investigar o sentido da norma em meio à diferença ontológica e o círculo hermenêutico que, desde já, antecipa (o sentido).

Com razão, Streck¹⁸⁹ diz que não há texto isolado da norma, simplesmente porque, na linha de Gadamer, interpretar não se constitui em ultrapassar etapas, mas é, simplesmente, *applicatio*:

Daí a importância da pré-compreensão, que passa à condição de possibilidade nesse novo modo de olhar a hermenêutica jurídica. Nossos pré-juízos, que conformam a nossa pré-compreensão, não são jamais arbitrários. Pré-juízos não são inventados; eles nos orientam no emaranhado da tradição, que pode ser autêntica ou inautêntica. Mas isso não depende da discricionariedade do intérprete e tampouco de um “controle metodológico”. O intérprete não “domina” a tradição. Os sentidos que atribuirá ao texto não dependem de sua vontade, por mais que assim queiram os adeptos do (metafísico) esquema sujeito-objeto. O processo unitário da compreensão, pelo qual interpretar é aplicar (*applicatio*) – que desmitifica a tese de que primeiro conheço, depois interpreto e só então eu aplico –, transforma-se em uma espécie de blindagem contra as opiniões arbitrárias. A interpretação jamais se dará em abstrato, como se a lei (o texto) fosse um objeto cultural. Há, sempre, um processo de concreção, que é a *applicatio*, momento do acontecer do sentido, que ocorre na diferença ontológica. Não há textos sem

¹⁸⁸ No direito não é possível se atrelar a essências, assim como constitui um erro imaginar que a vontade do legislador, muitas vezes pensada em momento histórico bastante distinto daquele exigido pelo caso concreto, pode ter prioridade frente ao contínuo processo de formação jurídico-moral decorrente da tradição.

¹⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 4. ed, 2011, p. 288, grifo do autor.

normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único, irrepetível.

Assim, há uma clara diferença (ontológica) entre texto e norma, pois esta será sempre o produto da interpretação daquele, cujo sentido (a norma) não está contido (acoplada, fixada, objetivada, entificada) no texto, mas decorre da situação hermenêutica e da tradição em que se encontra inserida. Assim, a *applicatio* funciona como uma garantia hermenêutica apta a suplantar o solipsismo do intérprete que acredita ser livre para atribuir sentido, já que a pré-compreensão antecipa o sentido do texto.

Aplicar, portanto, é algo que somente se torna possível diante do caso concreto, o que desde já aproxima a hermenêutica filosófica (Heidegger-Gadamer) do Direito, dependente da facticidade como reprodutora da moralidade historicamente instituída suficiente para possibilitar o acesso à resposta constitucionalmente adequada (Dworkin).

Nesse aspecto importante, a referência contida em *Ser e Tempo*, §18, denominada *Conjunção e significatividade; a mundidade do mundo*, Heidegger alude à importância da relação do significado com conceitos à disposição no mundo, entretanto sem deixar que tal relação se transforme num ponto de apoio definitivo para o processo interpretativo.¹⁹⁰

Necessário explicitar a imensa dificuldade que há em todo intento interpretativo, principalmente porque norteados por significações que se encontram à disposição (entificações), como os conceitos. Daí a importância das indicações formais e a sua função proibitiva-referencial, pois possibilita a permanência contínua do processo de transformação decorrente da temporalidade como horizonte de sentido (quotidiano), fluxo que não pode ser eliminado ou desconsiderado, independentemente da vontade do intérprete. Neste aspecto, Itamar Veiga¹⁹¹ refere que

Percebemos que o ponto de concentração da dimensão hermenêutica do *Dasein* é articulado por dois existenciais inter-relacionados: a *compreensão* e o *sentimento de situação*. Mas, a análise integral da condição de ser-no-mundo deve incluir o mundo cotidiano, e isso desloca o ponto de concentração para o imediato e regular.

¹⁹⁰ “O *Dasein* é, como tal, cada vez ‘este’ e, com seu ser, fica já essencialmente descoberta uma conexão-de-utilizável – o *Dasein*, na medida em que *é*, já se remeteu cada vez a um ‘mundo’ que vem-de-encontro; a sei ser pertence essencialmente esse *ser-remetido*. Mas a significatividade ela mesma, com que o *Dasein* já está cada vez familiarizado, traz consigo a condição ontológica da possibilidade de que o *Dasein* que-entende possa abrir, como interpretante, algo assim como ‘significações’, as quais por sua vez fundam novamente o ser possível da palavra e da língua.” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 261, grifo do autor.

¹⁹¹ VEIGA, Itamar Soares. **Cotidiano e Queda**: uma análise a partir do §38 de *Ser e Tempo*. Porto Alegre: Clarinete, 2012, p. 17-18, grifo do autor.

Daí a aposta no método fenomenológico dos indícios formais, trazido a lume como método para o adequado enfrentamento do problema da relação sujeito-objeto, herança metafísica da entificação do ser, que, ao fim e ao cabo, produz reflexos negativos no mundo do Direito, como veremos na postura crítica que se busca nesse trabalho.

2.8 A HERMENÊUTICA DA FATICIDADE

Heidegger fala de mundo da vida a partir do conceito husserliano de *Lebenswelt*. Noção originalmente cunhada por Husserl¹⁹² na obra “*Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendentale Phänomenologie*” (“A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental”), em que Husserl busca expressar que em tudo, já desde sempre, há um fundo intencional (origem da noção heideggeriana de *posição prévia*) e irrefletido de valores e fundamentos que serve de base para qualquer ciência. Tal mundo é composto de significações subjetivas e intersubjetivas, as quais terão um núcleo de significação básica capaz de permitir o desenvolvimento do conhecimento objetivo.

Notadamente, Husserl parte do conceito de mundo da vida atrelado ao paradigma das teorias da consciência e da representação; enquanto Heidegger passa a entendê-lo sob o paradigma do *ser-no-mundo*, atrelado ao mundo prático, base de sustentação da teoria da hermenêutica da facticidade. E, Stein¹⁹³ relaciona os dois paradigmas com o problema do sentido das coisas, dizendo

A questão que vinha próxima ao conceito de *mundo da vida* era se ele também conseguia dar conta do problema do sentido, do significado, da referência, assim como a Filosofia exigia. Isto relacionado com o fato de que ele não era um conceito de caráter realista, material, de conteúdos objetivos, mas um conceito formal.

¹⁹² “O uso de Husserl da noção de mundo da vida é ambíguo. Por um lado, ele fala do mundo da vida como um subjetivo-relativo sentido-fundamento para a visão de mundo científica natural. Por isso ele entende, primeiramente, que o mundo da vida é o mundo experienciado em relação com os interesses, as determinações de valor, as práticas e os fins dos sujeitos de experiência. Em contraste com isso, o mundo revelado pela ciência natural não é subjetivo-relativo. A ciência alcança sua posição ao abstrair dos aspectos subjetivo-relativos do mundo para desenvolver uma explicação puramente objetiva e teórica. Por outro lado, no entanto, Husserl fala do mundo da vida como o mundo circundante que é tido como dado adquirido pelos sujeitos.” Cf. DRUMMOND, John J. **Historical dictionary of Husserl's philosophy**. Lanham: Scarecrow Press, 2008, p. 122.

¹⁹³ STEIN, Ernildo. **As Ilusões da Transparência: dificuldades com o conceito de mundo da vida**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012, p. 139, grifo do autor.

Heidegger, embora influenciado pelo seu mestre Husserl, avança claramente em direção ao desenvolvimento de uma ferramenta metodológica capaz de obter um tratamento adequado para a experiência da vida concreta.¹⁹⁴ E, para tanto, parte de dois tipos de abstrações teóricas husserlianas possíveis¹⁹⁵: a *generalização* (abstração para o conteúdo, caracterização que objetiva); a *formalização* (caracterização formal). Entretanto, Heidegger¹⁹⁶ reconhece que o modo husserliano de tratar a questão, ou seja, a partir da caracterização formal, é insuficiente para tratar de modo filosófico o fluxo contínuo da experiência e da vida concreta, propondo, então, o método das indicações formais.

O novo método para tratar do formal, diferentemente do modo husserliano,¹⁹⁷ atira-se nos braços da facticidade, ou seja, priorizando a vida concreta como *locus* interpretativo. Neste aspecto, Heidegger¹⁹⁸ faz a distinção necessária entre *generalização* e *formalização*, o que desde já possibilita uma melhor compreensão dos conceitos (filosóficos) como indícios formais, dizendo:

A *generalização* está ligada, em sua realização, a um *setor temático* preciso. A sequência de graus do ‘genérico’ (gêneros e espécies) está determinada *tematicamente*. A pertinência ao complexo temático é fundamental. Na *formalização*, acontece de outro modo. Por exemplo: ‘a pedra é uma objetualidade’. Ali a atitude não está ligada ao conteúdo quiditativo [*Sachhaltigkeit*] (à região das coisas materiais e outras coisas semelhantes), mas é tematicamente livre. Está livre de toda graduação. Não é preciso ter recorrido a todas as generalidades inferiores para ascender gradualmente, por exemplo, à ‘suprema generalidade’, à ‘objetualidade em geral’. A predicação formal não está tematicamente ligada, contudo deve estar de algum modo motivada. Como está ela motivada? Brota do *sentido da referência atitudinal* mesma. Eu não retiro pelo olhar a quididade que determina a coisa a partir

¹⁹⁴ “A fenomenologia não tem pretensões para grandes teorias. Em Husserl e em Heidegger é a descrição o momento fundamental. Só onde as coisas se dão é diferente: em Husserl é a consciência transcendental e em Heidegger é o mundo. Nesse sentido, o *como* heideggeriano não exige nenhuma ação da consciência redutora ou da intencionalidade, mas já desde sempre existe o que Heidegger chama de *Erschlossenheit*, isto é, revelação.” Cf. STEIN, Ernildo. **Mundo Vivido**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004b, p. 40.

¹⁹⁵ Trabalho filosófico originalmente pensado por Edmund Husserl (*Ideias*, I, §13).

¹⁹⁶ “O comum à formalização e à generalização é a noção de ‘geral’, enquanto que o indício formal nada tem a ver com as generalidades. O significado de ‘formal’ nos ‘indícios formais’ é mais originário, pois na ‘ontologia formal’ não se está referindo a algo conformado objetualmente.” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010a, p. 55.

¹⁹⁷ “As coisas, segundo Husserl, caracterizam-se pelo seu perspectivismo, pelo seu inacabamento, pela possibilidade de sempre serem visadas por *noesis* novas que as enriquecem e as modificam. As ideias ou conceitos, ao contrário, caracterizam-se por seu aspecto globalizador, total e acabado”. Cf. CHAUI apud HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento. Seleção e tradução Zeljko Loparic e Andréa Maria Altino de Campos Loparic. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 11.

¹⁹⁸ HEIDEGGER, Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010a, p. 55, grifo do autor.

da objetualidade, mas vejo sua determinação como estando conscientemente ‘nela’. É necessário afastar o olhar de sua quiddidade [*Wasgehalt*] e ficar atento para que a objetualidade seja dada e captada atitudinalmente. É desse modo que a formalização surge do sentido referencial da pura referência atitudinal mesma e não de uma ‘quiddidade em geral’.

O método das indicações formais, dessa forma, muito mais do que simplesmente considerar insuficiente a fenomenologia husserliana, significa uma aposta heideggeriana na apreensão do fenômeno sem limitá-lo a uma estrutura teórica rígida e pré-determinada.

Na medida em que os conceitos filosóficos tradicionais mostram-se inadequados para lidar com a experiência da vida fática – simplesmente porque cometem o vezo de objetificar os fenômenos – surge a necessidade de se buscar uma maneira diversa de chegar ao sentido das coisas e/ou construir conhecimento sem desprezar os elementos de fundo constituídos pela facticidade.

No curso de 1920 e 1921, denominado de *Einleitung in die Phänomenologie der Religion* (“Introdução à fenomenologia da religião”), Heidegger faz uma distinção entre os conceitos filosóficos e os conceitos científicos, dizendo que os primeiros não possuem um contexto material objetivo que possibilite a determinação teórica, deixando claro que a proposta filosófica está ligada à experiência fática e é nela que reside o seu manancial conceitual.¹⁹⁹

Heidegger propositadamente faz a distinção necessária entre ciência e filosofia, exatamente para demonstrar que esta tem como origem de seus conceitos a experiência da vida fática,²⁰⁰ enquanto que aquela se desenvolve basicamente no contexto do *a priori* teórico. E isso é importante exatamente porque a experiência concreta estará focada diretamente no conteúdo do que é experienciado e não para o modo (forma) como o objeto é experienciado. Também, o conteúdo da experiência se caracteriza por ser significativo, mas não um significado teórico, principalmente porque a significação é anterior a qualquer teorização. Assim, quando Heidegger se refere ao que para ele seria o *conteúdo*, passa ao

¹⁹⁹ “A ideia de conhecimento e conceitos científicos não deve ser trazida para dentro das proposições em geral da filosofia, sob o pretexto de uma ampliação dos conceitos das proposições científicas, como se o contexto racional na ciência e na filosofia fosse o mesmo. Em todo o caso, existe uma concepção ‘nivelada’ entre os ‘conceitos’ e ‘proposições’ da filosofia e da ciência. Eles se encontram na ‘vida fática’, na esfera da representação e comunicação linguística enquanto ‘significados’ que são ‘compreendidos’. Inicialmente não é sinalizado que uns se diferem dos outros. Nós precisamos aprofundar essa concepção ‘nivelada’. Devemos perceber que a compreensão dos conceitos filosóficos é diferente da compreensão dos conceitos científicos.” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010a, p. 10.

²⁰⁰ Experiência é o ato de experienciar, ou seja, atividade ligada à intencionalidade husserliana de dupla estrutura *noese* (ato de perceber) e *noema* (*aquilo que é percebido*). Fática não deve ser considerado como “coisa real” epistemologicamente falando, mas, de outro lado, como acontecimento *histórico*.

largo do meramente teórico (caracterizado pela generalização), e segue em direção ao experienciável enquanto tal (significativo).

É possível perceber em Heidegger uma clara diferenciação entre o mundo teórico e a experiência da vida fática. Notadamente, essa diferença não implica afastamento, ao contrário, implica complementariedade entre eles. Ou seja, as cognições das experiências da vida fática são compreendidas dentro de um mundo teórico, o que diz com o modo de se formar o conhecimento e situar um fato, dotado de sentido, dentro de um contexto determinado.

Qualquer experiência se dá a partir do conteúdo daquilo que foi experienciado, o que é diverso do modo como algo foi experienciado. Assim, as diversidades das experiências são conhecidas a partir do seu conteúdo de significação, e não a partir do modo como o sujeito as vive. Portanto, quando se pretende conhecer as coisas partindo de uma noção prévia de *valor*, pressupõe uma teorização prévia que conduz à valoração dada. Entretanto, a significação é anterior a toda teoria. As relações que se dão entre os objetos são resultadas de uma ligação de significados que provém deles mesmos.

A relação do homem com as coisas é, portanto, anterior a qualquer processo mental, como refere Torres Machado,²⁰¹

O que possibilita minha relação com as coisas não é, portanto, nada que está em minha mente, como havia sustentado Husserl, mas algo que está fora de minha mente – o mundo das coisas e práticas compartilhadas.

A noção de hermenêutica como interpretação ligada à faticidade, verificado no curso de 1923, denominado de *Ontologie: Hermeneutik der Faktizität*²⁰² (Ontologia: hermenêutica da facticidade), traz o elemento fundamental ao *Dasein* e a sua capacidade de autocompreensão. Ou seja, há muito mais na relação entre hermenêutica e faticidade do que simples apreensão ocasional de objetos, pois interpretar passa a ser o *como* do caráter de ser da facticidade.

²⁰¹ MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem**: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 70-71.

²⁰² “Trata-se, em primeiro lugar, de meras afirmações; partindo delas, porém, deve-se delinear a interpretação descritiva da tarefa proposta: história e filosofia são modos da interpretação; algo que o ser-aí mesmo é, algo em que ele mesmo vive; na medida em que ele mesmo aparece neles, são modos de ser do ser-aí em seu ser e nos quais ele mesmo se possui de determinadas maneiras. Tais modos de ser do ser-aí lhe são inerentes. Coloca-se assim a verdadeira questão da hermenêutica: *Que caráter ontológico do ser-aí se manifesta neste modos de ter-se-a-si-mesmo?*” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ontologia**: Hermenêutica da facticidade. Tradução de Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012b, p. 56, grifo do autor.

Levando em consideração que Heidegger volta-se à faticidade, ao *Dasein* concreto e às suas características determinantes; a hermenêutica terá como função principal analisar o *Dasein* em suas características fundamentais. Dentre as características da abertura do *Dasein* está a sua relação ilimitada com as *possibilidades*, incluindo a de ele ser ele mesmo do modo mais próprio, também denominada por Heidegger de existência (*Existenz*), ou seja, toda a analítica (existencial) liga-se à análise dos *existenciais*,²⁰³ principalmente porque parte-se da condição da existência na qual o *Dasein* sempre se encontra.

Concomitante à característica essencial do *Dasein*, como *ser-jogado-no-mundo* e dotado de existenciais, é necessário levar em conta a ideia de situação hermenêutica,²⁰⁴ da qual faz parte a posição prévia (*Vorhabe*) ou *situação hermenêutica* (*hermeneutische Situation*) e a antecipação ou concepção prévia (*Vorgriff*). Tais conceitos dizem respeito à singularidade própria do *Dasein*, ou seja, para uma adequada compreensão hermenêutica impõe-se indagar sobre a situação concreta e a realidade dada do *Dasein*. Sem jamais perder de vista que a visão da situação integra uma carga de significações de caráter histórico, determinante para a hermenêutica e para qualquer tentativa de apreensão da vida fática.

A visão prévia está relacionada com a totalidade da compreensão do *Dasein* fático, principalmente porque por estar-no-mundo já possui uma visão de totalidade significativa em relação aos fenômenos. Portanto, se uma pessoa, por exemplo, depara-se com um objeto de cordas parecido com um violão, poderá inferir, a partir de um conjunto de conhecimentos prévios, que aquele objeto se trata de instrumento musical. A maneira metodologicamente adequada de lidar com a posição prévia passa em concebê-la como uma indicação formal.²⁰⁵

A faticidade, portanto, é a questão principal que a hermenêutica deve trazer à tona, interrogar o seu próprio *Dasein* em relação ao caráter de seu ser. A faticidade tem como ponto de partida a situação concreta do *Dasein* e o modo como a vida fática é cotidianamente apreendida. Nesse sentido, a *atualidade* [*das Heute*] só pode ser

²⁰³ Um dos existenciais do *Dasein* poderia ser a própria característica da temporalidade.

²⁰⁴ “Interpretar a vida humana é como interpretar um texto recoberto de séculos de exegese distorcida. Precisamos estar certos de que nossa ‘posição prévia [Vorhabe]’, nossa aproximação preliminar, é ‘original e genuína’, e não adotada da tradição ou do *impessoal* (LXII, 80).” Cf. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 79, grifo do autor.

²⁰⁵ Nas indicações formais haverá uma incompletude inerente a este método. Não uma incompletude relativista, mas uma aproximação que possibilita indicar a direção para a qual se está relacionando, evitando, portanto, subjetivismos. E neste ponto, importante evitar dois mal-entendidos: o esquema sujeito-objeto e o preconceito de ausência total de perspectiva e ou de ponto de vista, ou seja, uma negação do contexto de significatividade.

completamente compreendida em seu caráter ontológico a partir de um elemento essencial da facticidade: *temporalidade*.²⁰⁶

A temporalidade (*Zeitlichkeit*) trazida por Heidegger como um conceito existencial indispensável para uma adequada compreensão da facticidade, principalmente porque não há como dissociar o fator do tempo em relação ao *Dasein*, e o seu modo de ser no mundo.

Também, Heidegger aponta outro traço fundamental do *Dasein* que é sempre partir de uma concepção previamente determinada das coisas, ou seja, o *impessoal* (*o ser está essencialmente escondido sob a tradição*)²⁰⁷ como uma característica inerente ao existir humano. Assim, não se pode negar nem afastar o cotidiano comum a todos, principalmente porque já desde sempre se tem uma concepção previamente determinada das coisas. Na medida em que se lida com as coisas dotadas de sentido e se convive com algo apreendido num contexto de significatividade, é possível, portanto, afirmar a sua *caída* ou entificação.²⁰⁸

Dessa forma, enquanto há um horizonte de possibilidades voltado para o futuro, decorrente da temporalidade, ao mesmo tempo se tem um mundo já-interpretado (*Ausgelegtheit*) que delimita o terreno sob o qual o *Dasein* se questiona e exige coerência.

O horizonte temporal como elemento essencial da facticidade fatalmente influenciou a hermenêutica filosófica de Gadamer. Portanto, independentemente da situação atual concreta que se viva, a facticidade da vida é envolta sempre por um passado carregado de significações e faz projeções em relação ao que se pode realizar no futuro.

Dessa forma, ao se tratar de modos de interpretação da História ou da Filosofia, necessário se faz entender como o *Dasein*, em seu próprio modo de ser, encontra a si mesmo nesses modos de interpretação. Essa tarefa interpretativa possui um caráter indicativo-formal: parte-se de simples afirmações, que serão alteradas ou integradas no decorrer da análise interpretativa. O ponto inicial, portanto, sempre será a facticidade da vida concreta do *Dasein*.

²⁰⁶ A temporalidade (*Zeitlichkeit*) será um conceito (existencial) fundamental para a compreensão da facticidade, na medida em que o fator temporal está intimamente relacionado com a vida fática do *Dasein* e seu modo de ser no mundo.

²⁰⁷ INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 79.

²⁰⁸ Característica típica do existir humano que possibilita o entendimento e, principalmente, traz a todos o mínimo de garantia sobre a significatividade das coisas, principalmente porque o nominalismo e a positivação são formas de definição e entificação. A questão em relação à caída é tratada por Heidegger como um existencial, ou seja, uma característica do viver humano. Na verdade, o pensamento heideggeriano não concentra o problema na simples caída, mas na dominação do agir humano pelo predomínio da generalização e da massificação, o que para o filósofo da floresta negra é consequência do esquecimento do ser pela inércia do pensar.

Na medida em que a Filosofia se constitui e se fundamenta na própria relação com a vida fática ela assume uma postura objetiva. Determina-se, portanto, nessa referida postura objetiva e concreta frente ao mundo da vida, que a filosofia hermenêutica se desvincula de todo e qualquer tipo de subjetividade, podendo ser considerada como dotada de caráter *universal*.

A *universalidade* da hermenêutica como interpretação do mundo decorre da própria linguagem que constitui o homem como *ser-no-mundo*. No ponto, define Gadamer ²⁰⁹ dizendo que

O ser que pode ser compreendido é linguagem. De certo modo, o fenômeno hermenêutico devolve aqui a sua própria universalidade à constituição ontológica do compreendido, na medida em que a determina, num sentido universal, como *linguagem*, e determina sua própria referência ao ente como interpretação.

A resposta no sentido de afastar qualquer tipo de incoerência na hermenêutica da facticidade pode ser encontrada a partir da compreensão da metodologia dos indícios formais, como algo finito e dotado de provisoriedade, sem ser relativista. Na verdade, a aposta na objetividade e no científico (método) se justifica em oposição à filosofia relativista, e isso não significa confundi-las com o rigor científico pregado por Husserl ou mesmo pelas ciências empíricas.

Inexoravelmente, Heidegger não acredita que os procedimentos metodológicos e de rigorismo analítico que estruturam a ciência sejam suficientes para dar conta da filosofia, entretanto, não significa dizer que simplesmente rejeitá-los seria aderir a uma filosofia da consciência baseada em meras opiniões.

A base sólida e segura que autoriza classificar a filosofia hermenêutica em objetiva e universal está exatamente no caráter concreto da facticidade e da própria historicidade como único meio seguro e possível de descrever as coisas como realmente são. Qualquer tentativa de analisar fenômenos a partir da consciência do intérprete, de maneira isolada, estática e dissociada do mundo, reveste-se de profunda incerteza e subjetividade, trazendo insegurança e principalmente arbitrariedade.

Como já dito, inexistente a possibilidade de apreender fenômenos sem uma posição prévia. Ou seja, mesmo a ideia de não possuir nenhuma preconcepção já se constitui em

²⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 612.

uma visão preconcebida ou um modo de ver particular calcada na concepção de não possuir concepções. Portanto, qualquer que seja o modo de ver, já é, em si, algo histórico, ligado ao tempo e, por consequência, relacionado ao *Dasein*. Enquanto ser humano histórico desde sempre se está inserido num mundo dotado de significado pela tradição. Mesmo sendo possível contestar este significado prévio, jamais será possível negar essa origem.

Palmer²¹⁰ refere sobre experiência, linguagem e herança histórica como elementos que integram a compreensão hermenêutica, dizendo

Enquanto que, de um modo geral, uma experiência é um acontecimento, a nossa herança ‘não é simplesmente um acontecimento que reconhecemos por meio da experiência e que passamos a controlar; é antes *linguagem*, isto é, fala de si própria, como um Tu’. A herança não é algo que possamos controlar, nem é um objecto que nos faça face. Chegamos à sua compreensão, mesmo quando nos situamos nela, como uma experiência intrinsecamente linguística. Quando experimentamos o significado de um texto, chegamos à compreensão de uma herança que nos interpelou como algo que se situa face a nós, mas que faz, no entanto, simultaneamente, parte desse fluxo não objectivável de experiências e de história, no qual nos situamos.

Portanto, a hermenêutica da facticidade não pode ser associada ou conceituada como um critério metodológico de interpretação. Na verdade, ela se constitui como uma postura interpretativa frente aos fenômenos do mundo da vida, de forma a manter preservado o fluxo contínuo da vida, sem negá-lo, como é comum em qualquer método interpretativo que se proponha a encontrar a verdade ou explicar algo como determinado e exaurido.

Nada é onde falta a palavra (*pa-lavra*)²¹¹, como constituição de sentido ou a capacidade de modificação das coisas decorrentes da facticidade. Nesse sentido, Heidegger²¹² explicita dizendo que “Allí donde falta algo hay una carência, un quitar. Quitarle algo a algo significa retirarle, hacerle carecer de algo. Carece de significa: le falta. Allí donde falta la palabra ninguna cosa es. Solamente la palabra disponible concede ser a la cosa”.

²¹⁰ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 200, grifo do autor.

²¹¹ Vide: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012c, p. 384.

²¹² HEIDEGGER, Martin. **El Camino al Habla**. Tradução de Yves Zimmermann. México: Octaedros Editores, 2003a, p. 10-11.

Mas a facticidade traz um problema de caráter prático para o filósofo. Como colocar a questão no plano da facticidade de forma que seja possível desenvolver um projeto verdadeiramente hermenêutico? O ponto de partida pensado por Heidegger requer uma adequação com a noção de facticidade, ou seja, necessário se faz identificar a situação concreta em que se vive e a partir dela pensar as questões que lhe são pertinentes, logicamente dentro de uma proposta filosófica de transcendência.

Entretanto, a tarefa de trabalhar com a fenomenologia da facticidade encontra uma série de dificuldades. A primeira delas seria lidar com uma das mais fortes características da modernidade: o *a priori*. *A priori* se revela em todos os atos da cultura humana, tratando os acontecimentos sociais como fatos históricos, de forma continuada, mas sempre com uma forte tendência à objetivação. Os significados sociais do mundo da cultura atravessam concepções da ciência, da moral e da estética. E a partir de tais pontos centrais de produção cultural, a filosofia tropeça esforçando-se em encontrar uma base segura e imutável, capaz de garantir ou de encontrar uma universalidade sobre o conhecimento humano.

A razão tem lugar nesse processo universalizante, na medida em que irá buscar, a partir das diversas aparições culturais, étnicas, religiosas, estéticas da sociedade, algum tipo de identificação cognitiva entre as diferenças, capaz de estabelecer uma padronização que possa se universalizar. A lógica e a matemática surgem nesse processo dando maior impulso à razão, de forma que a sociedade instituiu um modelo de fundamentação universal que propiciou, assim, que se fale no *a priori* ético, estético e até mesmo religioso. O que, em termos de validade se torna cada vez mais em um “novo” *a priori*, sempre com a pretensão de validade fundada na razão.

A busca por algo novo e justificado em si próprio é uma atividade diametralmente oposta ao que se erigiu, de forma precária, de conhecimento humano nas vicissitudes das diversas condições históricas. A confusão entre o que é contingencialmente dado de forma fenomenológica com aquilo que é artificialmente dotado de significação, é o que propicia o sufocamento da singularidade de cada formação histórica e cultural pelo processo de generalidade absoluta e supratemporal, suficiente para suprimir as contingências fáticas pela ideia do valor e do princípio da razão.

O modo *precário* com que o conhecimento é experienciado desde logo já põe em dúvida qualquer pretensão de universalidade ou conhecimento absoluto. Daí advém a indagação sobre uma possível conciliação entre o absoluto e o contingencial, principalmente porque a partir disso se questiona na história a relação entre o temporal e o

supratemporal, na moralidade e na cultura, a relação entre os valores de diversos tipos de comunidades com um suposto bem universal.

Outra dificuldade de se lidar com o conceito de vida como fenômeno experienciável está no perigo do conhecimento teórico ganhar *status* de superioridade em relação aos demais tipos de saberes. Nessa linha, algumas áreas do conhecimento, como a matemática, acabam recebendo um espaço privilegiado na hierarquia do conhecimento, o que obnubila as diversas possibilidades do desenvolvimento qualitativo decorrente da experiência concreta.

E, é exatamente na experiência concreta que Martin Heidegger vê a possibilidade de libertação da fenomenologia husserliana, exatamente como observa Gadamer ao dizer que “É conhecido o fato de, mesmo como assistente de Husserl, Heidegger ter se dedicado em seus cursos exclusivamente às *Investigações Lógicas* – e não às *Ideias*”.²¹³ Portanto, é possível concluir que a visão heideggeriana parte do fato da vida e não do sujeito, não do *eu* pensante.

2.9 OS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS (HERANÇA METAFÍSICA) PLASMADOS NO SENSO COMUM E A NECESSIDADE DA DESTRUIÇÃO FENOMENOLÓGICA

A ontologia fundamental de Heidegger pretende ligar profundamente com o sentido das coisas, pois, na medida em que propõe uma refundação na análise dos conceitos “dados” pela tradição metafísica, faz-se necessário que haja uma “destruição²¹⁴” daquilo que está posto para que de forma concomitante, evitando-se lacunas, seja possível uma reconstrução do modo de lidar com o *ser* dos entes.

Necessário se faz deixar bem claro que o método (filosófico) da ontologia nada tem a ver com qualquer método de outras ciências, pois o *ser* manifesta-se, tão-somente, se o *Dasein* existe. Isso não significa dizer que a existência do ente dependa exclusivamente do *Dasein*. Entretanto, somente a partir de um ente capaz de compreender o *ser* dos entes é que o *ser* se manifesta, ou seja, há uma diferença entre ser e ente, tal diferença é ontológica,

²¹³ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 110.

²¹⁴ “A resposta de Heidegger é: ‘destruição’. Preciso acentuar novamente uma coisa porque a incompreensão oriunda de outros mundos linguísticos fincou raízes por toda a parte: para o sentimento linguístico alemão daqueles anos, destruição não significava dizimação, mas desconstrução resoluta das camadas sobrepostas, para que se saísse da terminologia dominante e se retornasse às experiências originárias do pensamento.” Cf. GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 86.

simplesmente porque a ontologia, para se manifestar, precisa inexoravelmente da matéria-prima (ôntica), pois é o ente que possibilita o ser: *Dasein*.

Gadamer²¹⁵ comenta o conceito de diferença ontológica referindo que se trata especificamente de uma relação entre ser e ente, algo circular que se encontra no âmago da relação propositiva e interpretativa:

Quando Heidegger fala mais tarde sobre ‘a diferença ontológica’, o que ele tem em vista é aquilo que ainda se acha inexpressão nessa primeira formulação. O que ele tem por meta com essa expressão é a diferença do ser em relação a todo ente. É extremamente obscuro o que isso deve significar. Nenhum homem sabe no fundo o que o conceito ‘o ser’ designa, e, apesar disso, nós todos temos uma primeira pré-compreensão ao ouvirmos a palavra ‘ser’ e compreendemos que aqui o ser, que cabe a todo ente, é elevado desde então ao nível do conceito. Com isso, ele é diferenciado de todo ente. É isso que significa inicialmente ‘a diferença ontológica’. O jovem Heidegger já estava há muito consciente de que se trata de um verdadeiro enigma o fato de experimentarmos e denominarmos muitos entes, mas também de denominarmos e refletirmos sobre o ser do ente.

Na medida em que toda consideração sobre *ser* começa a partir de algum ente, é importante reconhecer que a análise envolve os pressupostos interpretativos do *Dasein*, sua situação concreta atual e histórica. Assim, a proposta é que se faça uma apropriação positiva da tradição, ou seja, identificando e reconhecendo os conceitos tradicionais que merecem ser desconstruídos.

Falar em desconstrução, na verdade, decorre do próprio processo existencial humano que tende ao encobrimento. Como refere Gadamer²¹⁶

É a tendência de encobrimento do *ser-aí* que apresenta em particular a tarefa da hermenêutica. Ela precisa descobrir e liberar tudo aquilo com o que o querer compreender se depara. [...] Trata-se de desconstrução para liberação. A destruição volta-se contra o encobrimento e empreende a liberação daquilo que estava encoberto.

Os três componentes básicos do método fenomenológico estão conectados entre si: a *desconstrução* é o que permite a *redução*, e a *construção* necessariamente ocorre em íntima relação com a destruição, pois somente ao reconhecer os pressupostos e abrir espaço para uma reavaliação da situação atual através de suas pressuposições, é que será possível

²¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 92.

²¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 99, grifo do autor.

realizar uma construção completa e coerente. Além disso, a cognição filosófica mostra-se como possuindo o caráter de uma cognição histórica, já que o fator temporal é inerente ao Dasein.

Realizar uma destruição fenomenológica significa haver uma apropriação crítica e transformadora dos conceitos, problemas e procedimentos da filosofia tradicional. Tal não significa simplesmente buscar um ponto de partida livre de qualquer preconceção. Principalmente porque, como alerta Gadamer,²¹⁷

O encobrimento acontece em toda auto-interpretação do *ser-aí*. Todo o *ser-aí* compreende-se a partir de seu mundo circundante e de sua vida cotidiana, articulando-se na forma linguística em que se movimenta. Nessa medida, sempre há encobrimentos por toda parte – e sempre há também destruição de encobrimentos.

De fato, a própria linguagem já demonstra que o significado somente se dá a partir de um contexto linguístico determinado conforme a situação concreta em que o discurso se realiza, portanto, há uma tendência natural ao encobrimento – situação que deve ser considerada pelo intérprete – como responsável por compreensão hermenêutica adequada.

A ideia mesma de se buscar um procedimento que busque um fundamento que fundamente a si mesmo, tal qual ocorreu no projeto cartesiano e mesmo no projeto husserliano, é algo que obnubila os sentidos, pois ignora o mundo da experiência que é o palco do desenvolvimento do homem, donde tudo brota e se potencializa para o mundo.²¹⁸

Na verdade, o caminho genuíno para a investigação filosófica consiste em assumir a situação concreta da vida fática, considerando-se a condição histórica e as preconceções a ela inerentes, pois filosofar na concepção heideggeriana nada tem a ver com deduzir definições gerais, mas consiste num elemento da experiência da vida fática. Como deduzido por Heidegger,²¹⁹

²¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 100.

²¹⁸ “A hermenêutica não é um modo artificialmente concebido de análise que é importa ao ser-aí e perseguido por curiosidade. Se considerado a partir da própria facticidade, deve-se determinar *quando* e *em que medida* ela solicita a interpretação proposta. Assim, pois, a relação entre hermenêutica e facticidade não é a que se dá entre a apreensão da objetualidade e a objetualidade apreendida, à qual aquela somente teria de ajustar-se, mas o interpretar mesmo é um como possível distintivo do caráter ontológico da facticidade. A interpretação é algo cujo ser é o ser da própria vida fática. Se chamarmos, mesmo que impropriamente, a facticidade como a ‘objetualidade’ da hermenêutica (como as plantas são objetualidade da botânica), diremos que esta, a hermenêutica, encontra-se em sua própria objetualidade (ou seja, como se as plantas, o que são e como são, fossem *a* botânica).” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ontologia: Hermenêutica da faticidade**. Tradução de Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012b, p. 21-22, grifo do autor.

²¹⁹ HEIDEGGER, Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010a, p. 16, grifo do autor.

A experiência da vida é mais do que a mera experiência de tomada de conhecimento. Ela significa a plena colocação ativa e passiva do homem no mundo: vemos a experiência fática da vida apenas segundo a direção do comportamento que experimenta. Assim, definimos o que é experimentado – o vivido – enquanto ‘mundo’, não como ‘objeto’. ‘Mundo’ [*Welt*] é algo no qual se pode *viver* (num objeto não é possível viver).

Resta nítido que a proposta heideggeriana não visa restringir a Filosofia à experiência no sentido das experiências empíricas. A relação da Filosofia com a experiência da vida fática, na verdade, aponta para ‘o desvanecimento da significação’, ou seja, constante renovação dos significados que estão em questão para a investigação filosófica.²²⁰

A experiência da vida fática concentra-se especificamente no *conteúdo*, já pressupondo o seu *como* ou o seu caráter de *significância* (*Bedeutsamkeit*), porém, sem definições realistas ou idealistas, porque, se assim for, estar-se-á operando a retirada do mundo circundante. Portanto, Heidegger²²¹ alerta ao dizer que

O importante é que a experiência fática da vida se torne *acessível*. Pode-se apenas caracterizar o jeito e a maneira, ou seja, o *como* [*Wie*] do experimentar de cada mundo. Isso significa que é possível perguntar pelo *sentido de referência* [*Bezugssinn*] da experiência fática da vida.

Segundo Heidegger²²², a proposta metodológica para lidar com a vida fática envolve a análise indicativo-formal a partir do *conteúdo*, *relação* e *realização* da experiência da vida fática. Ainda que a filosofia e as ciências mantenham uma relação diversa com as experiências concretas, ambas têm em comum o fato de se relacionarem, cada uma à sua maneira, com a vida fática. A análise indicativo-formal, portanto, diz respeito com o modo de ser do objeto (*conteúdo*), ao modo de apreensão do objeto pelo sujeito (*relação*) e a situação concreta em que se dá a apreensão do objeto pelo sujeito (*realização*).

Também, no contexto do procedimento denominado de destruição fenomenológica, impõe-se estar ciente da dificuldade existente para lidar com duas posições antagônicas. A primeira delas caracterizada pelo racionalismo *a priori* e a segunda decorrente da contingência do saber histórico.

²²⁰ Somente ao assumir e tomar as significações a partir das experiências concretas – remetendo os conteúdos uns aos outros – é que podemos estar de posse do significado mais adequado para uma questão específica, significando esse que levará em conta suas pressuposições e seu contexto histórico.

²²¹ HEIDEGGER. Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010a, p. 16, grifo do autor.

²²² HEIDEGGER. Martin. op. cit.

Na verdade, a história pode ter várias significações, mas a significação que mais importa nessa análise é a da história como passado (enquanto fatos ocorridos). Esse sentido de história realiza-se em um *Dasein* concreto, possibilitando espaço à significatividade do seu mundo-próprio. O modo de realização permite ligar os fatos ao *Dasein*, necessitando de uma reavaliação constante por parte daquele que experienciou-os.

Integra a própria característica do sentido que ele necessite de uma constante atualização de sua realização, pois a história do *Dasein* concreto não é uma esfera estática que se fechou em algo como um “passado”: uma vez que a vida ocorre no tempo e o próprio passado está em constante transformação e ressignificação.

Assim, é justamente por seguir a metodologia das indicações formais que a investigação heideggeriana procura definir seus termos a partir do ponto de partida do concreto e do fático. Dirigir-se tendo em vista o *conteúdo*, a *relação* e a *realização* – todos com respeito ao *Dasein* concreto – permite a análise dos termos investigados.

A preocupação heideggeriana se relaciona com *queda* que proporciona o desvio da relação cotidiana com os fenômenos, sempre com uma tendência à objetificação dos sentidos, como se verifica na primeira preleção friburguense do semestre de inverno de 1920/1921, denominada de *Introdução à Fenomenologia da Religião*.

Na tarefa da fenomenologia a determinação ontológico-formal prejudica algo? Poder-se-ia dizer que uma determinação ontológico-formal não diz nada sobre o ‘que’[*Was*] daquilo que determina e, portanto, não prejudica nada. Porém, por ser a determinação formal totalmente diferente quanto ao conteúdo, é fatal para a parte da referência e da realização do fenômeno, já que prescreve em sentido referencial teórico ou ao menos o inclui em sua prescrição. Ela encobre o que é relativo à *realização* – o que é mais fatal ainda – e se dirige unilateralmente ao *conteúdo*. Uma olhada para a história mostra que a determinação formal do objetual domina plenamente a filosofia. Como se pode prevenir esse prejulgamento? [...]. No ‘indício formal’ não se trata, pelo contrário, de uma ordem. Nele se mantém distante de toda inserção, deixa tudo colocado aí. O índice formal só tem sentido em relação com a explicação fenomenológica. [...]. É justamente isso que se alcança mediante o índice formal. Este possui o significado da *colocação* da *explicação fenomenológica*.²²³

A constante ressignificação assume, portanto, uma das características fundamentais do método heideggeriano. Segue a indicação aparentemente vaga apontada pelo significado que o conceito tem para todos e, através da própria análise, é possível avaliar se esse

²²³ HEIDEGGER. Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010a, p. 59, grifo do autor.

significado é correto ou não, se deve ou não ser modificado. Ao proceder dessa maneira, prescinde fixar os conceitos rigidamente e obter um aparato conceitual que está de acordo com a temporalidade da história, na medida em que pode transformar-se ao ser apropriado pelo *Dasein*.

Portanto, o tempo não pode ser concebido ou identificado como algo teórico, já que o sentido da temporalidade deve ser conquistado na vida fática, devidamente caracterizado e indiciado historicamente. Como adverte Heidegger,²²⁴ “o problema do tempo deve ser compreendido da maneira como experimentamos originariamente a temporalidade na experiência fática – totalmente abstraída de toda consciência e tempos puros”.

Heidegger aponta para o sentido da história – história como a totalidade objetiva do passado –, ou seja, a origem mesma do problema do *a priori*, pois a história possui a totalidade passível de caracterizações gerais e absolutas, apreensíveis teoricamente, dando origem ao confronto com a suposta contingência da condição fática. Se se parte do caráter indicativo-formal, isto é, baseado na vida fática do *Dasein* concreto, então o próprio *a priori* deverá ser extraído da análise do *Dasein* histórico e temporal.

De outro lado, surge uma segunda dificuldade. Como a vida enquanto experiência viva é racionalmente acessível para um tratamento filosófico? Heidegger afirma, assim como na apreensão dos conceitos históricos, que o modo de proceder é novamente a destruição [fenomenológica], guiada pela mesma preconcepção [do mundo-próprio concreto]. E que, ao procurar seguir a tendência filosófica de seus contemporâneos, lidará com questões em torno da relação entre Psicologia e Filosofia, tanto para definir o modo como se deve entender o “irracional”, como para determinar mais claramente os limites entre as duas áreas de conhecimento.

A ambiguidade, portanto, é o que norteia as questões da experiência cotidiana do mundo da vida, característica aparentemente vaga e complexa, pois envolve sempre uma relação com o sujeito ou consciência que vivencia as experiências. Sobretudo, a ambiguidade e a complexidade não são compatíveis com verdades absolutas ou axiomas, daí a valiosa contribuição dos indícios formais que pretende coibir exatamente o fechamento interpretativo.

²²⁴ HEIDEGGER. Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010a, p. 60.

2.10 POR QUE PENSAR O SENTIDO DAS COISAS (NO DIREITO) É UMA ATITUDE ÉTICO-MORAL?

Como se definiu desde o início dessa tese, a designação da palavra *moral* acredita-se estar relacionada a um contexto de significabilidade que, desde sempre, está presente no contexto de aplicação do Direito. Ideia diametralmente oposta à designação moral (prática) passível de adjudicação interpretativa recorrente do predomínio da subjetividade.

A *moralidade jurídica* referida tem relação íntima com responsabilidade, decorre do compromisso que todas as pessoas têm de levar a sério o ato interpretativo, de modo a valorizar o compromisso democrático sem cair em arbitrariedades. Também pode ser relacionada ao *cuidado*, como característica humana, decorrente da própria relação que o homem tem consigo mesmo e com os outros. Nisso, é possível registrar a contribuição de François Julian²²⁵ em relação à humanidade e à solidariedade

Que todos os seres que existem fora de mim encontram-se também implicados em mim, que me encontro pois implicitamente implicado neles, isto basta para pensar o humano: a moral consistirá simplesmente em desenvolver por meio de minha conduta esta implicação inicial, em tornar explícita em minha existência a integração que está no princípio da vida; mostrar-se humano, como se deve ser, é tornar efetiva em torno de mim esta sensibilidade aos outros – que é virtual em mim.

Julian amplia o debate em torno da moral sustentando existir um fenômeno (força) de significação das coisas que determina rumos que devem ser tomados, isto é, determinam o fundamento das coisas. Portanto, na medida em que se reconhece, a esse fenômeno, autonomia suficiente para determinar atos interpretativos, a sua importância deve ser debatida e enfrentada.

É necessário estar atento à experiência herdada histórica, social e culturalmente para integrar qualquer processo interpretativo, mesmo porque é na tradição que se concretizam os valores éticos e morais de um grupo social. Entretanto, constitui-se tarefa perigosa utilizar pré-juízos de forma geral e indiscriminada, ou seja, sem suspendê-los frente ao que Gadamer denominou de “fusão de horizontes”, interrogando o pressuposto interpretativo frente à situação concreta.

²²⁵ JULIAN, François. **Fundar a Moral**: Diálogo de Mêncio com um filósofo das Luzes. Tradução de Maria das Graças de Souza. São Paulo: Discurso Editorial, 2001, p. 95.

Como consciência do tempo, a consciência histórica é o tempo de acolhimento de heranças do passado e da abertura para as incertezas do futuro. A historicidade da compreensão, portanto, é uma concepção complexa derivada de, pelos menos, duas premissas fundamentais: singularidade histórica; e a consideração da localidade dos compromissos epistêmicos e práticos (contexto de significatividade).

Nesse aspecto, Gadamer²²⁶ comenta a relação da aplicação do Direito com as modificações sociais e históricas, dizendo

Um positivismo legal que quisesse reduzir toda a realidade jurídica ao direito positivo e sua aplicação correta dificilmente encontraria hoje alguém que o adotasse. A distância existente entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta, no caso particular, é insuperável por essência. Também, não parece ser suficiente pensar à maneira de uma dogmática ideal, segundo a qual a força produtora de direito inerente ao caso particular seria predeterminada logicamente, no sentido de que fosse possível imaginar uma dogmática que pudesse conter, pelo menos potencialmente, todas as verdades jurídicas geralmente possíveis dentro de um sistema coerente.

A posição do intérprete não é fixa, não há posição neutra, pois, a interrogação ou o entendimento acontece na linguagem,²²⁷ já que o local de interpretação é por si só o efeito do passado sobre o presente (consciência histórica efetual). A soberania do sujeito é fictícia, pois o intérprete é pouco mais que o efeito da tradição ao invés de sujeito controlador. Quando alguém lê um texto, o horizonte do texto se funde 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).

Nesse contexto, faz-se necessário uma constante indagação sobre qual o papel do Direito no enfrentamento de questões de alta indagação para a sociedade como a preservação do Estado Democrático de Direito. O Direito dissociado da moral tende a não dar conta do seu papel, que é mínimo, pois, na medida em que o paradigma social se volta para o agir responsável e para a ética do cuidado, a tradicional tensão do cidadão com o

²²⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: Complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 465-466.

²²⁷ “Pensando o sentido da linguagem como linguagem, temos de renunciar aos procedimentos de há muito habituais de se considerar a linguagem. Não podemos mais considerar a linguagem segundo as representações tradicionais de energia, atividade, trabalho, força do espírito, visão de mundo, expressão, pelos quais assumimos a linguagem como um caso particular de algo universal. Ao invés de esclarecer a linguagem como isso ou aquilo e assim fugirmos da linguagem, o caminho para a linguagem deve permitir a experiência da linguagem como a linguagem. Ao discutir a essência da linguagem, agarra-se a linguagem num conceito, mas o que a agarra é um outro elemento e não a linguagem ela mesma. Quando, porém, se atenta à linguagem como a linguagem, a linguagem nos obriga a trazer, para a linguagem como linguagem, o que pertence à linguagem.” Cf. HEIDEGGER, Martin. **A Caminho da Linguagem**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback, 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2011b, p. 199.

dever ser se atenua no desenvolvimento do sentimento da alteridade, que não se resume tão-somente em colocar-se no lugar do outro, mas, principalmente, em estar ciente de que todos os atos comissivos ou omissivos terão algum reflexo no mundo.

A moral possui ligação estreita com o Direito e é isto que se sustenta nessa tese, embora se respeite opiniões contrárias. O agir moral, por princípio, utilizando-se do termo kantiano, impede, suprimindo-se o subjetivismo, que se diga qualquer coisa sobre qualquer coisa, pois, desde já, pressupõe uma carga de significabilidade que não pode ser desconsiderada ou contrariada.

O agir moral não admite, por exemplo, que o intérprete não tenha compromisso com o agir responsável, impossibilitando que sequer se pergunte acerca de tal encargo. O ponto, pertinente é a passagem bíblica, na qual Caim é questionado sobre o paradeiro de seu irmão Abel.²²⁸

Não é por acaso que todos são responsáveis (guardiões) por seus irmãos. E se permanece uma pessoa moral enquanto não se pergunta por uma razão especial para sê-lo. Ora, o bem-estar do meu irmão depende do que eu faço ou do que deixo de fazer. A moralidade se relaciona com a assunção e com o reconhecimento dessa dependência, aceitando o encargo e a responsabilidade que lhe é inerente, ou seja, bastando que se viva em comunidade.²²⁹

A expressão “guardião de meu irmão” se relaciona com toda a ação ou omissão que de alguma forma interfira na melhoria das condições de vida das pessoas, seja pelo zelo e pelo cuidado que se deve ter com o erário, com o cumprimento das obrigações de caráter coletivo, com respeito à lei (Constituição), preservação do meio-ambiente, desenvolvimento sustentável, etc.

A metáfora utilizada no trecho bíblico do diálogo de Deus com Caim retrata a própria relação do homem com questões de grande indagação coletiva ou social, como o próprio Estado de bem-estar social, cada vez mais fragilizado.²³⁰ A moralidade é co-originária do Direito e, como não poderia deixar de ser, na lição de Streck,²³¹ é “determinante para o constitucionalismo”, como um dos principais elementos para um modelo de Estado democraticamente ético.

²²⁸ “Em passagem bíblica, Deus perguntou a Caim onde estava Abel, Caim replicou, zangado, com outra pergunta: ‘sou por acaso o guardião do meu irmão?’” Cf. BAUMAN, **A Sociedade Individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Tradução José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 96

²²⁹ BAUMAN, Zygmunt. op. cit., p. 96

²³⁰ Ver: BAUMAN, Zygmunt. op. cit., p. 109.

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b, p. 114.

Também, o tema central de abordagem permeia todo o contexto de formação legislativa (Teoria da Legislação)²³² e aplicação (Teoria da Decisão Judicial),²³³ principalmente porque a moral, como já referido, é co-originária do Direito. Portanto, o Direito precisa se conformar com *A Força Normativa da Constituição*,²³⁴ assim como, manter a *coerência* e a *integridade*,²³⁵ pois se constituem posturas éticas necessárias para qualquer Estado que se anuncia como democrático. Veja-se que o grau de democracia de uma nação pode ser quantificado pelo nível de autonomia da Constituição frente aos atos de governo, principalmente pelo controle de constitucionalidade e pela sua capacidade e efetividade normativa, totalmente incompatível com normas programáticas.

Na verdade, o que é importante frisar em relação ao papel do Direito na sociedade e do seu maior alcance em efetividade e implementação de um ideal de justiça é que se concentra na Constituição o elemento moralizador capaz de garantir estabilidade e legitimidade democrática, entretanto, sem deixar de ser contramajoritária, quando assim for necessário, ou seja, diante da ameaça à lesão de direitos fundamentais.

Na linha de Konrad Hesse, é necessário apostar na autonomia da Constituição e na sua força normativa, que contém uma *moralidade jurídica*, por exemplo, impedindo que as normas constitucionais se confundam com normas meramente programáticas, já que o conceito de constitucionalismo atravessou o último milênio e com ele se construiu um

²³² “Por todo es que el vínculo de las dichas racionalidades lingüísticas o jurídico-formales con la racionalidad ética es muy intenso. Y por ello es que la creación dela ley debe fundarse objetivamente, pues hay valores objetivos a los cuales necesariamente el legislador debe remitirse em razón da la tesis de la unidad de valor. Y la ley, por tanto, tendrá como su sostenedor el fundamento moral.” Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de La legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 215.

²³³ “Implica um rigoroso controle das decisões judiciais, porque se trata, fundamentalmente, de uma questão que atinge o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo: a democracia. Se ficarmos a mercê da razão prática para superar o formalismo exegetista, estaremos substituindo o juiz boca-da-lei pelo “proprietário dos sentidos da lei”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b, p. 328.

²³⁴ “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.” Cf. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 14-15, grifo do autor.

²³⁵ “Uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove a autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. [...] A integridade protege contra a parcialidade, a fraude e outras formas de corrupção oficial, por exemplo.” Cf. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 228.

sentido moral (de efetividade) ao longo de toda a história de conquistas de direitos.²³⁶ Ora, apostar na Constituição é reafirmar os princípios basilares da sociedade, sem medo de que o fundamento principal a ser zelado possa ser fragilizado ou corrompido por outros protagonistas sociais, tais como a economia (utilitarismo) e a política.

Embora haja divergência a respeito, é possível afirmar a existência de uma preocupação ético-fenomenológica na obra heideggeriana, principalmente em *Ser e Tempo*. Heidegger se detém no *ethos* como o lugar do morar humano em meio aos entes. Daí a necessidade de repensar a moral frente ao decisionismo, caminhando em direção à restauração do conceito de justiça. Falar em justiça significa valorizar a democracia sem deixar que o arbítrio se instaure como praxe forense, isto é, infirmar o devido processo legal de forma intersubjetiva, coerente e responsável.

Para Heidegger, trabalhar com um modelo interpretativo hermenêutico-existencial, isto é, valorizando a faticidade e em constante indagação a respeito do sentido do ser das coisas se revela uma atitude responsável e, portanto, moral. Embora alguns possam afirmar que a filosofia heideggeriana é alheia à política, ao direito etc., tal afirmação não se sustenta em face da precedência ontológica fundamental que há entre a Filosofia e qualquer prática humana. Miguel de Beistegui²³⁷ sintetiza a incindibilidade da Filosofia, afirmando que

No es sólo una cuestión de ser indiferente a la política, dado que la precede desde el punto de vista ontológico. La precedencia ontológica de la filosofía a la política, el orden de fundamentación que existe entre ambas, es quizá lo que se encuentre en la fuente misma de la política, en esencia ambigua e incluso doble, de Heidegger.

Ao contrário da tentativa de teorização do mundo da vida, bastante clara no contexto racionalista e matematizante predominante na metafísica, Heidegger projeta o existir humano a partir da finitude do horizonte temporal. Como Ressalta Zeljko Loparic,²³⁸ “O estar-aí vale, diz Heidegger, ‘como um ente de que a gente deve se ocupar no sentido de *realizar* valores ou de cumprir normas’. (1927, p. 293). Agir moralmente significa tornar presente um predicado ou um estado de coisas”.

²³⁶ “O constitucionalismo, pelas suas características contratualistas, vai se firmar como uma teoria que tem a Constituição como lei fundamental apta a limitar o poder, mas, mais do que isso, limitar o poder em benefício de direitos, os quais, conforme a evolução histórica, vão se construindo no engate das lutas políticas (direitos de primeira, segunda e terceira dimensões, que demonstram as diversas fases pelas quais passou o Estado de Direito a partir da revolução francesa até os dias atuais).” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b, p. 349.

²³⁷ BEISTEGUI, Miguel de. **Heidegger y lo Político**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2013, p. 38.

²³⁸ LOPARIC, Zeljko. **Ética e Finitude**. São Paulo: EDUC, 1995, p. 53, grifo do autor.

O problema está na questão do pensar representacional capaz de encobrir o existir humano, pois, para Heidegger o agir moral se distingue do agir causal, direcionado especificamente para algo. Na verdade, o agir moral heideggeriano se distingue pelo cuidado, pela responsabilidade e, principalmente, pela valorização da tradição histórica no exercício interpretativo. Loparic²³⁹ refere, dizendo

Heidegger não deixa dúvida: para ele, em *Ser e Tempo*, o agir moral, prescrito pela ética tradicional, é um agir causal, isto é, do mesmo tipo do agir técnico. Temos aqui uma das razões por que Heidegger evita usar o termo ‘ação’ e o substitui por ‘ocupação preocupada’, expressão que designa o atuar humano livre do princípio da causalidade. De nada adianta objetar, com Habermas, que as regras do agir moral são dadas pela razão prática e não pela instrumental. Heidegger responderá que, desde Kant, o tipo das leis morais é o mesmo que o das leis da natureza; que a razão instrumental e a razão prática são, no essencial, a mesma razão, definida pela obediência ao princípio de fundamento. A assim chamada ‘razão ampliada’, constituída pelo distanciamento ‘crítico’ do saber meramente estratégico e explicitada por procedimentos comunitários em situações livres de dominação, a partir de contexto do mundo da vida, é tão presentificante quanto a ‘razão mutilada’ dos positivistas. Ambas operam com o ente entendido no horizonte da metafísica da presentidade, acessível unicamente na representação. Uma ética que conseguisse explicitar, representar, ‘máximas univocamente calculáveis’ da ação, encobriria, da mesma maneira como o faz a técnica, a acontecência do agir humano no sentido próprio (1927, p. 294).

Portanto, a filosofia heideggeriana aponta para uma ética, ao contrário do que muitos poderiam dizer, pois alerta para o *ter-que-ser* (*Zu-sein-haben*), “Eu sou”, em *Ser e Tempo*, quer dizer “eu estou habitando”, “eu estou morando” um mundo que eu mesmo abro e projeto.

O agir, portanto, não significa produzir efeitos, mas, ao contrário, pressupõe deixar surgir o ente causal na situação concreta (*Augenblick*), implementar sentidos impulsionado pela culpa do não ser. Somente o agir não causal e despreocupado com o resultado torna o homem responsável (*verantwortlich*). Responsável, diz Loparic,²⁴⁰

No sentido de ser, ele mesmo, a ‘condição de possibilidade’ do ‘moralmente’ bom e mau, isto é, ‘da moralidade em geral e das suas formulações facticamente possíveis’ (p. 286). A moralidade não pode, portanto, determinar o ser culpado, porquanto ela mesma o pressupõe. O homem existe culpado antes de existirem as normas, antes mesmo de ter feito qualquer coisa.

²³⁹ LOPARIC, Zeljko. *Ética e Finitude*. São Paulo: EDUC, 1995, p. 54-55, grifo do autor.

²⁴⁰ LOPARIC, Zeljko. op. cit., p. 62

A relação de estar-em-débito e o dever moral não significa obrigação de pagar uma dívida. Na verdade, o reconhecimento do débito é condição de possibilidade para que todo o agir humano interpretativo possa ser descrito como um agir moral. Somente haverá responsabilidade do intérprete na medida em que considerar o peso da tradição, relação metafórica de uma dívida que não precisa ser paga, mas que não pode ser desprezada.

3 AS INDICAÇÕES FORMAIS E O MÉTODO HERMENÊUTICO

A partir do método das indicações formais, como conceito básico exclusivamente referencial, Heidegger visa livrar a Filosofia da tradição metafísica baseada na generalização.²⁴¹ E, tal é percebido, também, como uma possibilidade de contornar o problema interpretativo filiado à filosofia da consciência.

Logicamente que, quando se fala em filosofia da consciência, a preocupação principal que se levanta tem a ver com a qualidade das decisões, ou seja, se ela é fruto dialógico das relações com o mundo ou se ela reproduz exclusivamente a vontade manifesta do intérprete, a partir da sua visão própria.

Esse é um problema para o Direito (a discricionariedade do intérprete), pois a jurisdição se exaure no momento da decisão. Não é demais lembrar que a decisão jurisdicional só se legitima dentro de uma dinâmica democrática e principiológica que não se ajusta à parcialidade ou ao interesse do juiz no conteúdo da decisão.

Quando se fala em jurisdição, está se falando na atuação do Estado na composição de litígios, dando o nítido sentido de que não é dado às pessoas obterem, por força própria, o bem da vida pretendido (vedação da autotutela, permitida tão-somente em casos excepcionais).²⁴² Ora, a jurisdição tem o sentido próprio do poder do Estado (Poder Judiciário) como o único legitimado a resolver os litígios sociais (princípio do juiz natural e princípio da investidura), ou seja, trazer a paz social ao enfrentar a lide posta (princípio da inércia), independentemente de qualquer interferência externa ao Direito (princípio da independência).

Portanto, não é dado ao juiz, sob pena de nulidade, possuir qualquer interesse pessoal no litígio (princípio da imparcialidade), muito menos alegar desconhecimento da lei²⁴³ ou inviabilizar ao cidadão o adequado acesso à jurisdição (princípio da

²⁴¹ “Na essência, a generalização move-se numa esfera de determinação material de tal extensão que esse movimento acontece na prefiguração dessa materialidade, do início ao fim”. Cf. MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 37.

²⁴² Direito de retenção (1.219, CCB); defesa da posse (art. 1.210 CCB); cortes de árvores (1.283, CCB), etc. BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 mar. 2016.

²⁴³ Vedação do *non liquet*, art. 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Cf. BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 mar. 2016.

inafastabilidade do controle jurisdicional e princípio da indeclinabilidade), nos moldes do que dispõe o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República.

Nesse sentido, não paira dúvida de que há um direito fundamental à prestação jurisdicional adequada, e tal passa pela aplicação das disposições constitucionais de amplo acesso à justiça e, principalmente, pela atuação imparcial do Estado-Juiz.

A abordagem do processo, como instrumento da cidadania e do Estado Democrático de Direito, não deve ser confundida com a repriminção de teorias instrumentais de natureza realista e subjetivista incompatíveis com a democracia, como há muito sustenta Lenio Streck.²⁴⁴

Portanto, não pode haver uma colagem artificializada de fundamento (como se houvesse um conjunto de fundamentos para lançar mão no ato de julgar), pois imprescindível ao ato judicial é a contextualização do caso concreto às regras do jogo, ou seja, deixar que o texto nos diga algo enquanto algo. Como ensina Gadamer,²⁴⁵

A través da interpretação o texto deve vir à fala. Mas nenhum texto e nenhum livro falam se não falarem a linguagem que alcance o outro. Assim, a interpretação deve encontrar a linguagem correta se quiser fazer com que o texto realmente fale. Por isso, não pode haver uma interpretação correta ‘em si’, justamente porque em cada uma está em questão o próprio texto.

Daí a crítica de Streck,²⁴⁶ ao que denominou de NCD (Nova Crítica do Direito),²⁴⁷ onde denuncia, dentre outras coisas, a prática de fundamentação de decisões em precedentes pouco ou nada aplicáveis ao caso, como se verifica na seguinte passagem:

²⁴⁴ “No âmbito do processo civil, por exemplo, temos uma explicação privilegiada de como essa mescla acrílica de tradições pode levar a resultados perigosos para formatação de nossa arquitetura democrática. Com efeito, o predomínio das vertentes instrumentalistas do processo no campo da teoria processual produziu um tipo intrigante de sincretismo de tradições. A ideia de que o processo é um instrumento teleológico cujo fim é determinado a partir de escopos políticos, sociais e jurídicos encarrega a jurisdição de – solipsisticamente – levá-los à realização. Há algo de intrigante nisso, uma vez que, pela lente da referida corrente teórica, o processo não é um fim em si mesmo, mas apenas um meio para a realização plena do direito material. Ocorre que, quem realiza plenamente o direito material é o juiz, considerado pelos instrumentalistas como “o canal de captação e tradução dos valores que a sociedade em seu tempo produz”. Dizem eles que isso deve ser assim porque “o processo não pode retroceder em sua cientificidade”. Ainda para essa corrente, o processo não pode voltar ao sincretismo metodológico que o caracterizava em sua primeira fase, nos albos da pandectística germânica, mas deve ser o processo público que tem lugar com o Estado Social.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

²⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 514.

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012c, p. 422.

²⁴⁷ A obra de Lenio Streck se distingue no Direito brasileiro pela importante transposição que realiza da hermenêutica filosófica (Gadamer) e da filosofia hermenêutica (Heidegger) para o Direito.

[...] a fundamentação de decisões (pareceres, acórdãos, etc.) a partir de ementas jurisprudenciais sem contexto e verbetes proto-lexicográficos apenas reafirma o caráter positivista da interpretação jurídica, pois esconde a singularidade dos ‘casos concretos’; [...].

O processo filosófico tradicional influencia sobremaneira o contexto de atuação jurisdicional do mundo do Direito. A herança filosófica produz consequências bastante contundentes no campo interpretativo-semântico, principalmente em relação à aplicação, conforme denuncia Streck.²⁴⁸ Daí a pertinência do debate em torno do problema interpretativo-semântico do Direito e a questão da co-originariedade com a moral, a partir dos indícios formais pensados por Heidegger, com um critério filosófico suficiente (antídoto) a evitar o processo de assujeitamento do sentido das coisas.

Em face da relação da questão interpretativa com o método dos indícios formais heideggeriano, faz-se necessário, portanto, buscar a significação da palavra decisão. Na definição dos verbetes *decisão*, *resolução* e o *instante* (*Schliessen*), Inwood²⁴⁹ conclui como

Fechar, cerrar, trancar, etc. e também ‘inferir’, ‘concluir’, i.e., ligar em pensamento algo que o precede. O prefixo *enti* indica oposição ou separação. Assim, *entschliessen* significava originariamente ‘abrir, destrancar. [...] Heidegger associa decisão a ser descoberto: ‘De-cisão’ [*Entschlossenheit*] é um modo privilegiado de abertura de Dasein (ST, 297).

A palavra *decisão* (De-cisão), portanto, pressupõe o sentido de abrir e desvelar, não sendo incorreto associar essa expressão, também, ao fechamento ou velamento. Esse talvez seja o ponto de toque dos indícios formais com qualquer ato decisório, o qual pressupõe uma interpretação.

²⁴⁸ Daí a necessidade da elaboração de uma crítica à hermenêutica jurídica tradicional – ainda (fortemente) assentada nesses dois paradigmas filosóficos (metafísica clássica e filosofia da consciência) – através da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), “onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido. Por isso, o processo de produção do sentido (daquilo que é sentido/pensado/apreendido pelo sujeito) do discurso jurídico, sua circulação e seu consumo não podem ser guardados sob um hermético segredo, como se sua *holding* fosse uma abadia do medievo. Isto porque o que rege o processo de interpretação dos textos legais são as suas condições de produção, as quais, devidamente difusas e oculta(*da*)s, ‘aparecem’ como se fossem provenientes de um ‘lugar virtual’, ou de um ‘lugar fundamental’. Esse é o problema fulcral da dogmática jurídica e que procuro desmi(s)tificar ao longo destes anos. Ora, as palavras da lei não são unívocas; são, sim, plurívocas, questão que o próprio Kelsen já detectara de há muito. Mas isso não significa que o processo hermenêutico admita discricionariedades e decisionismos.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012c, p. 19, grifo do autor.

²⁴⁹ INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 33, grifo do autor.

Na verdade, Inwood foi buscar na definição heideggeriana, de diferença ontológica, as duas faces de uma mesma moeda. O ato decisório compreende dois caminhos: o fechamento e a abertura, cujo desdobramento dependerá do caso concreto. E como tal, só se torna possível a partir do método dos indícios formais, pois como ressalta Torres Machado,
250

O indício formal utilizado pelo filósofo na década de 20 é uma desconstrução do olhar objetivador da tradição metafísica, e a tentativa de abordar o 'como', o operar do *Dasein* em direção ao assunto, em direção ao questionamento sobre o sentido do ser.

Nesse aspecto, há e sempre haverá uma imbricação dos conceitos, o sentido e a relação deles com o tempo. Daí a importância dos indícios formais pensados por Heidegger como um método adequado e prévio a todo intento interpretativo.

Como se verifica em *Ser e Tempo*, o *Dasein* é temporal e, portanto, não está simplesmente absorto no presente, já que o ser autêntico é capaz de reproduzir o passado fundindo-o com o presente e, assim, contribuir para a construção do futuro. Como refere Heidegger,²⁵¹

A cotidianidade se desvenda como *modus* da temporalidade, pois, através dessa repetição da análise-fundamental preparatória do *Dasein*, o próprio fenômeno da temporalidade se torna ao mesmo tempo transparente. A partir dela se pode entender, então, por que o *Dasein* é e pode ser histórico no fundamento do seu ser e por que, *como histórico*, ele pode desenvolver conhecimento-histórico.

A própria interpretação realizada pelo senso comum tende a atravessar o sentido dos conceitos de forma equivocada. A abordagem heideggeriana da morte (adiantar-se à morte), por exemplo, ao contrário de episódios físicos, consiste em realização, vigorosas ações, decidir e engajar-se em resolver deliberações pendentes. Aliás, uma pessoa não precisa ser obcecada pela morte para não querer, por exemplo, adiar seus exames de saúde por dez anos. Daí a importância do tempo em qualquer ação decisória.

Nesse aspecto, Inwood²⁵² comenta

²⁵⁰ MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem**: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 235, grifo do autor.

²⁵¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 649, grifo do autor.

²⁵² INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 34.

Resoluções frequentes, deliberações ansiosas e atos vigorosos não são garantia de uma conduta de-cidida e coerente, guiada pela concepção de que tipo de pessoa se é e de como sua vida deveria seguir. Isto requer um certo desapego do presente imediato. Se uma pessoa se concentra exclusivamente no presente, provavelmente não verá razão alguma para votar nas eleições ou para sair das festas na hora certa. Há invariavelmente maneiras mais vantajosas de preencher o tempo que se leva votar; raramente faz diferença se saio da festa agora ou se fico mais dez minutos. Já que tais conceitos não podem ser adequadamente especificados em função de episódios atuais ou estado de coisas, Heidegger fala de suas próprias explicações como uma ‘indicação formal’ [*formale Anzeige*]. Elas não transmitem explicitamente o que é a de-cisão, assim como o que é caminhar não se deixa transmitir adequadamente quando se explica que se coloca um pé na frente do outro de modo que ambos os pés nunca estejam simultaneamente fora do chão. Heidegger pode nos apontar a direção da de-cisão, mas nós só podemos descobrir o que ela é ao nos tornarmos decididos.

Assim, já se mostra possível verificar o contexto que motivou Heidegger a buscar o caminho metodológico das indicações formais: i) o problema da entificação ou positivação analítica; ii) a questão da subjetividade como *locus* interpretativo.

Diante desse quadro, erige a necessidade de se tratar da filosofia da vida fática, ocorrida num fluxo temporal contínuo que integra qualquer processo interpretativo. Heidegger identifica que a filosofia tradicional já há muito havia abdicado da fenomenologia como base interpretativa, pois apostava na fenomenologia como mera descrição teórica e na objetivação dos procedimentos.

A fenomenologia de Heidegger se tornou independente de Husserl a partir da hermenêutica da faticidade (fenomenologia hermenêutica)²⁵³, ou seja, o cotidiano passa a ser determinante para o ato interpretativo. De qualquer modo, os problemas tradicionais da apreensão da vida fática permaneciam presentes e deveriam ser levados a sério. O primeiro deles se concentrava na supressão da historicidade pelo *a priori*.²⁵⁴ O segundo problema se

²⁵³ “Sob a expressão ‘hermenêutica da facticidade’, Heidegger opõe uma exigência paradoxal à fenomenologia eidética de Husserl e à distinção entre fato e essência, sobre que ela repousa. A facticidade da pre-sença, a existência, que não pode ser fundamentada nem deduzida, deveria representar a base ontológica do questionamento fenomenológico, e não o puro ‘cogito’, como estruturação essencial de uma generalidade típica: uma ideia tanto audaz como difícil de ser cumprida.” Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 341.

²⁵⁴ “Parece-me que no século XX atribui-se ao conceito de historicidade um sentido ontológico semelhante, tanto no primeiro, Heidegger, quanto em Jasper. A historicidade não representa mais uma delimitação restritiva da razão e de seu postulado de verdade, sendo, antes, uma condição positiva para o conhecimento da verdade. Com isso, a argumentação do relativismo histórico perde todo fundamento real. A exigência de um critério de verdade absoluta revela-se como um ídolo metafísico abstrato e perde todo seu significado metodológico. A historicidade deixou de evocar o fantasma do relativismo histórico, contra o qual exortava apaixonadamente o artigo programático de Husserl ‘A filosofia como ciência de rigor’.” Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Tradução Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 5. ed. 2010, p. 125-126.

voltava para o modo de tratamento da experiência concreta pela subjetividade (irracionalismo/solipsismo).

Do ponto de vista ontológico, o problema da Filosofia se concentra em lidar com *entes*, ou seja, tratar das coisas a partir de um sentido previamente compartilhado; do ponto de vista da consciência, há uma aposta na possibilidade de lidar com leis de constituição como fruto da subjetividade, isto é, acreditando-se que a consciência é absoluta e suficiente para “criar” sentidos.²⁵⁵

Sendo assim, os motivos justificadores dos indícios formais nascem da preocupação filosófica em relação ao *modus* característico entificador da filosofia tradicional, notadamente realizada de forma artificial e caudatária de inúmeros déficits interpretativos. Como refere Torres Machado,²⁵⁶

Os indícios formais são importantes na medida em que demarcam uma metodologia diferente da metodologia objetivista, pois eles nunca predeterminam o conteúdo da investigação [...]. Segue esse apontamento, do como, mapa provisório ou ideia que marca um vestígio, como o vento que deixa a marca, persistindo numa espécie de viagem na vizinhança do ser.

No contexto dos indícios formais, identifica-se uma dívida originária do *Dasein*, donde brotam todos os demais conceitos hermenêuticos desenvolvidos nos textos teológicos de Heidegger, tais como angústia, cuidado, autenticidade, finitude e outros.

Na parte inicial da segunda seção de *Ser e Tempo*, mais exatamente no parágrafo 58, Heidegger se refere ao *Dasein* como um ser-para-a-morte. Notadamente que o Filósofo não está se referindo à finitude como algo simplesmente dado (*Vohandenheit*), como os restos de um morto, mas a partir de um indício (formal) de como a morte repercute na existência, ou seja, diante de algo inevitável (morte), toma-se a existência em suas próprias mãos, assumindo a existência e as decisões decorrentes dela, com responsabilidade e autenticidade.

²⁵⁵ “Por que o pensar dos juristas seria diferente do pensar do filósofo? Por que o jurista teria um diferente “acesso” à “realidade”? Vejam-se, por exemplo, algumas questões absolutamente intrigantes: se, no campo da filosofia, já não se acredita em essências, qual é a razão de os juristas continuarem a acreditar na “busca da verdade real”? Ou: se a filosofia da consciência foi contestada e superada pelas diversas correntes linguísticas, por que razão no campo jurídico se continua a apostar na “consciência de si do pensamento pensante”? Cf. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: Decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a, p. 10.

²⁵⁶ MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 235.

No ponto, Machado²⁵⁷ refere como os elementos existenciários (*existenziell*) devem ser considerados a partir de uma estrutura prévia de compreensão, dizendo

Essa estrutura surge a partir de um apelo silencioso da consciência que ocorre no *Dasein* para ele ir ao encontro do seu eu mais próprio (autêntico). A essa autenticidade se opõem às convenções sociais próprias da impessoalidade (*Man*) do dia-a-dia cotidiano. Essa voz silenciosa ocorre em situações-limite em que o *Dasein* se depara com a angústia e o com o tédio profundo. Nessas situações, o *Dasein* deve assumir o seu eu mais próprio (autêntico) diante da inevitabilidade do ser-para-a-morte ou, não aceitando tal inevitabilidade, perder-se no impessoal. Os dois elementos constitutivos do *Dasein*, seu ser-aí enquanto nascimento na existência e a possibilidade da impossibilidade enquanto ser-para-a-morte, não surgem de sua deliberação, mas, no entanto, marcam profundamente todos os atos de deliberação de seu existir.

A proposta fenomenológica dos indícios formais, portanto, necessita ser analisada apresentando-se algumas considerações gerais a respeito da metodologia, bem como apresentar as suas estruturas fundamentais. É possível descrever, em linhas gerais, os seus fundamentos a partir da diferença em relação às noções de generalização e formalização, a partir da descrição de seus três momentos fundamentais (conteúdo, relação e realização) e com a análise de seus três componentes básicos (redução, construção e destruição), o que será objeto de análise a seguir.

3.1 O MÉTODO TRADICIONAL DE ORDENAÇÃO TEÓRICA (FORMALIZAÇÃO E GENERALIZAÇÃO) E OS INDICATIVOS FORMAIS

O método dos indicativos formais tem na sua concepção originária os conceitos husserlianos de *generalização* e de *formalização*. Notadamente que, em Heidegger, a fenomenologia está voltada para a tarefa de lidar com a questão do teórico contraposto com o fluxo contínuo do mundo da vida, ou seja, uma tensão decorrente do próprio fenômeno na temporalidade. Portanto, o conceito de fenomenologia se distancia bastante do conceito husserliano, como se evidencia na seguinte passagem

A fenomenologia pura é, portanto, a doutrina das essências dos ‘fenômenos puros’, dos fenômenos da ‘consciência pura’, de um ‘eu puro’ – isto é, ela

²⁵⁷ MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem**: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 240, grifo do autor.

não se situa no terreno dado pela apercepção transcendental da natureza física e animal.²⁵⁸

Assim, a questão histórica envolvida na experiência da vida fática estará sempre presente, principalmente porque o histórico (passado), igualmente como fluxo contínuo da vida, constitui-se num fenômeno em constante movimento pela característica da temporalidade. A dificuldade de toda teoria sobre a vida concreta concentra-se em grande parte no fato de ela acontecer num fluxo temporal incessante e ser, nesse sentido, marcada pelo fator histórico.

No contexto filosófico profundamente marcado por déficit interpretativo, como afirma Heidegger, é preciso estar ciente de que o sentido usualmente empregado para a historicidade está marcado por generalidade e vagueza, situação que fragiliza o adequado tratamento do sentido das coisas. A determinação da historicidade fica prejudicada exatamente pelo acentuado grau de generalização da filosofia tradicional, a qual se caracteriza por buscar a maior quantidade possível de objetos (entificação), daí a concepção vigente de *ente em geral* como um procedimento filosófico por excelência.

Por força do acentuado grau de generalidade presente, não só na determinação histórica, mas principalmente na filosofia tradicional, Heidegger se volta ao aprofundamento da maneira pela qual a Filosofia partiria para tais generalidades, analisando os procedimentos de generalização e formalização.

Na verdade, generalização e formalização se constituem em maneiras de se ordenar ou classificar objetos a partir do agrupamento deles. Para Heidegger²⁵⁹, generalização [*Generalisierung*] significa

Generalizar [*Verallgemeinerung*] de acordo com o gênero, homens, mulheres, políticos, crianças, limitada em sua realização por um certo domínio material. O grau de generalidade é determinado de acordo com a matéria ou alguma característica em questão.

²⁵⁸ HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento. Seleção e tradução Zeljko Loparic e Andréa Maria Altino de Campos Loparic. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 207.

²⁵⁹ “Supor que há um gênero de entes, como há um gênero de animais, seria como supor que há um gênero de coisas saudáveis, onde ‘coisas saudáveis’ inclui aquilo que possui saúde (p. ex. homens saudáveis), aquilo que manifesta saúde (p. ex. bochechas saudáveis) e aquilo que produz saúde (p. ex. comida saudável). Assim como ‘ser’, ‘saúde’ é demasiadamente equívoca para demarcar um gênero, mas não é qualificada como *transcendens*, pois, ao contrário do ser, não se aplica a tudo (São Tomás sustentou que tudo é verdadeiro ou inteligível, unitário e bom, na medida em que é criado por Deus). Heidegger concorda que o ser é heterogêneo: não podemos dar uma explicação única e inequívoca do ser.” Cf. HEIDEGGER apud INWOOD, **Dicionário Heidegger**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 190.

A generalização se distingue pela sua intensa capacidade progressiva de abstração e abrangência, ou seja, atinge mais os objetos do que as suas características próprias, pois se limita ao conteúdo específico do objeto generalizado, enquanto que a formalização não se prende a essa lógica, ou seja, como afirma Heidegger²⁶⁰

A formalização não está vinculada a um determinado que da objetualidade a ser determinada. [...]. Por formalização, portanto, é preciso entendermos algo distinto: a determinação de algo enquanto objetualidade, ordenação para uma categoria objetual formal a qual, por sua vez, não é originária, mas representa somente a conformação de uma referência.

O formal, como indício de algo, portanto, passa a ser concebido por Heidegger a partir de outra perspectiva, ou seja, sem a rigidez do caráter lógico-formal ou formal-temático. A premissa indicativa passa a conter uma função antipredicativa ou antidogmática. Como ressalta Heidegger,²⁶¹ “A indicação (*Anzeige*) (indicação formal), junto com o *caráter* indicativo, tem em si mesma também um caráter proibitivo (retrativo, impeditivo)”.

Os conceitos filosóficos equiparados a indícios formais têm o seu busílis na referência a alguma coisa, sem que o conteúdo daquilo que foi indicado seja pré-determinado, o que possibilita a atitude interpretativa em constante valorização do que está sendo e como está sendo interpretado (caso concreto, possibilidade de desvelamento do novo e do diferente).

A pretensão de universalidade dos indícios formais autoriza, como método interpretativo, a sua aplicação em qualquer processo dialógico e intersubjetivo, com no Direito. A possibilidade de múltiplas respostas no âmbito jurídico, num mesmo contexto legal, somente acontece em face da diversidade das circunstâncias fáticas que devem ser consideradas na aplicação, principalmente porque a teórica não dá conta do mundo da vida.

Assim, a vontade do intérprete não deve ser o mote da variabilidade das decisões judiciais, que deve ter como fonte o próprio processo complexo e dialógico de *estar-no-mundo*. Nesse contexto, os indícios formais estão para os conceitos filosóficos, assim como as regras jurídicas estão para o Direito, isto é, apenas indicando um caminho ou um norte. Na verdade, o contexto de significabilidade/aplicação de um conceito filosófico/jurídico, se

²⁶⁰ HEIDEGGER, Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010a, p. 57.

²⁶¹ HEIDEGGER, Martin. **Interpretações fenomenológicas sobre Aristóteles**: introdução à pesquisa fenomenológica. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011a, p. 157-158.

dá a partir da tradição histórica confrontada com a situação concreta, cujo resultado interpretativo já foi indicado (formalmente), como um antídoto contra o solipsismo (relativista) e/ou contra o dogmatismo exegético, já que, em alguma medida, ao fim e ao cabo acabam se confundindo, como refere Streck.²⁶²

É possível analisar o contexto de significabilidade a partir de um campo de jogo, onde o ente antecipa o seu futuro. Entretanto, sem poder limitar-se apenas ao presente, e com o cotidiano marcado pela tradição e pela historicidade precisa exatamente operar no espaço transcendental do significar.

Nesse sentido, Torres Machado²⁶³ reafirma que “esse pano de fundo é social e histórico; funciona como o campo de jogo para o jogador ou como a linguagem para o poeta: há regras a seguir, mas as possibilidades de ação são sempre múltiplas”.

Tradicionalmente o interesse da investigação concentra-se naquilo àquilo que o objeto é, mas no modo *como* ele é tomado teoricamente pelo sujeito, o qual mantém uma relação específica com o objeto. O método das indicações formais se propõe a ampliar o foco relacional, não mais limitado ao conteúdo do objeto em questão, demonstrando que o processo filosófico tem sua origem antepredicativa no modo de ser prático do *Dasein*.

O método das indicações formais se propõe a ultrapassar o âmbito da mera classificação teórica de um ente para a análise das experiências concretas que perpassam, inexoravelmente, pela consciência do intérprete. Para que se tenha êxito, faz-se necessário que o intérprete se desprenda de todo o tipo de generalização (vazia de sentido, pois nivela por baixo as coisas), ou seja, se desprenda de uma região material específica, dada de antemão pelo conteúdo dos objetos ordenados.

²⁶² “Paradoxalmente, depois dessa revolução copernicana representada pelo acentuado grau de autonomia do direito conquistado no Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma crescente perda da sua autonomia, que pode ser interpretada simbolicamente, nestes tempos duros de pós-positivismo, a partir das diversas teses que apostam na análise econômica do direito, no interior das quais as regras e os princípios jurídico-constitucionais só têm sentido funcionalmente (essa questão vem conquistando terreno no direito tributário, por exemplo). Ou seja, dentro de uma dimensão absolutamente pragmática, o direito não tem DNA. Para as diversas posturas pragmáticoaxiologistas, também não faz sentido ligar o direito à tradição. Por isso, não se fala em perspectiva interna. Compreendido exogenamente, o direito deve apenas servir para “satisfazer”, de forma utilitária, às necessidades “sociais”. É por isso que o direito é visto essencialmente indeterminado, no que – e essa questão assume relevância no contexto da inefetividade da Constituição brasileira – tais posturas se aproximam, perigosamente, dos diversos matizes positivistas, que continuam a apostar em elevados graus de discricionariedade na interpretação do direito. O que os liga é uma espécie de grau zero de sentido. Trata-se de lidar com a maximização do poder: o princípio que gere as relações institucionais entre a política e o direito é o poder de o dizer em última *ratio*. Em síntese, a velha “vontade do poder” (*Wille zur Macht*) de Nietzsche.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a Letra da Lei é uma Atitude Positivista? *Revista NEJ Eletrônica*, v. 15, n. 1 - p. 158-173, jan./abr., 2010b.

²⁶³ MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem**: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 25.

A formalização, ao contrário, não é determinada por nenhuma região material, ocorre em uma espécie de generalização apenas através do sentido relacional que é estabelecido entre o sujeito e o objeto, de modo que não se prende ao “o que” do objeto, mas sim ao modo (“*como*”) pelo qual o objeto pode ser apreendido. Como afirma Torres Machado,²⁶⁴

Heidegger observa o *Dasein* em seu ser-no-mundo, buscando compreender o operar, o ‘como’ desse *Dasein*. Esse ‘como’ se dá de uma forma *a priori* que ele chama de analítica existencial ou ontologia fundamental.

Diante disso, impõe-se realizar a seguinte indagação: Considerando-se que o “geral” não é a determinação final da Filosofia, até que ponto as indicações formais permitem considerações fenomenológicas que levem a um caminho diferente? Para responder a essa pergunta, no entanto, faz-se necessário analisar de perto o procedimento das indicações formais.

Toda proposta classificatória, seja de generalização como a de formalização, que caracteriza o procedimento típico da filosofia tradicional não dá conta da esfera fundamental do conhecimento e da interpretação da qual deriva toda e qualquer teoria. Heidegger irá afirmar que o método das indicações formais será a alternativa, principalmente porque ele em nada se relaciona com ordenamentos e generalidades. Tanto a generalização como a formalização, classificam os objetos teoricamente e há a pretensão de que os seus procedimentos sejam definitivos e prontos em sua primeira formulação.

A formalização não leva em conta o modo de acesso aos objetos (o *como* hermenêutico), pois não diferencia as várias maneiras de acontecimento do fenômeno da vida em relação a cada indivíduo²⁶⁵ (consciência). A generalização, por sua vez, acaba de vez com as várias determinações que os objetos (entes) podem ter, pois perde de vista o fato de que há vários modos do sujeito se relacionar com os objetos (entes) que integram o mundo.

De modo totalmente diverso, o método das indicações formais não se contenta com a classificação teórica dos objetos, indo em direção a um âmbito mais abrangente de tratamento, o seja, contemplando no procedimento interpretativo algo que jamais deveria ter sido esquecido: a concretude do mundo da vida (*base não-inferencial do*

²⁶⁴ MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem**: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 17.

²⁶⁵ Os conceitos acabam se sobrepondo uns aos outros e as pessoas também são levadas ao patamar indistinto de “coisas”.

conhecimento)²⁶⁶. No dizer de Stein²⁶⁷, ao abordar a filosofia hermenêutica e o mundo vivido em Heidegger, dirá que

Está em jogo um tipo de Filosofia que trabalha o provisório e o conhecimento finito, uma filosofia que não pretende mais, nem construir uma teoria do conhecimento, nem uma filosofia do sujeito absoluto. [...] Propriamente, então, o conceito de verdade é um conceito contingente, um conceito falibilista de verdade, na medida em que ela sempre será relativa à existência concreta.

Nesse contexto, não há dúvidas em relação à proposta não propositiva contida no método das indicações formais, pensada como um mecanismo para servir à fenomenologia, afastada de uma postura programática, representativa e doutrinária, sem a dimensão crítica necessária. Por tudo isso, acredita-se na importante contribuição da Filosofia no Direito, principalmente em relação à preocupação interpretativa ligada à ontologia fundamental (sentido do ser das coisas).

3.2 AS INDICAÇÕES FORMAIS EM TRÊS MOMENTOS: CONTEÚDO, RELAÇÃO E REALIZAÇÃO.

É clara a preocupação filosófica heideggeriana com o fluxo contínuo do mundo da vida, daí decorre a necessidade de pensar o método das indicações formais. O caminho metodológico prioritário que precisa ser percorrido deve permitir o acesso às experiências fáticas, sendo necessária a indagação sobre a fenomenologia e sobre o próprio fenômeno da vida.

De acordo com Heidegger, a resposta para a pergunta sobre o fenômeno ou fenomenologia somente pode ser esclarecida no sentido das indicações formais. A experiência de estar-no-mundo pode ser reconhecida como fenômeno, isto é, recolhida enquanto sentido originário do que é experienciado. Na concepção de Torres Machado,²⁶⁸

²⁶⁶ “A base não-inferencial é uma descrição do modo de ser-no-mundo, que não se infere de enunciados, mas a partir de uma espécie de encontro com a realidade ou de um encontro com as coisas mesmas, possibilitado através da descrição dos indícios formais. Isso é um elemento não-inferencial, que pode ser a base do conhecimento, talvez de uma teoria do conhecimento. Sobre tudo isso poderia fazer-se uma teoria do conhecimento que não fosse cair nas armadilhas da representação.” Cf. STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**: filosofia e conhecimento empírico. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2006a, p. 166-167.

²⁶⁷ STEIN, Ernildo. **Mundo Vivido**: das vicissitudes e dos usos e de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004b, p. 130-131.

²⁶⁸ MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem**: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 39, grifo do autor.

Busca-se precisar: 1) o acordo com o sentido originário do conteúdo (*gehalt*), 2) o originário como experiência de ser no sentido relacional (*Bezug*) e finalmente, 3) o modo como esse sentido relacional se atualiza (*vollzug*). A fenomenologia não é nada mais do que a compreensão do fenômeno. Ela dá o *logos* do fenômeno, *logos* não como logicização, mas no sentido do mundo interno (*verbus internum*).

O *verbus internum* pode ser descrito como uma palavra interna que, para integrar o campo de jogo interpretativo, prescinde de uma atitude teórica ideal, isto é, basta que se atenha ao próprio fenômeno. Assim, o conteúdo não está ligado exclusivamente ao teórico, mas ao próprio fenômeno. Apreender o conteúdo (*substância*), como característica do próprio objeto, constitui a atividade filosófica contraposta por Heidegger (generalização). Em contraste, os indícios formais não se balizam pela determinação do conteúdo, pois o resultado deve se dar fenomenologicamente, a partir da realidade fática.

Segundo Heidegger,²⁶⁹ a pergunta sobre o fenômeno deve ser respondida sobre três bases investigativas: i) o que é experienciado? (conteúdo); ii) como ele é experienciado? (relação); iii) como o sentido relacional se realiza? (realização). Esses três passos seriam determinantes para evitar o problema do geral interpretativo, permitindo que o método dos indícios formais se integralize, possibilitando a valorização dos elementos concretos sem se perder em pré-juízos inautênticos.

A pergunta sobre *o que é experienciado* está relacionada ao objeto propriamente dito, busca-se identificar o seu conteúdo, ou seja, indaga-se sobre o que está em questão e se é um objeto material e espacial, um sentimento ou um objeto matemático, e assim por diante. Nesse ponto, é possível fazer uma comparação com as concepções husserlianas da análise intencional (*noesis* e *noemas*), onde o primeiro diz respeito ao ato intencional em si (como julgar), enquanto que no segundo diz respeito ao objeto ao qual o ato intencional é dirigido (o próprio julgado).²⁷⁰

É possível sustentar, portanto, que Heidegger está se referindo ao objeto ao qual o ato intencional é dirigido (*noema*), cuja preocupação dirige-se ao “o que” está sendo experienciado no fenômeno, preocupa-se com a descrição do conteúdo (*Gehalt*). Os objetos

²⁶⁹ HEIDEGGER, Martin. (GA 61; WS 1921-2). **Phenomenological interpretations of Aristotle**: initiation into phenomenological research. Translated by Richard Rojcewicz. Indianapolis: Indiana University Press, 2001.

²⁷⁰ A consciência não é uma substância (alma), mas uma atividade constituída por atos (percepção, imaginação, especulação, volição, paixão, etc.), com os quais visa algo. A esses atos Husserl chama *noesis* e aquilo que é visado pelos mesmos são *noemas*. Esta distinção é fundamental para compreender-se a crítica do psicologismo, pois este consiste em confundir noesis e noema, isto é, os atos pelos quais a consciência visa um certo objeto de uma certa maneira, e o conteúdo ou significado desses objetos visados. Cf. HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento. Seleção e tradução Zeljko Loparic e Andréa Maria Altino de Campos Loparic. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 7, grifo do autor.

podem ser apreendidos de formas diversas, dependendo do contexto e do próprio objeto. A apreensão de um objeto como uma cadeira, por exemplo, se dá de forma totalmente diversa do modo de apreensão de uma fórmula matemática ou de um conceito jurídico como “dignidade” ou “ordem pública”. De qualquer modo, é imprescindível que o conteúdo esteja protegido de uma carga de sentido imprópria sob a égide de axioma.

A *relação (Bezug)*, descrita por Heidegger como sendo o segundo momento da investigação, considera o modo pelo qual o sujeito se ocupa com o objeto. Ao invés de meramente viver, o homem *ex-siste*, isto é, ele liberta-se de ser meramente tomado pelo que o cerca e se ocupa, na *relação (Bezug)* com o ser, tornando-se literalmente *ex-sistente*, isto é, com a possibilidade de transformar o sentido relacional dele com as coisas no mundo.

Dessa forma, o exercício interpretativo depende, entre outras coisas, do conjunto cognitivo do sujeito, bem como do conteúdo do próprio objeto visado. O pensamento heideggeriano presente nas indicações formais vai mais longe ao alertar o intérprete sobre o conteúdo eminentemente teórico presente no sentido relacional, conceito de intencionalidade (teórico) descrito por Husserl, como um preconceito filosófico que impede o acontecimento de uma apreensão relacional genuína, ou seja, o desenvolvimento de sentidos relacionais de outra natureza.

A *realização (Vollzug)*, colocada por Heidegger como sendo o terceiro aspecto investigativo, abrange a própria situação singular do sujeito envolvido na apreensão do objeto. Portanto, na *realização* integra-se a situação histórica, o contexto de intersubjetividade, a complexidade (norteadora das relações sociais). Nesse ponto, ocorre um salto do pensamento heideggeriano em relação a Husserl, principalmente no que se refere ao conceito de intencionalidade (*noese* e *noema*), refém da subjetividade e alheio ao mundo da vida.

Aí se evidencia uma grande distinção entre Husserl e Heidegger em relação ao ponto de partida teórico. Na medida em que Husserl se limita ao tratamento das experiências pela distinção do ato de experimentar (*noese*) do objeto experienciado (*noema*), ambos presos à filosofia da consciência, Heidegger se propõe a ir mais longe, buscando preservar o fluxo das experiências da maneira como acontecem concretamente, ou seja, priorizando o modo como as coisas são sentidas e experienciadas cotidiana e fenomenologicamente.

O terceiro momento das indicações formais, portanto, pretende levar adiante o que mais tarde seria desenvolvido na obra máxima de Heidegger: *O tempo*. No parágrafo 5º de *Ser e Tempo*, Heidegger²⁷¹ refere que

A tarefa ontológica fundamental da interpretação de ser como tal compreende em si a elaboração da *temporalidade do ser*. Só na exposição da problemática da *temporalidade* pela primeira vez se dá uma resposta concreta à pergunta pelo sentido do ser

O comportamento de estar-no-mundo carrega em si mesmo uma relação para com algo, isto é, questiona-se pelo sentido da relação. A realização advém enquanto situação de temporalidade, como refere Heidegger²⁷²

O comportar-se pode ser determinado também como um *Como (Wie)* do acontecer, do proceder formal, em vista do modo como procede, isto é, como é realizado, como realização, segundo seu *sentido de realização*. Mas isso, no mais, especialmente no modo como a realização enquanto realização devém em e para sua situação, como ela se ‘temporaliza’. A temporalização deve ser interpretada na direção do *sentido de temporalização*. [Daí, rumo à facticidade, vida fática e existência; situação, concepção prévia, experiência fundamental].

A temporalidade em *Ser e Tempo* vem expressa como o sentido do ser, do *ser-aí*, materializada pelo *cuidado (Sorge)*. Como ressalta Stein,²⁷³

O ser do *Dasein*, o lado ontológico do *Dasein*, necessita de uma espécie de horizonte que o regule. Esse horizonte é a temporalidade. Nela, ele vai encontrar os caminhos por onde esta experiência prática operativa atuará sobre a experiência e o entendimento. A isto ele chamará os êxtases da temporalidade, as categorias do futuro, passado, presente.

A temporalidade determina, assim, a relação na qual o sujeito apreende um objeto de uma determinada forma e num determinado momento, constituindo elementos que podem ser considerados como fatores prévios e contextuais inerentes à determinada situação típica, isto é, imprescindíveis à adequada compreensão do fenômeno.

²⁷¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 79, grifo do autor.

²⁷² HEIDEGGER, Martin. **Interpretações fenomenológicas sobre Aristóteles**: introdução à pesquisa fenomenológica. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011a, p. 61, grifo do autor.

²⁷³ STEIN, Ernildo. **Sobre a Verdade**: lições preliminares ao parágrafo 44 de ser e tempo. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006b, p. 261, grifo do autor.

Nesse contexto, há uma nítida distinção entre o método das indicações formais e o método tradicional de ordenação teórica (formalização e generalização), principalmente porque se identifica basicamente o problema filosófico enfrentado por Heidegger ao lançar mão do método das indicações formais. Enquanto no método tradicional imperam dois tipos básicos de teorização, em evidente tentativa de classificação dos conteúdos, o método das indicações formais visa preservar o momento mais rico de qualquer processo interpretativo, ou seja, o momento da concretização das coisas.

Na verdade, Heidegger se dá conta daquilo que vem a ser o momento mais importante para qualquer processo interpretativo, tão importante e evidente que acabou sendo esquecido pela tradição filosófica: a *singularidade* própria do caso concreto.

A analítica existencial visa demonstrar, a partir da finitude, a importância da temporalidade no processo interpretativo, de modo a tangenciar o essencialmente teórico e valorizar o mundo vivido. Nesse aspecto, se alinha Itamar Veiga²⁷⁴ dizendo que

A analítica existencial apresentada em *Ser e Tempo* possui apenas duas seções. A primeira seção trata da constituição existencial do *Dasein* de uma forma estrutural; e a segunda, do todo do *Dasein*, o que implica o seu fim, por isso a finitude com a temporalidade como horizonte de sentido. Ambas as seções são os desdobramentos da pergunta pelo sentido do ser e dos primados do *Dasein*, diante dos demais entes.

O que está para se concretizar no futuro, simplesmente porque ainda não aconteceu, não pode ser tratado ou interpretado de forma atemporal, simplesmente porque os sentidos utilizados “*a priori*” pertencem a outro momento, cuja significatividade do objeto apreendido é diferente e não pode ser utilizado da mesma forma, pois estaria descontextualizado.

Poder-se-ia dizer que Heidegger percebeu ser impossível não manter “em aberto” a concretização. Ciente do problema da “abertura de sentido” (qualquer sentido ou psicologismo), mas pretendendo evitar o fechamento dos conceitos a partir de preconceções teóricas, diz que o que compromete qualquer projeto interpretativo sério é estar contaminado por um contexto teórico artificial e estabelecido de antemão.

Heidegger traz um novo prisma em relação ao método interpretativo, já bastante desgastado pelo objetivismo e pelo psicologismo que vigoravam no início do século passado. Busca refundar também a forma com que se trabalhou até então a questão da

²⁷⁴ VEIGA, Itamar Soares. **Cotidiano e Queda**: uma análise a partir do § 38 de *Ser e Tempo*. Porto Alegre: Clarinete, 2012, p. 8, grifo do autor.

historicidade – nesse ponto é possível visualizar uma forte influência na obra de Gadamer, cuja obra produz desdobramentos em outras áreas do conhecimento como no Direito. Sobretudo, verifica-se em Dworkin²⁷⁵ uma estreita ligação da historicidade como elemento interpretativo essencial.

A historicidade vista como mero encadeamento de instantes sem qualquer vínculo valorativo específico entre eles é definitivamente abandonado. Abre-se o flanco, portanto, para a ideia de historicidade teleológica, na qual o futuro, em certa medida, já está contido no passado, como uma ordenação lógica e coerente (círculo hermenêutico).

É possível referir que a historicidade traz o elemento norteador para qualquer processo interpretativo, pois é decorrente dela que se poderá avaliar o grau de legitimação e coerência semântica. Mesmo que se tenha um contexto democrático regido por uma Constituição principiológica, é imprescindível que haja uma relação de integridade entre eles, assim como se faz indispensável que sejam coerentes, isto é, deve existir uma harmonia capaz de preservá-los no tempo como uma unidade, não o contrário.

O fato que se apresenta como suficiente e capaz de construir a referida estabilidade é decorrente da compreensão histórica, da *consciência histórica efetual*, assim como da *autoridade da tradição*, etc. Há uma série de conceitos que integram a hermenêutica filosófica de Gadamer, que concentram a preocupação com o conhecimento finito, histórico e, principalmente, levam a sério o sentido das coisas, como se verifica na sua obra.²⁷⁶

O reflexo da historicidade na interpretação traz à tona a relação do Direito e da moral, num processo contínuo, sedimentado na tradição e alheio à vontade ou a

²⁷⁵ Francisco José Borges Motta, ao citar Dworkin, diz: “A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, e nem isso está sugerido na ideia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado a melhor imagem possível”; e, por fim, quando o norte-americano encontra no próprio Gadamer o arremate de suas considerações: “Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas”. Cf. MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 98.

²⁷⁶ “A verdadeira experiência é aquela na qual o homem se torna consciente de sua finitude. Nela, a capacidade de fazer e a autoconsciência de uma razão planificadora encontram seu limite. A ideia de que se pode dar marcha-a-ré a tudo, de que sempre há tempo para tudo e de que, de um modo ou de outro, tudo retorna se mostra como uma ilusão. Quem está e atua na história faz constantemente a experiência de que nada retorna. Nesse caso, reconhecer o que é não quer dizer conhecer o que se dá singularmente aí, mas perceber os limites dentro dos quais ainda há possibilidade de futuro para as expectativas e os planos: ou, mais fundamentalmente, reconhecer que toda expectativa e toda planificação dos seres finitos é, por sua vez, finita e limitada. A verdadeira experiência é assim experiência da própria historicidade. Com isso, a discussão do conceito de experiência alcança um resultado que será particularmente fecundo para a nossa pergunta acerca do modo de ser da consciência da história efetual.” Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 467.

subjetivismo. No ponto, Dworkin²⁷⁷ refere sobre a relação da lei com a moral (na história da família):

A história da família ilustra bem como uma distinção entre o que é e o que devia ser a lei se pode revelar uma complexidade no seio da própria moral. Enquanto o leitor resolve as questões domésticas, constrói uma moral institucional distinta, uma moral especial que rege a utilização da autoridade coerciva no seio de sua família. Trata-se de uma moral dramática; à medida que as decisões são tomadas e impostas em ocasiões concretas, essa moral especial da família vai mudando. Num certo ponto, uma diferença emerge claramente entre duas questões. Que condições sustentam agora o uso de autoridade coercitiva no seio da família, dada a sua história distinta? Que condições teriam sido produzidas por uma história melhor da família, que refletisse melhores respostas às questões do tipo daquelas que listei? É fundamental perceber que estas duas questões diferentes são *ambas* questões morais e que, indubitavelmente, devem atrair respostas diferentes. Seria errado pensar que a história especial da família criou um código não moral distinto, como as tradições do vestir, que tem alguma forma de autoridade no seio da família que não é uma autoridade moral.

Evidenciado que a temporalidade nem sempre obteve um local privilegiado, pois radicalmente aprisionada pela tradição metafísica, e todas as ideias limitadoras são proposições teóricas, Heidegger²⁷⁸ dá um salto em direção à libertação da historicidade, dizendo que “o problema do tempo deve ser apreendido no modo como nós originariamente experienciamos a temporalidade na experiência fáctica – totalmente independente de qualquer consciência pura e qualquer tempo puro”.

E isto é assim, de modo tão singelo, simplesmente porque não se mostra possível experienciar o tempo de modo indiferente, nem se concebe a si mesmo como uma consciência pura, descolada do mundo concreto, como se possível fosse não se relacionar com o mundo.

De uma forma bastante ampla, é possível afirmar que os três momentos distintos das indicações formais, na verdade, não podem ser considerados como coisas isoladas ou paralelas. De fato, fenômeno é a totalidade de sentido dessas três direções, enquanto que fenomenologia é a explicação dessa totalidade de sentido. Com isso, Heidegger rompe definitivamente com concepção de fenomenologia husserliana, que apostava na ideia de consciência ou de tempo puro, indo em direção a uma fenomenologia investigativa, cujo *logos* permite apreender o fenômeno na sua totalidade.

²⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 417, grifo do autor.

²⁷⁸ HEIDEGGER, Martin. (GA 60). **Phänomenologie des Religiösen Lebens** (Wintersemester 1920/21). Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1995, p. 65.

O projeto heideggeriano dos indícios formais tem nítida preocupação com uma questão de conteúdo e uma questão de método. Isso porque a Filosofia tradicional não consegue distinguir método de objeto. Assim, surge um novo paradigma filosófico, o qual apresenta a perspectiva de que, independentemente da vontade do homem, desde já ele se encontra inserido no mundo (num contexto de mundo), inexistindo justificativa para se fazer uma ponte que ligue o homem a esse mesmo mundo²⁷⁹ no qual ele já se encontra inserido desde sempre.

3.3 O MÉTODO FENOMENOLÓGICO COMO (RE) CONSTRUÇÃO

É importante ressaltar o caráter ontológico²⁸⁰ da filosofia heideggeriana. No dizer de Inwood a “ontologia fundamental analisa o ser de *Dasein* como uma preparação para a ‘questão fundamental’ sobre (o sentido e o significado do) ser”.²⁸¹ Heidegger projetou um novo caminho para a fenomenologia, ou seja, uma fenomenologia ontológica preocupada no modo de *ser* dos entes a partir da própria faticidade. Heidegger²⁸² dirá que

A relação entre hermenêutica e faticidade não é a que se dá entre a apreensão da objetualidade e a objetualidade apreendida, à qual aquela somente teria de ajustar-se, mas o interpretar mesmo é um como possível distintivo do caráter ontológico da faticidade. A interpretação é algo cujo ser é o ser da própria vida fática.

Para chegar à fenomenologia ontológica, e isso é identificado no curso de 1927, denominado *Die Grundprobleme der Phänomenologie* (“Os problemas fundamentais da

²⁷⁹ “O mundo vivido é constituído a partir do universo da significação, mas já sempre dado para toda atividade significativa do ser humano. É, de certo modo, a fonte da significabilidade possível, já sempre dada e que, contudo, se atualiza sempre de novo na significação que se constitui. [...] A ideia básica é que sempre estaremos em contato com o mundo, quando o mundo nos apanha vinculando a linguagem com relações fáticas.” Cf. STEIN, Ernildo. **Mundo Vivido**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004b, p. 12.

²⁸⁰ Ontologia da compreensão, pois o compreender torna-se um aspecto do projeto do *Dasein* e sua abertura para o *Ser*.

²⁸¹ INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 131.

²⁸² HEIDEGGER, Martin. **Ontologia**: hermenêutica da faticidade. Tradução Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012b, p. 21-22.

fenomenologia”),²⁸³ pensou no que seriam os três componentes básicos do método fenomenológico-ontológico: *redução, construção e destruição*.

Heidegger trabalha com o método fenomenológico de uma forma paradigmática, visando salientar que em relação a todo o ente (objeto) haverá um sentido (*ser*), isto é, na medida em que existe um ente capaz de compreender (distinguir) o *ser* dos entes, é que será possível o *ser*. Suas considerações apontam para a diferença ontológica. O *ser* só é na medida em que há um ente que lhe permita manifestar-se, daí a conclusão de que a ontologia “puramente ontológica” é algo impossível, pois a condição de possibilidade depende do ôntico (do ente que possibilita o ser: *Dasein*).

Da análise da ontologia e a relação do ser e dos entes, outra conclusão possível é a de que o ser sempre será “*a priori*” em relação aos entes, na medida em que, desde sempre, para qualquer empreendimento interpretativo, é necessário que haja uma estrutura prévia de compreensão. Algo somente é dentro de um contexto de significação prévia, e é a partir desse mínimo possível de cognição que as coisas (entes) são apreendidas. Diante disso, é possível afirmar que esse conjunto básico de cognição prévia de que se fala constitui o que se denomina de fenomenologia.

A denominada posição prévia na qual o *Dasein* se encontra no modo das indicações formais se concentra no *ser-aí* (vida fática) e *ser num mundo*. Heidegger²⁸⁴ dirá sobre a importância da apreensão do método das indicações formais no seu caráter construtivo e dialético, dizendo

A posição prévia deve ser colocada ao alcance e apropriar-se de tal maneira que a compreensão vazia da indicação formal se aproxime da perspectiva da fonte da intuição concreta. A *indicação formal* será sempre mal-entendida enquanto for tomada como um conjunto fixo e universal.

Assim, por *redução*, diferentemente da “redução fenomenológica” de Husserl, que visava reconduzir o olhar fenomenológico com base na atitude natural do homem comum para a vida transcendental da consciência e suas vivências noético-noemáticas, Heidegger

²⁸³ “Tal como podemos comprovar antes de tudo a partir da preleção *Grundprobleme der Phänomenologie* (Problemas fundamentais da fenomenologia) e da conferência posterior *Tempo e Ser*, só se consegue conceber a ‘virada’ no desenvolvimento do pensamento heideggeriano se se elucida a sua concepção do tempo em seus aspectos mais importantes.” Cf. FIGAL, Günter. **Martin Heidegger**: fenomenologia da liberdade. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 248, grifo do autor.

²⁸⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ontologia**: hermenêutica da facticidade. Tradução Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012b, p. 86.

não se preocupa em analisar o ente que é apreendido, mas, diferentemente, concentra-se no entendimento que o *Dasein* possui do ente.²⁸⁵

Na verdade, a *redução* fenomenológica heideggeriana irá recusar o ente como possível objeto, ou seja, negando a sua tematização como coisa e fazendo ressurgir o ser como ponto central da investigação filosófica.

Na *construção*, para que seja possível compreender o ser (sentido) dos entes, impõe-se compreender a própria manifestação do *ser*. Tal tarefa não se mostra possível sem que se tenha uma projeção do ente dado previamente em direção ao ser e às estruturas do ser, como pressupostos mínimos e necessários que determinam e projetam uma direção específica. Essa “projeção do ente dado previamente em direção ao seu ser e às estruturas de seu ser nós chamamos construção fenomenológica”.²⁸⁶

É necessário fazer uma (re) interpretação de caráter fenomenológico, utilizando-se o que se denominou de analítica da cotidianidade, elemento que somente será possível na medida em que se opera de forma simultânea a *desconstrução*. Principalmente porque a desconstrução compreende a recondução de conceitos recebidos por meio da tradição (filosófica), isto é, para que se possa projetar (reconstruir), faz-se necessário desconstruir o sentido legado pela tradição que está oculto e que não foi tematizado, pois se perdeu na *temporalidade*.

Na *destruição* fenomenológica não é possível esquecer que todo o sentido parte de algum ente específico, inexistindo uma pureza metodológica. A existência de pressupostos interpretativos prévios decorre da própria situação fática e histórica que, embora expressem o contexto de sentido pelo peso da tradição, não podem ser trabalhados de modo fixo.

Nesse ponto, Stein²⁸⁷ menciona a crítica heideggeriana à metafísica, dizendo que “quando Heidegger critica a metafísica a partir de seu paradigma, quando a desconstrói, ele acusa a metafísica de ser fundamentalista, de querer um fundamento firme, objetificador ou um fundamento inconcusso”. Heidegger dirá, como registra Stein, “que o *Dasein* é sem fundo. O *Dasein*, de certo modo, é abissal, na medida em que a fundamentação a que ele remete é pura possibilidade”.²⁸⁸

A tradição é formadora de sentido, não só em relação aos conceitos, mas, também, em relação à formação de prejuízos inconscientes. Nesse contexto, todos estão de certa

²⁸⁵ Heidegger dedica a divisão I de *Ser e Tempo* para explicar o ser do *Dasein* – isto é, a ontologia fundamental, ou a analítica existencial do *Dasein*.

²⁸⁶ HEIDEGGER, Martin (GA 24; SS 1927). **The Basic Problems of Phenomenology**. Translated by Albert Hofstadter. Bloomington, Indianapolis: Indiana University Press, 1988, p. 29.

²⁸⁷ STEIN, Ernildo. **Diferença e Metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008, p. 69.

²⁸⁸ STEIN, Ernildo. op. cit., p. 69.

forma absorvidos pelo peso da tradição pelo simples fato de *ser-no-mundo*. Heidegger sabia disso e acreditava que a melhor forma de superar qualquer forma de prejuízo negativo à interpretação está no simples reconhecimento do peso da tradição, tarefa que deve ser concomitante à destruição crítica de legados impróprios, realizando uma apropriação positiva da tradição.²⁸⁹

Diante das considerações do método fenomenológico heideggeriano, verifica-se uma conexão entre os três processos apresentados. A *construção* é o que permite a *redução* e ela está intimamente relacionada à *destruição*. Uma (re)construção completa e coerente somente se mostra possível, na medida em que haja espaço para uma reavaliação da situação atual. De qualquer modo, a característica que distingue o método fenomenológico heideggeriano dos demais métodos científicos, está na proposta filosófica de apropriação da cognição histórica, o que permite identificar o caráter temporal que é inerente ao próprio *Dasein*.

Nesse contexto, é possível compreender que o caráter temporal das coisas, num contexto objetivo de mundo, constitui-se como elemento mediador de sentido, absolutamente distinto do modo interpretativo predominante no positivismo exegético, o qual termina sendo caudatário da subjetividade.

A importância da filosofia heideggeriana proporciona um novo paradigma para a compreensão das coisas, não só para a filosofia, mas, também, para as demais ciências. Stein²⁹⁰ reafirma esse ponto de vista dizendo que

A questão heideggeriana representa, como passagem das teorias da consciência, da representação, das teorias do sujeito para as teorias do mundo prático, para as teorias do modo de ser-no-mundo, esta passagem que podemos identificar como um produto de uma discussão teórica que o filósofo realizou consigo mesmo, com as diversas filosofias de seu tempo, com autores escolhidos e, sobretudo, com a própria Filosofia como um todo que ele chama de metafísica.

Heidegger deixa um legado na medida em que afirma inexistir um ambiente interpretativo adequado quando ele se encontra distanciado do fluxo contínuo do tempo, como característica existencial de *ser-no-mundo*. O projeto interpretativo é intencional e

²⁸⁹ “Necessariamente pertence à interpretação conceitual do ser e de suas estruturas [...] uma destruição – um processo crítico no qual os conceitos tradicionais que devem ser necessariamente empregados são desconstruídos até às pesquisas que os originaram” Cf. HEIDEGGER, Martin. **The basic problems of phenomenology**. Tradução Albert Hofdtader. Indianapolis: Indiana University Press, 1988, p. 22-23.

²⁹⁰ STEIN, Ernildo. **Diferença e Metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008a, p. 57-58.

deve ser construtivo, entretanto, pressupõe o intérprete estar disposto à redução e à destruição, como pressupostos de uma construção autêntica.

3.3.1 A Pa-Lavra Interior (*Verbum Interius*): Aspectos Linguísticos Importantes à Compreensão das Coisas de Forma Não Teórica

É possível afirmar que Martin Heidegger, com orientação católica e integrante da escolástica, após sólida formação filosófica estudando os clássicos, apropriou-se de muitos conceitos que mais tarde foram sendo desenvolvidos dentro da sua perspectiva hermenêutica. A expressão *verbum interius*, presente nas obras “De Magistro” (Do mestre) e “De trinitate” (A trindade), de Santo Agostinho, surge da necessidade de distinção entre o verbo interior do homem e o verbo divino que, ao fim e ao cabo, se traduz na clássica dicotomia moderna entre poder positivo e poder subjetivo.

Na própria teologia, Inwood²⁹¹ se refere à obra heideggeriana ao explicar o conceito teológico do pecado (culpa) a partir do método das indicações formais, dizendo

Por explicar conceitos tais como culpa, ‘a filosofia é o antídoto ontológico do ôntico que indica formalmente, e sobretudo o conteúdo pré-cristão dos conceitos teológicos básicos. Ela fornece a ‘indicação formal [*formale Anzeige*]’ da ‘região ontológica’ em que se afirma o conceito de pecado.

Da expressão *verbum interius* surgem as expressões *actus signatus* e *actus exercitus* que, em síntese, têm o significado de discurso significativo (compreensão consciente e reflexiva) e noção antipredicativa ou base pré-consciente (o que não se encontra expresso na sentença), respectivamente. A partir dessa classificação, é possível perceber que já em Santo Agostinho se pensava com clareza na distinção do que é dito ou realizado (*actus signatus*) daquilo que permite tal ação (*actus exercitus*).

Heidegger, a partir da apropriação de noções filosóficas medievais,²⁹² se dá conta de que o homem só se movimenta a partir de um campo próprio de significação – pelo fato de que as experiências somente poderão ser apreendidas enquanto dotadas de significação –, ou seja, é o que torna possível transpor as experiências do mundo da vida para uma linguagem comunicativa e fixá-las em proposições. Heidegger procura descrever adequadamente o fluxo das experiências concretas, assumindo que o teórico e o

²⁹¹ INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 40.

²⁹² O *actus exercitus*, portanto, se revela como o reflexo imediato do *verbum interius*, sendo, assim, a esfera que possibilita o *actus signatus*.

conhecimento científico não são um modo fundamental ou privilegiado do homem comportar-se no mundo, mas sim um modo derivado. Assim, a adequada compreensão da distinção entre a experiência concreta e o conhecimento científico-metodológico contribui para o desenvolvimento do método das indicações formais.

Na medida em que se chama a atenção para a observação do contexto e das motivações que permeiam qualquer discurso, Heidegger se apropria do conceito de *actus exercitus* (aquilo que permite que algo seja dito) para descrever os fenômenos da vida de forma mais ampla. Somente pela correta compreensão da linguagem e da complexidade do mundo é que se consegue perceber que proposições absolutamente idênticas podem significar coisas bastante divergentes em face do contexto em que são ditas. Uma frase solta e fora de contexto pode variar desde um acontecimento corriqueiro e banal até um acontecimento de extrema gravidade. Nesse sentido, as figuras de linguagem, as metáforas, os eufemismos, as ironias..., somente possuem tamanha abrangência linguística porque o discurso não se resume a proposições rígidas ou de relação silogística.

Daí a função da linguagem, não como uma terceira coisa entre emissor e receptor, mas a linguagem como fator de possibilidade, mola propulsora de todo e qualquer agir humano. Pode ser considerada, a partir das *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein, como uma postura frente ao mundo. Como refere Manfredo A. de Oliveira,²⁹³ ao comentar o novo paradigma da linguagem,

Agora a linguagem é uma atividade humana como andar, passear, colher etc. Há aqui uma íntima relação, se não identidade, entre *linguagem* e *ação*, de tal modo que a linguagem é considerada uma espécie de ação, de modo que não se pode separar pura e simplesmente a consideração da linguagem da consideração do agir humano ou a consideração do agir não pode mais ignorar a linguagem.

A utilização do *actus exercitus* pode ser considerada como uma ferramenta conceitual para descrever a maneira mais própria do homem se comportar no seu cotidiano. Totalmente alheio à rigidez teórica, o homem está absorvido pela linguagem, pois, ao realizar todos os atos corriqueiros da vida, não dispõe de tempo para parar, pensar e programar todos os seus passos, principalmente porque a vida não se desenvolve dessa forma.

²⁹³ OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 138, grifo do autor.

Se todas as pessoas pudessem parar para pensar seus atos realizados na vida cotidiana, certamente elas não teriam tempo suficiente para evitar que coisas indesejadas se concretizassem, como, por exemplo, evitar um acidente de trânsito. E, isso é assim porque o homem se comporta no mundo de um modo específico, no qual o comportamento teórico é secundário. A significação que compreende toda a atividade humana é anterior a toda e qualquer teorização, pois é justamente ela que permeia toda a teorização.

Nesse aspecto se concentra a relação da concepção prévia a partir de um uso de linguagem, que chega até as pessoas a partir da História, isto é, concretizada a partir de uma experiência determinada. No ponto, Heidegger²⁹⁴ aborda dizendo

Transpomo-nos para um uso de linguagem, um uso que nos esteja disponível e de algum modo nos seja compreensível. Tendo o dado prévio de um uso de linguagem, coloca-se em atuação uma *situação de compreensão*. Esclarecemos: com a compreensão do uso de linguagem – mesmo o uso indeterminado, mas fixado na propensão apontada – indicamos uma situação. A interpretação que se segue permanece nessa situação. A partir desta, interpretando-a, surge a definição indicativo-formal de filosofia. Queremos perseguir o próprio uso da linguagem, sua propensão imanente de expressão, e não discutir para ver se está no seu direito, não queremos decidir se é suficientemente claro ou não, e tampouco examinar donde provém, do ponto de vista histórico-objetivo. Seguindo a propensão de expressão do uso da linguagem, vamos destacar um motivo que aponta para a direção de nossa concepção prévia; que nos diz alguma coisa nesse sentido, que nos coloca a nós, que temos o uso da linguagem, com a autêntica apropriação do mesmo, numa relação, mesmo que vaga, com o objeto intencionado, objeto que corresponde à concepção prévia. Seguindo o uso da linguagem como expoente de nossa situação, atendo-nos à propensão da concepção prévia, procuremos determinar o objeto – filosofia.

Visão de mundo significa ordem e determinação dos princípios de posicionamento frente ao homem, seus valores e suas coisas. Regulamentação das relações e dos comportamentos. Ocupar-se dessas tarefas é filosofar. Para tanto, é necessário um olhar amplo e abrangente, como refere Heidegger,²⁹⁵ “O filósofo correto deve ser imediatamente e sempre um indivíduo lexical”.

Nesse turno, Gadamer²⁹⁶ dirá que a interpretação não pode ser reduzida ao teórico e muito menos ao subjetivismo, fazendo uma alusão à obra de arte e à história, como integrantes do universo hermenêutico da linguagem:

²⁹⁴ HEIDEGGER, Martin. **Interpretações fenomenológicas sobre Aristóteles**: introdução à pesquisa fenomenológica. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011a, p. 51, grifo do autor.

²⁹⁵ HEIDEGGER, Martin. op. cit., p. 52.

²⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 93-94.

Toda a autocompreensão humana está determinada em si pela insatisfação. Isso vale também para a obra e a ação. Por isso, a arte e a história recusam-se, segundo seu próprio *ser*, a serem interpretadas a partir da subjetividade da consciência. Pertencem àquele universo hermenêutico, caracterizado pelo modo de realização e pela realidade da linguagem, que ultrapassa toda a consciência individual. Na linguagem, no caráter próprio que ela imprime em nossa experiência de mundo, encontra-se a mediação entre finito e infinito, adequada a nós, como seres finitos. O que nela se interpreta é sempre uma experiência finita, que, apesar disso, jamais se depara com aquela barreira, onde a única coisa que se poderia fazer ainda seria adivinhar algo infinito que se tem em mente, sem poder dizê-lo. Seu progresso não está limitado, e, no entanto, não é uma aproximação progressiva a um sentido que se tem em mente. O que perfaz seu sentido é lograr estabelecer a obra, e não o que é que se tem em mente com ela. O que concede sentido à sentença é a palavra acertada, e não o que está escondido na subjetividade do que se tem em mente. É a tradição que abre e delimita nosso horizonte histórico, e não tem um acontecimento opaco da história que acontece ‘por si’.

Para uma compreensão adequada das indicações formais o *verbum interius* deve estar sempre presente, pois, enquanto totalidade dos sentidos presentes no *actus exercitus*, conduz a compreensão filosófica para além do que foi expresso onticamente, ou seja, para o desvelamento daquilo que está por trás do enunciado de toda sentença.

Nas *Investigações Lógicas* de Husserl existem características análogas às indicações formais. Husserl parte de uma distinção entre aquilo que possui determinação independentemente do seu contexto de afirmação, denominado de *expressões objetivas*; e aquilo que denominou de *expressões essencialmente ocasionais*, ou seja, expressões que somente podem ser adequadamente compreendidas levando-se em consideração quem profere o discurso e as circunstâncias em que o discurso é proferido.²⁹⁷

Os pronomes pessoais (eu, ele, nós) e os pronomes demonstrativos (este, isto, aquilo) são exemplos de expressões essencialmente ocasionais, principalmente porque em todas elas a adequada compreensão somente poderá ocorrer levando-se em consideração

²⁹⁷ “Frequentemente ouvimos falar na generalidade das significações das palavras, e o que na maioria das vezes se quer dizer por essa maneira ambígua de falar é que a palavra não está ligada a uma intuição isolada, mas pertence a uma multiplicidade infinita de intuições possíveis.” Cf. HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**. Seleção e tradução Zeljko Loparic e Andréa Maria Altino de Campos Loparic. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 45.

quem fala e as circunstâncias de fala. A expressão “eu”,²⁹⁸ por exemplo, pode estar acompanhada, mas nem sempre aquele que fala está se referindo a si próprio, bem como o “eu” falado, em cada caso, pode estar se referindo a pessoas diversas.

Na medida em que se classifica um objeto pela sua utilidade e se positiva atribuindo a ele um nome, caracteristicamente exaurido em toda a sua significação, se está diante de coisas com sentido unívoco, como a expressão: isto é um livro ou um martelo? A relação entre nominar coisas e relacionar com o sentido ou função daquilo que se nominou se complica na medida em que se lida com expressões que não se definem integralmente pela sua função, ou cuja significação não pode ser vinculada a um ato específico, como, por exemplo, as palavras dignidade, direito, amor, paz. O que é dignidade? A palavra dignidade indica uma direção, é um indicativo de algo. Sabe-se que a direção apontada indica provavelmente para respeito, igualdade e segurança. Indicação suficiente para saber que não se está falando de tortura ou abuso.

Entretanto, para se chegar adequadamente ao conteúdo e ao fundamento do que está em jogo, torna-se necessário impender um esforço que não pode ocorrer alheio à situação concreta do que foi indicado, como se possível fosse chegar ao fundamento das coisas (sentido) apartado no contexto fático.

Na obra de Søren Kierkegaard²⁹⁹ também é possível encontrar uma nítida distinção entre o que se pode chamar de aspectos linguísticos objetivos e subjetivos. O filósofo e

²⁹⁸ “No estudo mencionado do Heidegger jovem, ele trata do ‘eu’ no contexto da análise da função significante (*Bedeutungsfunktion*) dos pronomes. Os pronomes, incluindo o ‘eu’, são ‘indícios formais’. Prontamente isso quer dizer que a sua função lógico-semântica invariável não é a de representar gêneros/classes de coisas ou de estados-de-coisas, ou seja, não são expressões classificatórias. A concepção de ‘formal’ que Heidegger herdou de Husserl obriga a pensa-lo por exclusão da generalidade, seja do grau que esta for, pois mesmo o gênero supremo comporta sempre um conteúdo. No tocante ao conteúdo, a determinação formal é totalmente indiferente.” Cf. ARENHART, Lívio Osvaldo. **Ser-no-Mundo e Consciência-de-Si**: uma Leitura dos Escritos Fenomenológicos de Martin Heidegger a partir de um conceito filosófico-analítico plausível de consciência-de-si imediata. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 289.

²⁹⁹ KIERKEGAARD, Søren A. **O Conceito de Angústia**. Tradução e posfácio de Álvaro Luiz Montenegro Valls. Petrópolis: Vozes, 2011.

teólogo dinamarquês contrasta o que denominou de comunicação indireta³⁰⁰ com a comunicação direta. A segunda diz respeito à comunicação objetiva e com pretensão de validade universal, típica dos discursos científicos, lógicos e de caráter impessoal.

Kierkegaard não perde de vista a importância da temporalidade ao se referir ao infinitismo como pertencente à esfera do abstrato, isto é, toda e qualquer postura humana deve levar em conta a contingência temporal como elemento interpretativo essencial. No ponto Kierkegaard³⁰¹ refere que

Concebe-se o eterno de modo inteiramente abstrato. O eterno é, tal como as montanhas do azul longínquo, a fronteira da temporalidade, porém aquele que vive com todas as forças na temporalidade não chega até a fronteira. O indivíduo, que espreita, é uma espécie de sentinela da fronteira, postada fora do tempo.

A comunicação indireta, no entanto, possui um caráter subjetivo ou a ser desvendado, correspondendo às falas pessoais, aos textos poético-literários, bem como ao contexto místico do mundo religioso. Nela, ao contrário da certeza lógico-científica, a indeterminabilidade ganha terreno em face da própria necessidade de apreensão subjetiva do interlocutor.

Ressalta-se que o conteúdo da comunicação indireta é necessariamente ambíguo, dando margens a uma gama de interpretações (ainda que se tenha uma unidade temática e semântica). Por depender da interpretação do interlocutor, a comunicação indireta aponta para a necessidade da realização da comunicação através da apreensão concreta do conteúdo – apreensão essa que pode se dar de muitos modos, uma vez que o significado do conteúdo não é de todo fixo e unívoco.

³⁰⁰ O filósofo da existência reconhecia que, para atingir o homem singular de forma a provocá-lo a ganhar transparência em relação a sua própria situação, era preciso realizar uma tarefa árdua, a qual exigia astúcia. Para tanto, organiza um método para comunicar-se, ao qual denominou método da comunicação indireta, esclarecendo que usou de ironia, de metáforas, de disfarces, de acolhimento, para assim poder desembaraçar o leitor dos laços da ilusão. Oscar Cuervos assinala que o próprio Kierkegaard refere-se à sua estratégia de comunicação indireta como uma necessidade, uma vez que o que ele tinha para comunicar “não é um saber que se possa transmitir de forma direta, mas algo que só se pode compreender de um modo oblíquo, de modo que o leitor tenha que tomar uma decisão sobre seu sentido”. Pretendia resgatar, com isso, o indivíduo singular perdido na multidão. Acreditava nesse resgate por saber que onde há a multidão há o indivíduo e, ainda que se singularizar seja uma possibilidade de todos os indivíduos, é no geral que o singular ganha força. Cf. CUERVOS, 2010, p. 18 apud FEIJOO, Ana Maria Lopez Calvo de; PROTASIO, Myriam Moreira. Análise existencial: uma Psicologia de inspiração kierkegaardiana. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**. v. 63, n. 3, p. 11-22, 2011. Disponível em: <<http://seer.psicologia.ufrj.br/index.php/abp/article/view/737/606>>. Acesso em: 05 dez. 2014.

³⁰¹ KIERKEGAARD, Søren A. **O Conceito de Angústia**. Tradução e posfácio de Álvaro Luiz Montenegro Valls. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 165.

O método indireto kierkegaardiano, assim como as indicações formais, não tem chance de obter êxito se não houver a adesão do interlocutor em relação ao que foi falado ou escrito. Esse é um aspecto bastante semelhante ao momento de *realização* (Vollzug) das indicações formais, que aponta para o momento, o modo e as condições nas quais ocorre a apreensão do fenômeno. De igual maneira, na teoria da comunicação indireta são fundamentais esses fatores, pois sem eles a comunicação seria algo indiferente à situação daquele que recebe a informação e que deve interpretá-la.

Portanto, é possível acreditar na influência das concepções kierkegaardianas na obra de Heidegger e no método das indicações formais, principalmente porque o filósofo dinamarquês dedicou sua vida a pensar a questão da existência humana, assim como assumiu uma nítida postura de questionamento e crítica em relação ao conhecimento posto.

Tanto no método de Kierkegaard como no método das indicações formais, o conteúdo não deve vir previamente definido, pois a indeterminabilidade ou indefinição é uma característica fundamental de sua estruturação fenomenológica. E, como pertencentes ao mundo da vida, a fixação do conteúdo ou do sentido do ato comunicativo, sempre será dependente de inúmeros fatores que integram o cotidiano dos interlocutores.

3.3.2 A Metafísica Tradicional e a Herança da Definição

Não se constitui nenhum mistério atrelar o conhecimento moderno e o desenvolvimento das ciências à ideia de definição. Essa prática é vista como uma maneira segura de desenvolver os sentidos das coisas e determinar o lugar e a função daquilo que está definido.

O método das indicações formais, pensado por Heidegger, preocupa-se com a própria definição da Filosofia, não como algo externo ao conhecimento à espera de apropriação, mas como algo que consiste no próprio exercício de pensar, como já explicitado no itinerário do pensamento heideggeriano. Noutro aspecto, o método das indicações formais vem com o propósito de tentar lidar com a apreensão das experiências da vida fática.

Nesse contexto, há uma nítida preocupação com os fenômenos da vida e o modo de apreensão deles em conformidade com um método que consiga muito mais do que uma mera objetivação, notadamente levando em consideração a relação fundamental que há entre a atividade filosófica e o *Dasein* concreto.

O primeiro ponto a ser abordado em relação à definição das coisas é evitar cair no velho erro de aceitar de maneira acrítica estruturas conceituais e definidoras baseadas

puramente em uma lógica formal específica. Na perspectiva heideggeriana, todo o processo interpretativo que parte dessa lógica determinista termina por limitar o campo de investigação e restringe o modo como os objetos são apreendidos.

O próprio conceito de definição deve ir além do limite imposto pela definição meramente teórica, numa perspectiva que possa dar uma nova roupagem de sentido à definição, ou seja, como algo formalmente indicativo, o caminho ou o acesso. Na intenção das indicações formais, o conteúdo do objeto a ser definido permanece em aberto, já que a apreensão somente será possível de forma concreta, preexistindo apenas uma indicação quanto ao modo de atualização e em relação à direção que se deve seguir.

Nesse aspecto, Heidegger³⁰² aborda a questão da definição e a indicação formal, dizendo

‘Indicado formalmente’ não significa, de algum modo, apenas representado, tido em mente, apontado (*angedeutet*) que estaria livre para receber o próprio objeto em algum lugar qualquer e de modo qualquer no ter; mas indicado de tal modo que a quilo que é dito tem o caráter do ‘formal’, impróprio (*uneigentlich*), mas justo nesse ‘in’ está igualmente de forma positiva o assinalar (*Anweisung*). O vazio de conteúdo em sua estrutura de sentido é igualmente aquilo que dá a direção de execução. Na indicação formal encontra-se uma ligação bem determinada; nela se diz que eu me encontro nessa, numa *direção de princípio* bem determinada, que, se quiser chegar ao verdadeiro e próprio, só há o caminho de provar e realizar o que foi indicado imprópriamente, seguir a dica. Um provar, um sacar dele: justo um tal que, quanto mais lança mão, não menos alcança (retirando), mas, ao contrário, quanto mais radical a compreensão do vazio como sendo assim formal, tanto rico se torna, porque é tal que conduz ao concreto. Não é permitido, portanto, ajudar à dica de maneira distorcida. Para o caráter da dica e da remissão, a determinação ‘formal’ significa algo decisivo! Objeto ‘vazio’ significa: e, no entanto, decisivo! Não arbitrário e sem principiar, mas justo ‘vazio’ e determinando direção, indicando, ligando.

O acerto do método das indicações formais no processo interpretativo é bastante evidente, na medida em que toda a apreensão fática envolve uma situação concreta única, carregada de vicissitudes próprias que, inevitavelmente, não podem ser ignoradas e devem ser sopesadas naquela análise. Portanto, a situação concreta terá a função de definir a apreensão do objeto.

Além disso, propor uma *direção de princípio* não é aquela na qual o objeto se dá plena e propriamente, mas é decisiva a situação de partida para um movimento realizador, em direção à apropriação do objeto na sua inteireza, realizado de maneira radicalmente

³⁰² HEIDEGGER, Martin. **Interpretações fenomenológicas sobre Aristóteles**: introdução à pesquisa fenomenológica. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011a, p. 41-42, grifo do autor.

crítica. Como refere Heidegger,³⁰³ “A definição é formal indicativa; haurir daqui o sentido de ‘demonstração’, ‘questionar’, ‘pesquisa’, método etc. Não posso, portanto, recolher quaisquer objetos e empreender um grande ‘falatório’”.

O conceito vem ligado ao que Heidegger denomina de posição metafísica fundamental, onde o questionador já se encontra e permanece inserido na articulação não desdobrada da questão fundamental. O modo como ele se determina no ente da totalidade é concomitante ao lugar estável do homem na totalidade do ente. Em meio ao que Nietzsche denominou de “eterno retorno” ou *circulus vitiosus*, Heidegger³⁰⁴ aborda, merecendo transcrição:

Não apenas o conceito, mas também as próprias posições fundamentais que surgiram historicamente permanecem nelas mesmas e até completamente por si mesmas em uma obscuridade e em um turvamento necessários. É por isso que invariavelmente representamos antes de fora as posições fundamentais, isto é, sempre segundo as opiniões doutrinárias e as sentenças nelas proferidas. Isso se dá, por exemplo, com a posição fundamental de Platão, com a teologia medieval, a de Leibniz, Kant ou Hegel. Quando muito, dizemos quais são os predecessores que os influenciaram e quais foram os pontos de vista assumidos por eles em relação à ética, à questão da demonstrabilidade da existência de Deus ou em vista da ‘realidade do mundo exterior’ – ‘pontos de vista’ que, ao que parece, simplesmente subsistem e aos quais nos atemos por isso como auto-evidentes, sem saber que só há tais pontos de vista porque uma posição metafísica fundamental foi adotada aqui. No entanto, essa posição é adotada porque o saber e o pensar já se acham de antemão sob a dominação da questão diretriz, uma questão diretriz que, por sua vez, *não é desdobrada*.

Na verdade, o que Heidegger³⁰⁵ coloca como sendo a questão diretriz se relaciona com os conceitos ou com o pensamento científico da modernidade. Desdobramento, portanto, significa, na visão heideggeriana,

Algo essencialmente diferente – a saber, um questionar mais originário, que abdica de encontrar respostas e que toma a busca de respostas antes de maneira mais séria e rigorosa do que o tratamento imediato de questões diretrizes é capaz de fazer de acordo com a sua postura. A resposta é apenas o último de todos os passos do próprio questionamento.

³⁰³ HEIDEGGER, Martin. **Interpretações fenomenológicas sobre Aristóteles**: introdução à pesquisa fenomenológica. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011a, p. 44.

³⁰⁴ HEIDEGGER, Martin. **Nietzsche I**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010c, p. 355, grifo do autor.

³⁰⁵ HEIDEGGER, Martin. op. cit., p. 356.

Daí a esterilidade da razão metafísica em lidar com questões de natureza filosófica. A ideia de lógica pura possui problemas de justificação, pois uma lógica somente se concretiza a partir de uma experiência concreta determinada. Ora, se aquilo que determinou a lógica é um fenômeno e os fenômenos são temporais e se transmudam, de que forma poder-se-ia aceitar como base de justificação estática algo que, por sua natureza, é ambivalente e indeterminado? Não existe e nem poderia existir uma forma de apreensão *pura* dos fenômenos, pois o sujeito envolvido na apreensão das coisas é um *ser-no-mundo* e relaciona-se com os objetos de uma forma que não pode ser enclausurada teoricamente.

O problema da lógica formal, portanto, reside no fato de que ela não seria na verdade “formal”, pois parte de uma lógica em que já está orientada de forma material em direção a um caminho previamente orientado. Assim, o procedimento teórico determina uma norma que passa a valer de forma acrítica, deixando de lado a possibilidade de uma abertura à investigação genuinamente formal, pois é constituída por uma lógica que guia a investigação.

3.3.3 A Experiência da Vida Fática: Base para o Método das Indicações Formais

É necessário que se esteja disposto a ver e a ouvir o que sugerem os termos centrais da metafísica; se houver persistência, então talvez seja possível aproximar-se do sentido mais adequado e esperado. Ver e ouvir, mas principalmente ouvir é a postura fundamental da fenomenologia. No ouvir atento consegue-se elucidar fenomenologicamente as estratégias da modernidade. Heidegger,³⁰⁶ ao tratar sobre o questionar e sobre o ouvir, diz

O importante é que a experiência fática da vida se torne acessível. Pode-se apenas caracterizar o jeito e a maneira, ou seja, o *como [Wie]* do experimentar de cada mundo. Isso significa que é possível perguntar sobre o sentido da referência [*Bezugssinn*] da experiência fática da vida.

³⁰⁶ HEIDEGGER. Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010a, p. 16, grifo do autor.

A experiência da vida fática é a base utilizada por Heidegger para trabalhar com a teoria do método fenomenológico enquanto indicação formal.³⁰⁷ Assim, como já referido, não deve haver um método *a priori*, nem um predeterminado âmbito de investigação para o desdobramento explicativo fenomenológico. É necessário que haja um engajamento do intérprete com o processo do próprio fenômeno, sem se deixar tomar pelo que está dado, pois se constitui como algo que já foi apontado ou indiciado noutra contexto de significação.

É preciso estar atento aos preconceitos armados pela modernidade racionalista em seu modo de ciência teórica. Em contrapartida, a filosofia hermenêutica não se desenvolve como teórica, mas vai além, como realização de vida na travessia do tempo. A indicação formal é investimento passivo fundado em escutar, sem menosprezar o teórico, conservando como exemplo de elucidação do caráter existencial do que foi, do que é e do que será.

Heidegger³⁰⁸ pontua suas ideias na distinção necessária entre os conceitos filosóficos e os conceitos científicos, dizendo que

A incerteza dos conceitos filosóficos não está exclusivamente fundamentada na mudança de pontos de vista. Ele pertence muito mais ao sentido mesmo dos conceitos filosóficos, os quais permanecem sempre incertos. A Filosofia não possui nenhum contexto objetivamente configurado à disposição, no qual os conceitos pudessem ser ordenados para dele obter sua determinação.

O termo *método*, relacionado à indicação formal, não possui o caráter de determinar o uso no sentido de chegar a algum resultado predeterminado, mas compreende uma noção de cuidado na relação entre o acontecer dos fenômenos e o (experienciar) e a interpretação.

“A ciência é, por princípio, diferente da Filosofia. Sobre isso, porém, é mister que se reflita”.³⁰⁹ Esta afirmação de Heidegger leva à reflexão de que a ciência e a Filosofia devem

³⁰⁷ “Para isso trabalha o indício formal. Este pertence, como momento teórico, à explicação fenomenológica mesma. Por que é chamado de “formal”? O formal é algo relativo à referência. Indício deve indicar antecipando a referência do fenômeno – num sentido negativo, porém, como se tratasse de uma advertência! Um fenômeno deve ser dado previamente de tal modo que seu sentido referencial fique em suspenso. Deve-se evitar assumir o seu sentido referencial seja originariamente teórico. A referência e a realização do fenômeno não se determinam, de antemão, mas estão em suspensão, à espera de concretização. Esta é a uma posição que se opõe frontalmente à ciência. Não existe nenhuma inserção num campo temático, mas, em contrapartida, o indício formal é uma defesa [*Abwehr*], um asseguramento [*Sicherung*] prévio de modo que o caráter realizador ainda permanece livre. A necessidade desta medida de precaução procede da tendência decadente da experiência fática da vida que ameaça constantemente a decair e a se desviar, extraviando-se para a objetividade e da qual, em contrapartida, precisamos evidenciar os fenômenos.” Cf. HEIDEGGER. Martin, **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010a, p. 59.

³⁰⁸ HEIDEGGER. Martin. op. cit., p. 9.

ser conduzidas de modo objetivo, como se possível fosse tratá-las da mesma maneira. A ciência deve ser concebida em sua *realização*. De outro lado, a Filosofia mesma só é alcançada através de uma inversão de caminho, inversão mais radical em direção à *transformação*, isto é, rompendo com a ‘objetivação’, pois, do contrário, o resultado desse caminho sem volta é a própria *subjetivação*. Portanto, na visão heideggeriana, o processo descrito de objetivação-subjetivação somente pode ser evitado a partir da experiência fática da vida:

A experiência fática da vida é qualquer coisa totalmente peculiar. Ela torna possível nela mesma o caminho para a filosofia, uma vez que nela se realiza também a virada [*Umwendung*] que conduz à filosofia. Essa dificuldade é compreendida através da característica provisória do fenômeno da experiência fática da vida. A experiência da vida é mais do que a mera experiência de tomada de conhecimento. Ela significa a plena colocação ativa e passiva do homem no mundo: vemos a experiência fática da vida apenas segundo a direção do comportamento que experimenta. Assim, definimos o que é experimentado – o vivido – enquanto ‘mundo’, não como ‘objeto’. ‘Mundo’ [*Welt*] é algo no qual se pode *viver* (num objeto não é possível viver). (...) O importante é que a experiência fática da vida se torne *acessível*. Pode-se apenas caracterizar o jeito e a maneira, ou seja, o *como* [*Wie*] do experimentar de cada mundo. Isso significa que é possível perguntar pelo *sentido de referência* [*Bezugssinn*] da experiência fática da vida. É questionável se o *como*, referência *àquilo* que é experimentado, o *conteúdo*, é determinado e como ele se caracteriza.³¹⁰

A indicação formal é um processo de meditação e escuta (dos conceitos filosóficos) para possível relação consigo mesmo; suspeitar e até rejeitar os caminhos trilhados, sem esquecer o caminho até então percorrido; estar aberto para o que se mostra como possibilidade concreta de compreensão; estar preparado para a própria mudança frente ao acontecer do fenômeno concreto, o qual é concernente à própria vida ao ponto de levar à transformação, à conversão consigo mesmo.

As pessoas se caracterizam como indicação formal na medida em que são preenchidas pela facticidade.³¹¹ De outro lado, o sentido das coisas já existentes indica que o pensar filosófico possui fundo teórico (do que está posto). Também, somente com as

³⁰⁹ HEIDEGGER. Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010a p. 14.

³¹⁰ HEIDEGGER. Martin. op. cit., p. 16, grifo do autor.

³¹¹ Esta afirmação se justifica na relação que se faz entre o ato de julgar ou de fazer escolhas e o conjunto de experiências que uma pessoa pode reunir ao longo de sua vida. É sabido que as pessoas mais vividas, em tese, com mais experiências de vida, têm menos chances de realizar escolhas erradas e ou repetir velhos erros. E isso se reflete de forma efetiva em vários campos da sociedade, não só no âmbito social, mas também no aspecto político e jurídico.

questões teóricas inexistente Filosofia, pois resultaria no aprisionamento do *Dasein* na metafísica, privando-o da relação com sua inevitável existência fática, sua experiência concreta. A antecipação de sentido e a posição prévia têm relevância única na fixação de sentido do método das indicações formais, pois é a partir delas que se possibilita criar uma perspectiva a respeito de um âmbito determinado, de uma visão de mundo.³¹²

Gadamer³¹³ dirá que o conceito de vivência sofre um distanciamento do sentido original, principalmente

Pela complicada aparelhagem de uma civilização alterada pela revolução industrial que faz a palavra ‘vivência’ alcançar o uso comum da linguagem. Também o novo distanciamento que a consciência histórica toma em relação à tradição indica a função epistemológica do conceito de vivência.

No itinerário da aplicação do método das indicações formais, desenvolve-se um duplo caminho: um caminho de viés *negativo* (tomando-se o cuidado de não plasmar uma definição única, pronta e acabada das coisas); e o caminho com o aspecto *positivo* (fornecer o caráter adicional à interpretação, ou seja, a referência positiva no que é formalmente indicativo deixa margem a uma nova interpretação daquilo que foi definido, em constante atualização).

Assim, sempre haverá um objeto vazio, ainda não determinado e apreendido pelo sujeito e, ao mesmo tempo, uma direção de sentido já conhecida, já que o próprio objeto e a forma como se tem acesso a ele indicam o caminho adequado para a investigação. Do contrário, estar-se-ia diante de uma abissal indeterminação das coisas, abrindo-se caminho para uma subjetividade arbitrária incompatível com qualquer sistema que se denomine democrático.

Nesse duplo caminho de cariz negativo e positivo, também surgem dois modos de tomar o objeto: *autêntico* e *inautêntico*. A indicação, num primeiro momento, sempre será inautêntica, porque é provisória e parte do que já está disponível, sem possibilidade de alcançar o *ser* do fenômeno. O modo autêntico da investigação se relaciona com o *ser*

³¹² “Concepção prévia e método, caminho encetado, jorram da mesma fonte de sentido. Sabendo-se isso, há que deixar em aberto (*offenzuhalten*) a fixação de sentido de *método* em favor de um significado formal indiciador, por exemplo, caminho para descrições e determinações propriamente concretas. Uma vez efetuado e consumado o processo da indicição formal de significado por concretizações próprias singulares, consumações singulares de caso a caso, então simultaneamente são anulados os aspectos antecipatórios na dinâmica da realização em processo.” Cf. SCHNEIDER, Paulo Rudi. Notas sobre a relação entre indicição formal e experiência. **Natureza Humana**, v.14, n.1, 2012, p. 39.

³¹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 110.

específico da investigação, atualizando o sentido pelo qual o *ser* do fenômeno se mostra. Tal desiderato somente se torna possível com a realização do caminho das indicações formais.

Portanto, ao assumir a Filosofia como um comportamento frente ao mundo, é necessário considerar o fato de que todo comportamento é influenciado pelo contexto específico que se tem à disposição. Entretanto, não faz sentido falar em *pureza metodológica*, nem é possível instrumentalizar o conceito de vivência, como alerta Gadamer³¹⁴ dizendo que

A duplicidade que apontamos no conceito de vivência significa que esse conceito não se esgota no papel que lhe é atribuído, isto é, de ser o dado último e o fundamento de todo o conhecimento. Há ainda algo totalmente diferente no conceito de ‘vivência’, algo que exige reconhecimento e que indica uma problemática não superada: sua referência interna com a vida.

3.3.4 Os Prejuízos como Elementos da Própria Cognição

Ao lidar com os prejuízos ou pré-conceitos, Heidegger irá trabalhar também numa dupla perspectiva. Não há como realizar qualquer processo interpretativo, por mais singelo que ele seja, sem que se faça uma contextualização de sentido, ou seja, lançando mão daquilo que se tem à disposição de acordo com o grau de experiência de cada um. Heidegger³¹⁵ ratifica ao dizer que

O próprio ser-aí carece de uma meditação continuamente nova sobre as suas posturas fundamentais em relação ao todo do ente, uma meditação, porém, que seja diretamente determinada pela respectiva situação histórica do ser-aí e atue sobre essa situação. Aquilo que subjaz assim na liderança – mas certamente não apenas nela – denominamos de visão de mundo.

Portanto, não há um grau zero de sentido, porque desde sempre já estamos inseridos no mundo e como tal recebemos a carga de sentido nele existente. O grande problema, portanto, não seria existir uma série de preconceitos existentes nas análises, mas justamente o fato de que as pessoas envolvidas em tal processo não teriam a capacidade de reconhecer e justificar os seus efeitos.

³¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 112.

³¹⁵ HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Metafísica**. Tradução Marco Antônio Casanova, revisão de tradução Eurides Avance de Souza, revisão técnica Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2008b, p. 9.

Esse, seria o primeiro ponto denominado por Heidegger como sendo a *superestimação*, ou seja, ao se buscar um método rigoroso e puro, alheio a qualquer influência externa, deixa-se de lado o fato de que a pureza pretendida é utópica, uma vez que para nela se chegar foi necessária uma série de concepções filosóficas buscadas na relação com o próprio mundo da vida. De outro lado, há o que Heidegger denominou de *subestimação*, processo autofágico de interpretação, onde o intérprete se perde numa rede de conceitos subjetivos sem nenhuma validade comunicativa.

Necessário estar atento ao fato de que a Filosofia só acontece no próprio filosofar e que filosofar envolve certa transformação no discurso e na linguagem. É justamente tal transformação que aponta a direção da situação que deve ser observada, pois é aí que “reside para nós a definição formalmente indicativa da filosofia”.³¹⁶

No processo de filosofar ocorre uma transformação na linguagem que indica a situação concreta em que se está e as preconcepções presentes no discurso e, devido a isso, é possível falar a partir de uma linguagem particular única, ou seja, distinta de qualquer outra.

A própria relação da Filosofia com as ciências é outro exemplo que precisa ser superado. Não apresenta importância alguma trabalhar a Filosofia com um caráter científico, comparando-a com as demais ciências, numa perspectiva de “metaciência”, isto é, aquela que não só é superior as demais ciências, mas também que as possibilita. Na dicção do próprio Heidegger,³¹⁷

A filosofia não é precisamente ciência, nem mesmo a ciência mais pura e rigorosa. De fato, ela não é a ciência mais rigorosa e, além disso, ainda algo mais. A única coisa que podemos dizer é: o que a ciência é por sua parte reside na filosofia em um sentido originário. Filosofia é em verdade *origem* da ciência. Exatamente por isso, contudo, ela *não* é ciência – não sendo também ciência originária.

Na verdade, a ideia de Filosofia como *comportamento* é o traço marcante em Heidegger. É possível afirmar, portanto, que a tarefa de filosofar se constitui numa tarefa (comportamento) formalmente indicada. O verbo indica uma ação específica e uma relação

³¹⁶ HEIDEGGER, Martin. (GA 61; WS 1921-2). **Phenomenological interpretations of Aristotle**: initiation into phenomenological research. Translated by Richard Rojcewicz. Indianapolis: Indiana University Press, 2001, p. 42.

³¹⁷ HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Metafísica**. Tradução Marco Antônio Casanova, revisão de tradução Eurides Avance de Souza, revisão técnica Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2008b, p. 20, grifo do autor.

com algo, uma vez que todo o comportamento remete em direção a alguma coisa, ou seja, há uma forma de comportamento e ele está relacionado a alguma coisa.

Nesse sentido, filosofar é um comportamento cognitivo, pois a cognição “é uma compreensão do objeto 'enquanto' objeto e é, portanto, um determinar do objeto pelo caminho do compreender. A determinação da compreensão 'diz' para que, o que e como o objeto é”.³¹⁸

A própria ideia de filosofar, nesse contexto, remete à tarefa de compreender o objeto em seu *ser* (o ‘o que’ de seu conteúdo e o ‘como’ da sua apreensão). Portanto, a concepção tradicional de definição se transforma, principalmente porque, com o método das indicações formais, a definição depende do exercício contínuo da cognição.

Ao falar em cognição não se está falando de um tipo de conhecimento regional que possa ser aplicado a uma determinada área específica da ciência, principalmente porque a Filosofia tem o caráter de ser universal, isto é, visa atingir o seu objeto a partir de seus próprios recursos, um exercício próprio de investigação que pode ser explicitado como uma definição de princípio.

No próprio ato de definir um objeto, indica-se em direção a algo e o princípio contido nessa indicação é esse “em direção à”, que busca remeter ao sentido do ser do objeto. Assim, nessa relação intrínseca do comportamento já se verifica um princípio inerente, pois o comportar-se por si mesmo já revela a direção para onde a apreensão do objeto é dirigida.

Segundo Heidegger,³¹⁹

Se a apreensão é um princípio, então o objeto da definição filosófica deve ser compreendido como algo formalmente indicado” e tal princípio deve ser compreendido em suas funções próprias, em “isto para o qual' e 'como' ele é um princípio”, o que requer uma “concretização fáctica, uma apropriação.

O comportamento cognitivo que caracteriza a filosofia das indicações formais possui a natureza de buscar a apreensão dos entes em seu ser, em buscá-la no sentido de ser peculiar aos entes. Ou seja, será o próprio ser dos entes que vai determinar o comportamento cognitivo. É necessário, portanto, atualizar o conteúdo que foi aberto pela

³¹⁸ HEIDEGGER, Martin. (GA 61; WS 1921-2). **Phenomenological interpretations of Aristotle**: initiation into phenomenological research. Translated by Richard Rojcewicz. Indianapolis: Indiana University Press, 2001, p. 54.

³¹⁹ HEIDEGGER, Martin. op. cit., 2001, p. 59.

indicação, pois somente a partir da atualização concreta de conteúdo se encontrará o sentido do ser do ente apreendido na indicação.

Nesse contexto, é possível afirmar com Heidegger a necessidade de uma postura crítica em relação à filosofia tradicional, propiciando o desenvolvimento de um novo comportamento cognitivo capaz de apreender os entes a partir do seu ser. Essa nova postura de comportamento cognitivo passa pela metodologia das indicações formais, pois, seguindo na direção apontada pelo comportamento e atualizando-o na experiência concreta, é que se torna possível encontrar o sentido das coisas ou os entes em seu *ser*.

3.3.5 As Indicações Formais e a Concepção Prévia

A concepção prévia pode ser associada ao que Heidegger denominou de função *referencial*,³²⁰ pois, a partir de um ponto certo e determinado, já é possível determinar que algumas direções não estão à disposição, exatamente por contrariar o contexto de sentido já constituído (significabilidade).

Reconhecer os indícios formais com essa função é, também, reconhecer que o próprio contexto de significabilidade do mundo já pressupõe algumas diretrizes semânticas possíveis. No Direito, isso significa dizer que não é porque algo está ou não positivado no sistema normativo que será ou deixará de ser aplicado. Pensar de modo diverso seria reconhecer que a boa-fé e a eticidade nas relações contratuais somente são aplicadas no Direito brasileiro porque estão contempladas no corpo do Código Civil (artigos 113 e 422) ou no corpo do Novo Código de Processo Civil (artigo 5º, Lei nº. 13.105/2015).

A preocupação heideggeriana de desenvolver uma filosofia capaz de tratar do problema da apreensão da vida fática, diante do fracasso da metafísica, faz desenvolver uma ideia calcada nos aspectos históricos da condição fática do homem, assim denominada de *hermenêutica da facticidade*.

Heidegger deposita todas as suas fichas naquilo que ele mais acredita, ou seja, na investigação do próprio *Dasein* fático e na sua capacidade de autocompreensão. Portanto, a relação entre hermenêutica e facticidade não é uma aposta na apreensão e no apreendido, mas, acima de tudo, está em acreditar na interpretação como um existencial próprio do caráter de *Ser* da facticidade.

Na medida em que o projeto da facticidade remete-se ao *Dasein* e à sua capacidade de autointerpretar, a hermenêutica tem a função de analisar o *Dasein* nas suas

³²⁰ Alerta para o cuidado que se deve ter ao assumir um determinado ponto de partida, principalmente porque negar pressupostos presentes na análise constitui um *erro de princípio*.

características existenciais (*Existenzialien*): abertura para suas *possibilidades* (aí compreendida a situação hermenêutica de ser próprio/impróprio).

A ideia de situação hermenêutica (*Hermeneutische Situation*) faz parte do projeto heideggeriano na medida em que não podemos jamais esquecer da posição prévia³²¹ (*Vorhabe*) e da concepção prévia ou antecipação de sentido (*Vorgriff*). Tais elementos constituem a situação concreta do *Dasein*: nenhuma interpretação pode ser considerada genuína se desconsiderar a realidade na qual todos se encontram enquanto *ser-no-mundo*. Há um contexto de significação abrangente que forma a visão da situação – a tentativa de ignorar a *situação hermenêutica* – e faz distanciar a possibilidade de apreensão fática, pois a ideia hermenêutica se concentra no âmago da esfera viva e dotada de significações de caráter histórico.

Fato bastante corrente no imaginário do operador do Direito está em acreditar na possibilidade de afastar a complexidade das coisas no mundo a partir de uma pretensa *simplificação interpretativa*, isto é, acredita-se na cindibilidade entre o mundo fático e o mundo jurídico, como se eles subsistissem autonomamente, passando a classificar os acontecimentos jurídicos em questões de fato e questões de direito.

Constitui característica persistente da modernidade (predomínio da subjetividade) trabalhar com conceitos a partir de um grau zero de sentido, como se antes daquela “pseudo-visão” nada existisse no mundo capaz de ser considerado no ato interpretativo. Integra-se ao imaginário a possibilidade de refundar sentidos a partir de um solipsismo revolucionário, abandonando-se por completo o conjunto de fundamentos (históricos) determinantes na produção de sentido das coisas.

Interpretar não é uma atividade de escolhas (de quem quer que seja), mas decorre de uma rede de significações que se sedimenta e é sustentada historicamente. Imaginar ser possível exsurgir sentidos a partir de sua própria subjetividade significa desconsiderar o tempo e a história como elementos essenciais da construção do pensamento humano.

A filosofia hermenêutica, como não poderia ser diferente, refere-se à faticidade como sendo o pano de fundo interpretativo, sem jamais abandonar o contexto de significabilidade. Na medida em que o *Dasein* é interrogado em relação ao caráter de seu próprio *Ser*, o ponto fulcral está no modo como a vida fática é cotidianamente apreendida,

³²¹ A posição prévia diz com a compreensão do *Dasein* na facticidade. Ou seja, ao lançarmos uma visão geral e de totalidade sobre os fenômenos fáticos, não existirá uma posição neutra que possa desconsiderar a significatividade do mundo, mas já temos de antemão o modo como o *Dasein* lida com a realidade. Exemplo: embora contrário ao entendimento do STJ, não é porque a Lei nº 8.784/99, que dispõe no seu artigo 54 sobre a decadência/prescrição dos atos administrativos praticados pela União no prazo de cinco anos, que, antes da sua publicação, a União não estava sujeita à decadência/prescrição.

pressupondo considerar a singularidade própria de cada ser-no-mundo. Portanto, a ‘atualidade’ (*das Heute*) somente pode ser completamente definida no fenômeno fundamental da faticidade, ou seja, no existencial da temporalidade (*Zeitlichkeit*), que se constitui no conceito fundamental para a compreensão da faticidade, pois o fator temporal se liga inexoravelmente à vida fática do *Dasein* e ao seu modo de ser no mundo.

O aspecto interpretativo do “horizonte temporal” no conceito de faticidade alçou luzes à hermenêutica filosófica de Gadamer. Na verdade, a noção de faticidade para Gadamer carrega a questão de significatividade, ou seja, algo que está posto e sob o qual não se pode voltar atrás. Assim, a vida jamais pode ser apreendida de uma forma isolada do fluxo temporal, pois estamos sempre envolvidos a um passado de significação que projeta nossas atitudes em relação ao futuro.³²²

Ao enumerar aspectos fundamentais da Filosofia, Heidegger parece não se distanciar das concepções tradicionais verificadas em Husserl e Kant, principalmente ao estabelecer que ela deva ser objetiva, científica, universal e concreta. Na verdade, a resposta para esse aparente paradoxo vem a partir de uma compreensão mais abrangente da metodologia das indicações formais, cujo projeto se desenvolve em oposição ao relativismo sem fundamento e visa encontrar um método apropriado para exprimir genuinamente a experiência da vida fática.

A visão de universalidade, diversa da pretensão kantiana, liga-se exatamente àquilo que pode ser considerado *universal* e *concreto* (a própria vida fática na qual ocorrem as experiências): a historicidade e a facticidade são os únicos meios possíveis para quem busca as coisas como elas realmente são. Qualquer outra tentativa diversa se depara com o autoritarismo da subjetividade assujeitadora, que trabalha com coisas isoladas, fora do mundo, fruto da verve interpretativa individualmente desenvolvida por todos.

Falar em universalidade hermenêutica daquilo que pode ser universal (historicidade e faticidade) significa dizer que todo o contexto de significabilidade se constitui pela *linguagem*. Nesse aspecto, Gadamer³²³ refere que

³²² “Por mais planejado, ordenado e regulamentado pelos especialistas da ciência, o que caracteriza as convicções das pessoas e as influencia pelos mil caminhos da educação, tanto direta como indiretamente, no fundo, são os seres humanos, eles mesmos, ligados à sua tradição, cuja consciência se transforma e continua a influenciar. Em nosso mundo cada vez mais globalizado, os seres humanos tomarão consciência, de maneira cada vez mais lúcida, de que não são apenas as diferenças de desenvolvimento econômico e tecnológico o que divide os povos e que não é apenas sua superação que irá uni-los, mas que são justamente as diferenças insuperáveis entre eles, suas diferenças naturais e históricas, que nos ligam como seres humanos.” Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Tradução Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 5. ed., 2010, p. 201.

³²³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 612

O ser que pode ser compreendido é linguagem. De certo modo o fenômeno hermenêutico devolve aqui a sua própria universalidade à constituição ontológica do compreendido, na medida em que a determina, num sentido universal, como linguagem, e determina sua própria referência ao ente como interpretação.

Assim, a linguagem em Heidegger recebe o devido tratamento na medida em que ela é condição de possibilidade, não podendo ser representada simplesmente por signos. No ponto, Heidegger³²⁴ explicita

Falar da linguagem talvez seja ainda pior do que escrever sobre o silêncio. Não queremos assaltar a linguagem para obrigá-la a cair nas presas de representações já prontas e acabadas. Não queremos alcançar um conceito da essência da linguagem capaz de propiciar uma concepção da linguagem a ser usada por toda parte e, assim, satisfazer todo esforço de representação.

Para Heidegger, o importante é estabelecer de forma concreta bases seguras para a Filosofia. Portanto, estabelecido que qualquer experiência é essencialmente temporal e que o homem é inexoravelmente o “fruto de seu tempo”, o caráter temporal passa a ser o fundamento de seu pensamento filosófico.

O método das indicações formais visa descrever os fenômenos fundamentais envolvidos na faticidade. Assim, ao se realizar uma pesquisa é necessário manter em aberto o acesso à pesquisa para assumi-la na atualização (no pesquisar: verbo que contém e pressupõe possibilidade).³²⁵ A proposta heideggeriana se diferencia pelo caráter de transcendência e ultrapassagem do que está à disposição. Entretanto, a tarefa é árdua na medida em que não se deve simplesmente menosprezar a posição prévia (*Vorhabe*). É a partir daí que se torna apto a lidar de forma adequada com o sentido das coisas. De todo modo, é imprescindível manter preservada a significatividade e a pré-compreensão, pois, ao

³²⁴ HEIDEGGER, Martin. **A Caminho da Linguagem**. tradução de Maria Sá Cavalcante Schuback. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2011b, p. 8.

³²⁵ “O *Dasein* é, como tal, cada vez ‘este’ e, com seu ser, fica já essencialmente descoberta uma conexão-de-utilizável – o *Dasein*, na medida em que *é*, já se remeteu cada vez a um ‘mundo’ que vem-de-encontro; a seu ser pertence essencialmente esse *ser-remetido*. Mas a significatividade ela mesma, com que o *Dasein* já está cada vez familiarizado, traz consigo a condição ontológica da possibilidade de que o *Dasein* que-entende possa abrir, como interpretante, algo assim como ‘significações’, as quais por sua vez fundam novamente o ser possível da palavra e da língua.” Cf. HEIDEGGER, **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 261, grifo do autor.

menosprezar o sentido historicamente construído, corre-se o perigoso risco do predomínio da subjetividade.³²⁶

Como a própria denominação diz, indicação formal carrega a noção de apontar, indicar uma direção de mirada. Trata-se de um método (fenomenológico) que expressa preocupação (cuidado) com a interpretação, valorizando o caso concreto como elemento interpretativo, na medida em que ele somente se perfectibiliza somente no momento em que se pratica a ação (o verbo fazer, agir...), pois não há como se trabalhar nesse âmbito de forma teórica ou apriorística. A pretensão do método das indicações formais não cede espaço para determinações e conclusões de conceitos filosóficos, mas apenas uma aproximação.

Ao pensar o método das indicações formais, portanto, Heidegger se antecipa alertando sobre dois mal-entendidos que devem ser evitados: i) o esquema sujeito-objeto, ii) ideia de que pode haver uma posição neutra, livre de qualquer concepção.

O primeiro mal-entendido decorre da falsa ideia de haver dois mundos e um dualismo que descamba para discussões em torno da compreensão da natureza da relação entre o sujeito e o objeto. Na verdade, inexistente essa dicotomia pregada pelo racionalismo cartesiano, pois a diferença que há é ontológica e, portanto, inviável é esse afastamento pretendido pela modernidade³²⁷. O segundo mal-entendido se relaciona com a falsa ideia de ser possível “adjudicar” o sentido das coisas. Ou seja, isso decorre de se acreditar na possibilidade de haver uma observação livre de qualquer perspectiva prévia. Esse entendimento se torna ainda mais nocivo que o primeiro, pois carrega uma falsa aparência

³²⁶ “Daí a minha insistência: se interpretar é dar sentido (*Sinngebung*), e não reproduzir sentido (*Auslegung*), isto não significa que, nesta quadra da história, em pleno giro linguístico-ontológico, seja aconselhável estimular subjetivismos e/ou axiologismos, alçando o intérprete a senhor do texto, ou que, a partir de uma operação ontológica (clássica), seja “possível” captar a essência dos textos jurídicos, como se estes contivessem conceitos em si mesmos.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2011, p. 277.

³²⁷ Não há como separar interpretação de aplicação, assim como totalmente descabida a abordagem dualista sobre questões de fato e questões de Direito. Não há cisão entre interpretar e aplicar – do contrário –, todos seriam atropelados pelo primeiro veículo que aparecesse na rua, pois, ao cindir interpretação e aplicação, deixariam em segundo plano o movimento necessário para evitar o pior. Da mesma forma, as questões ditas “de Direito” são um nada se não vierem acompanhadas das “relações fáticas”, pois uma não subsiste sem a outra. No exemplo, fica evidenciada a diferença entre o texto e a norma, pois esta será sempre o produto da interpretação daquele, cujo sentido não está contido no texto, mas decorre da situação hermenêutica e da tradição em que se encontra inserido. Assim, a *applicatio*, funciona como uma garantia hermenêutica para suplantar o solipsismo do intérprete que acredita ser livre para atribuir sentido, já que a pré-compreensão antecipa o sentido do texto.

de caráter científico. Ora, a própria visão que propala a sua isenção de preconceitos já vem carregada da noção de que não se deve ter concepções.³²⁸

Como consequência do vezo acrítico característico da modernidade, aquilo que se constitui como significação ganha status de axioma e passa a integrar o que se denomina de verdade, perpassando gerações sem que as pessoas se deem conta da prejudicialidade interpretativa que ela contém. O homem é um ser histórico e desde sempre está envolvido e inserido num mundo previamente dotado de significado pela tradição. Realizar a reflexão e o questionamento em torno de tais significados que representam a tradição não significa dizer que o conteúdo herdado deva ser desprezado ou ignorado.

Assim, deve-se estar atento aos conceitos filosóficos como *algo dado* (*Vorhandenheit* ou *Vorhandensein*).³²⁹ Deve-se evitar, também, conexões equivocadas entre os conceitos ou a consideração deles de forma isolada (ahistórica), remetendo-se a questão para o plano do subjetivismo do intérprete.

A interpretação equivocada decorre da própria dificuldade de ver algo sem vê-lo *como* algo (*como* hermenêutico), isto é, utilizando uma forma geral de ver e interpretar coisas, como se fosse possível simplificá-las a partir de uma “tábula rasa” suficiente para retirar toda a complexidade que acompanha e integra o mundo. Inwood³³⁰ refere que

A interpretação do ser como ideia sugere que entes são apreendidos pelo ver. A palavra ‘teórico’ provém igualmente de palavras gregas relacionadas a ‘ver’: *thea*, ‘vista, espetáculo’, e *horan*, ‘ver’.

A grande dificuldade interpretativa está em “ver com os olhos” e não a partir de uma imagem prévia (fantasma), situação que propicia o fechamento interpretativo a partir da relação sujeito-objeto predominante na modernidade. Chris Lawn,³³¹ ao discorrer sobre a obra de Gadamer, menciona que

³²⁸ Segundo Heidegger, não podemos fugir do fato de que qualquer modo de ver é “em si algo histórico, ligado ao *Dasein* [...], e não em-si quimérico e fora do tempo”. Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Márcia Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 64.

³²⁹ “O ser-simplesmente dado *Dasein* tende a tratar de todas as entidades – e também *não*-entidades tais como o espaço, o tempo e o próprio ser – como se fossem entes, exatamente da mesma maneira (XXXI, 44). Mas há, e implicitamente reconhecemos que há, diferentes maneiras ou modos de ser (*Seinsweise(n)*, *Seinsart(en)*). Reconhecemos que as coisas diferem não apenas no que (*was*) são mas também em como (*wie*) elas são. Um modo de ser é *Vorhandenheit* ou *Vorhandensein*, ‘ser-simplesmente-dado’.” Cf. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 113, grifo do autor.

³³⁰ INWOOD, Michael. op. cit., p. 205.

³³¹ LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 58-59.

A perspectiva do mundo é sempre somente isso; ela nunca é uma imagem não-mediada da maneira que as coisas realmente são, ela é necessariamente provisional e limitada, e nunca pode ser uma visão da maneira que as coisas realmente são, porque a maneira na qual as coisas realmente são é tão ilusória quanto a pedra filosofal. O que nunca devemos esquecer é que sempre somos parte daquilo que buscamos entender.

Todo o enxergar já se dá a partir de conceitos prévios, os quais devem ser testados de modo permanente, tendo por referência a vida fática. Michael Inwood³³² observa, dizendo que “o mundo já está descoberto para mim e eu posso descobrir coisas dentro dele: *algo* está se aproximando. Eu não somente pasmo com as coisas, eu as interpreto *como* algo”.

Heidegger distinguiu o *como (als)* hermenêutico (Ser e Tempo, §33 *A enunciação como modus derivado da interpretação*) do *como* apofântico.³³³ Esse é o *como* da presença (*vorhande*) ou o modo de estar à mão (*zuhande*), relacionado a objetos presentes e às suas propriedades – mesa – pergunta-se pela mesa como mesa e responde-se com asserções relativas à mesa. Mas a compreensão (*verstehen*) e a interpretação (*Auslegung*) consistem em perguntar o *para que (wozu)* da mesa, perspectiva hermenêutico-existencial (*como* hermenêutico).

Vê-se, então, mesa *como* mesa. É certo que as propriedades da mesa, *como* objeto de asserção, não são independentes do que a mesa é *como* mesa (hermenêutico-existencial). Entretanto, suas propriedades não determinam a sua constituição existencial, ou seja, a mesa como objeto que se serve para estudar, também pode se constituir num obstáculo entre dois amigos que almejam se abraçar. Assim, o *como* hermenêutico não é derivável do *como* apofântico, pois o primeiro é mais originário, não necessita isolar o objeto e fazer proposições, principalmente porque é um pré-predicativo. Dessa forma, ao seguir o método das indicações formais, chega-se a uma concretização do objeto que vai além da mera ideia de um ente simplesmente dado.³³⁴

³³² INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 197.

³³³ “Com a distinção entre apofântico e hermenêutico, Heidegger estabelece uma dupla estrutura do algo enquanto algo. O algo enquanto algo apofântico refere-se ao modo da relação do ente no enunciado, ao passo que o hermenêutico é o modo da compreensão antecipadora. Temos, então, o antepredicativo como estrutura prévia do compreender. Podemos falar, desse modo, numa condição de possibilidade, num *a priori* de todo o enunciado sobre o ente, que consiste na compreensão do ser enquanto ela se dá no modo prático de ser no mundo do ser-aí.” Cf. STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar**: um ajuste com Heidegger. Ijuí: Unijuí, 2011b, p. 37.

³³⁴ “A caracterização formal não fornece a essência: ela só indica muito mais a tarefa decisiva que consiste em conceber a ligação a partir de sua dimensão própria, ao invés de nivelar inversamente a dimensão através da caracterização formal.” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser y Tiempo**. Tradução Jorge Eduardo Rivera. Madrid: Trota, 2003b, p. 336, GA 29-30, p. 426.

Ora, o contexto de significação constitui importante elemento interpretativo e não pode ser desprezado, pois como bem refere Heidegger³³⁵ “algo somente é entendido em relação a algo”, senão vejamos

Toda enunciação, tanto a que afirma como a que nega, tanto o verdadeiro como o falso, é com igual originariedade. A mostraçãõ é reunir e separar. Entretanto, Aristóteles não desenvolveu a questão até perguntar: Que fenômeno é o que, no interior da estrutura do λόγος, possibilita e ao mesmo tempo exige a caracterização de toda enunciação como síntese e diérese? O que com as estruturas formais do ‘ligar’ e ‘separar’, ou mais exatamente com a unidade de ambos, devia ser fenomenicamente encontrado é o fenômeno do ‘algo como algo’. Conforme essa estrutura, algo somente é entendido em relação a algo, em conjunção com ele, e de tal maneira que esse confronto *entendedor*, ao mesmo tempo em que reúne, separa o reunido, articulando-o numa *interpretação*. Se o fenômeno do ‘como’ permanece encoberto e, sobretudo, oculto em sua origem existenciária a partir do ‘como’ hermenêutico, então a base fenomenológica de Aristóteles para a análise do λόγος se desfaz numa superficial ‘teoria do juízo’, segundo a qual julgar é ligar e separar representações e conceitos.

O segundo grande mal-entendido reside na maneira com que os conceitos filosóficos são relacionados entre si. O que não se pode ignorar é que, na complexidade do mundo da vida, a conceituaçãõ das coisas possui também um complexo sistema de origem, que, em sendo menosprezado, pode resultar numa série de conexões equivocadas.³³⁶

A principal preocupação, portanto, concentra-se no problema interpretativo decorrente do alto grau de subjetividade que, por vezes, o intérprete acredita possuir e ser suficiente para produzir um profundo déficit de democracia. Daí a importância da função *referencial*, já aludida, que procura evitar a determinação dos fenômenos a partir de abordagens teóricas previamente determinadas, impedindo a tematização dos verdadeiros pressupostos interpretativos postos em jogo.

Nesse aspecto, os conceitos também devem ser concebidos no seu caráter indicativo formal, possibilitando a correta ligação com o *Dasein*. De fato, a própria historicidade intrínseca ao *Dasein* já revela a conexão necessária entre os conceitos, assim como sua característica de estar em constante transformação.

³³⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 449, grifo do autor.

³³⁶ Nesse aspecto é possível relacionar com o que Lenio Streck denomina de “Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia”, considerada a preocupação fulcral da teoria da decisão desenvolvida no âmbito do *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos/RS, também bastante recorrente na perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), abordagem que será retomada no terceiro capítulo desse trabalho. Cf. STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Revista Ajuris**, v. 41, n. 135, set., 2014b.

A historicidade é fundamental em qualquer processo interpretativo na medida em que, pela linguagem, ela propicia a interpretação de si mesmo, pois, somente a partir daí é que se poderá traçar uma imagem contingencial das coisas, livre da visão solitária e solipsista do observador

Temos como tema a consciência histórica enquanto expoente da interpretação, enquanto *modo de ser público da vida*. Como modo de interpretação, apresenta-se também para o público no modo de seu ser, isto é, como interpretação. Isso quer dizer: a consciência histórica está aí, expondo-se *no caráter público sobre uma determinada interpretação de si mesma*, mantendo-se nela e dominando-a assim por completo. Em tal interpretação de si mesma ela o traz à linguagem, aquilo que é para ela o importante com vistas ao próprio ser-aí da vida. Portanto, enquanto modo de interpretação do ser-aí, deve mostrar em sua interpretação de si mesma justamente o que é o mais importante para o próprio ser-aí. Que seja assim, caberá ver na interpretação que a consciência histórica caracterizada faz de si mesma. (De maneira correspondente, a partir da autointerpretação da filosofia).³³⁷

Na verdade, os conceitos não podem ser trabalhados isoladamente. O processo interpretativo exige uma adequada correlação entre a estrutura das indicações formais e as transformações ocasionadas pelo *Dasein*, enquanto ente que compreende o *ser* dos entes. Uma interpretação somente será genuína na medida em que o *Dasein* se apropria daquilo que vem expresso nas indicações, resultado da função *reverso-transformacional* das indicações formais, isto é, tratando das questões de uma forma mais abrangente, analisando o fenômeno não só pelo seu conteúdo, mas pelo modo de acesso a tais conteúdos.

Por óbvio, a relação do *Dasein* com o método das indicações formais é o que propicia a concretização da atividade interpretativa. Inexiste o ato interpretativo sem o envolvimento do intérprete, principalmente porque não basta a simples compreensão, exige-se o ingrediente fundamental que é o ato de vivenciar a própria experiência. Deve ocorrer uma transformação que é característica das indicações formais, cujo resultado da prática transformadora não é algo previamente estabelecido.

³³⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ontologia**: Hermenêutica da facticidade. Tradução de Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012b, p. 61, grifo do autor.

3.3.6 As Indicações Formais e o Círculo Hermenêutico

A dinâmica da compreensão hermenêutica e a estrutura básica de toda inteligência humana concentram-se exatamente no círculo hermenêutico, ou seja, é necessário compreender o todo de um texto a partir de suas partes e estas a partir do todo.³³⁸

Não há como interpretar um texto somente com dicionários e gramáticas, mas é necessário resgatar o mundo e o contexto de possibilidades no qual o objeto interpretado foi determinado. A interpretação do passado deve estar vinculada com a *situação hermenêutica* e, dessa forma, aberta a (re) visão. Como refere Gadamer,³³⁹

A reflexão hermenêutica de Heidegger tem o seu ponto alto não no fato de demonstrar que aqui preza um círculo, mas que este círculo tem um sentido ontológico positivo. Toda a interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e das estreitezas dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’.

O ato interpretativo exige a interação do intérprete com o texto, permitindo-se a superação de subjetivismos e abrindo-se espaço para a antecipação de sentido. Portanto, compreender um texto é, antes de qualquer coisa, deixar que ele o interpele, de tal modo que a antecipação de sentido possa conduzir a uma adequada interpretação.

Interpretar, como já foi dito, não é partir de um grau zero de significação. Na medida em que ser-no-mundo pressupõe um contexto semântico já existente,³⁴⁰ o ato interpretativo envolve o compromisso e a responsabilidade do intérprete na busca de uma adequada coerência entre as partes e o todo e entre o todo e as partes.

Para Heidegger, a estrutura circular da compreensão hermenêutica não pode, de maneira nenhuma, desembocar num ato puramente psicológico que permita um acesso

³³⁸ “Nunca se tem o *todo* pela frente na compreensão; vai-se das *partes ao todo* e, depois, inversamente, do *todo às partes*, este ir-e-vir cria uma singularidade: só posso compreender o todo a partir das partes e vice-versa, o que significa que a *compreensão* é marcada por essa circularidade.” Cf. STEIN, Ernildo. **Racionalidade Existência:** o Ambiente Hermenêutico e as Ciências Humanas. Revisão e Organização de Rafael Tomaz de Oliveira. 2. ed. Ijuí: Unijuí 2008b, p. 52, grifo do autor.

³³⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** Tradução de Flávio Paulo Meurer e nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 355.

³⁴⁰ “Quando Heidegger põe a questão do ‘sentido do ser’, ou quando outros empregam a palavra ‘sentido’, o que pretendem é mostrar como o universo da significação se baseia na valoração. É por isso que Wittgenstein pode dizer que o universo da significação *isonômica* – em que a linguagem corresponde ao objeto – tem de ser fundamentado pelo sentido, pela valoração, a qual se expressa como ‘formas de vida’ – não há formas de vida que não se expressem em valor, ou ‘modos de ser’ do ‘ser-aí’, que não estejam sempre ligados a um certo sentido, o que significa, a um certo valor. Não há captação pela compreensão em que não haja o sentido acompanhando o valor. *Não há compreensão sem a valoração.*” Cf. STEIN, Ernildo. op. cit., p. 53, grifo do autor.

direto do intérprete e a partir do qual se atinja uma plena compreensão. Pelo contrário, toda a compreensão humana está determinada, de um modo permanente, pelo movimento de antecipação próprio do ser marcado por uma pré-compreensão. O círculo hermenêutico corresponde à estrutura existencial do existir humano no mundo, que é um ser simultaneamente encarnado, finito e inteligente, isto é, sempre já marcado por uma relação de sentido.

A interpretação denominada existenciária dirá que todas as respostas se encontram na vida fática, inexistindo algo que possa ser irrevogável, exatamente porque a vida é finita e circular. O método das indicações formais tem exatamente no aspecto da provisoriedade a sua maior contribuição. Merece registro, no ponto, esse aspecto fundamental das indicações formais

Enquanto na vida fática tudo for clarificado, se encontrar de algum modo num discurso inexpressão, 'estiver' numa interpretação irrevogável e faticamente ruinante, nela encontra-se a possibilidade e a necessidade fática (ou demonstração de genuinidade) da *indicação formal* como método do principiar da interpretação categorial existenciária.³⁴¹

Nesse contexto, claramente não metodológico, aquele que compreende antecipa sempre um esboço do conjunto do que é visado, resultando no aparecimento de um primeiro sentido. A compreensão consiste no próprio aperfeiçoamento desse projeto prévio, sempre falível – porque finito – e sujeito à revisão por um ulterior aprofundamento do sentido. Interpretar é, portanto, partir sempre de conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados (indicações formais). Heidegger sabe que, devido à finitude, quem tenta compreender, expõe-se sempre ao erro das opiniões prévias que não se confirmam nas coisas. A compreensão apenas se realiza verdadeiramente quando protegida de arbitrariedades (subjetivistas), permitindo-se, portanto, que seja possível olhar para as coisas como elas mesmas.

A compreensão hermenêutica não pode entregar-se, de fato, ao acaso de opiniões previamente concebidas. É imprescindível, assim, estar disposto a ser interpelado e a aceitar o novo e o diferente (transcender). E, isso só acontece quando se põe em causa os pressupostos do intérprete, fazendo-o entrar em jogo. São, de fato, os pressupostos não tematizados pelo solipsismo que prejudicam a compreensão hermenêutica. Daí a importante contribuição, para o ato interpretativo, do método das indicações formais.

³⁴¹ HEIDEGGER, Martin. **Interpretações fenomenológicas sobre Aristóteles**: introdução à pesquisa fenomenológica. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011a, p. 150, grifo do autor.

Para além da preocupação filosófica verificada na obra de Heidegger, principalmente com os conceitos filosóficos *a priori* e com o predomínio da relação sujeito-objeto, não há dúvida de que o pensamento heideggeriano, envolvido com o processo interpretativo (basicamente com o sentido das coisas), ocupa-se do método das indicações formais exatamente como um antídoto para combater o pensamento da tradição metafísica kantiana.

O método das indicações formais se reveste do caráter da incompletude. Os conceitos são apresentados de maneira provisória, já que a materialização de sentido dependerá do caminho de análise indicado pelo conceito provisório. Nesse sentido, a característica de revisão ou até mesmo de rejeição do conceito inicial é um aspecto essencial do método das indicações formais.

O processo interpretativo sempre terá um ponto de partida (indicativo) obscuro e ainda não tematizado, também denominado de *pré-compreensão*. Tal elemento deve integrar o que Heidegger denominou, no 2º § de *Ser e Tempo*, de *estrutura do círculo hermenêutico*³⁴² que, para não se tornar vicioso, deve-se ter o cuidado de considerá-lo sempre como ponto de partida. O decisivo não está em sair do círculo, mas ingressar nele de um “modo correto”,³⁴³ parafraseando Heidegger.

Heidegger faz um alerta: assim ocorre com as indicações formais, o conceito provisório de que se dispõe e o modo como se segue a indicação, não podem ser elementos aleatórios e indiferentes ao resultado da investigação. Se o conceito inicial possui um sentido obscuro ou se o intérprete se mantém vinculado ao significado provisório, certamente o resultado obtido não será adequado, pois o círculo de fato seria vicioso. O círculo hermenêutico satisfatório será aquele que funciona como uma espiral: é necessário que se ultrapasse o ponto inicial, entretanto, mantém-se uma estrutura adequada que é coerente com o ponto de partida.

³⁴² “A pergunta pelo sentido de ser deve ser *feita*. Se é uma pergunta ou mesmo *a* pergunta-fundamental, então tal perguntar exige uma adequada transparência. Por isso é preciso discutir brevemente o que em geral pertence a uma pergunta a fim de, a partir daí, poder mostrar a questão-do-ser como uma *assinlada* pergunta.” Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes 2012a, p. 39, grifo do autor.

³⁴³ “O decisivo não é sair do círculo, mas nele penetrar de modo correto. Esse círculo do entender não é um círculo comum, em que se move um modo de conhecimento qualquer, mas é a expressão da existenciária *estrutura-do-prévio* do *Dasein* ele mesmo. O círculo não deve ser degradado em *vitiosum* nem ser também somente tolerado. Nele se abriga uma possibilidade positiva de conhecimento o mais originário, possibilidade que só pode ser verdadeiramente efetivada de modo autêntico, se a interpretação entende que sua primeira, constante e última tarefa consiste em não deixar que o ter-prévio e o conhecer-prévio lhe sejam dados por ocorrências e conceitos populares, mas em se assegurar do tema científico mediante sua elaboração a partir das coisas elas mesmas.” Cf. HEIDEGGER, Martin. op. cit., p. 433, grifo do autor.

Na verdade, Heidegger dirá que a própria compreensão, ou a relação do próprio ser do *Dasein*, tem a peculiaridade de ser sempre “antecipado” a si mesmo, projetando-se em relação ao mundo e às suas possibilidades. Do mesmo modo, a própria situação histórica confirma que o *Dasein* não é e não pode ser um ente neutro em relação à sua situação atual (*Shuld*), pois está determinado pelo que foi e sua situação atual certamente determinará o que será. Portanto, não há como negar a relação circular (círculo hermenêutico) da compreensão que constitui o *modo de ser* fundamental do *Dasein*, como assevera Heidegger³⁴⁴ em *Ser e Tempo*

O ‘círculo’ no entender pertence à estrutura do sentido, fenômeno que tem suas raízes na constituição existencial do *Dasein*, no entender interpretante. O ente para o qual, como ser-no-mundo, está em jogo o seu ser ele mesmo tem uma estrutura ontológica de círculo. Entretanto, a se considerar que ‘círculo’ pertence ontologicamente a um modo-de-ser de subsistência (consistir), que se evite em geral a caracterização ontológica, mediante esse fenômeno, de algo assim como *Dasein*.

Nesse sentido, é possível alinhar o pensamento do círculo hermenêutico como característica fundamental para a compreensão do *Dasein* (circular), com o método das indicações formais e reconhecer a íntima relação que há entre eles, principalmente porque tanto num como no outro se exige uma estreita relação com o *Dasein* concreto (fenomenológico),³⁴⁵ como pressuposto filosófico de estar sempre relacionado com o seu modo de ser.

3.3.7 O *Dasein* e as Indicações Formais

O *Dasein*³⁴⁶ se constitui num dos termos mais relevantes para a compreensão da filosofia heideggeriana, pois é o ponto de partida para a ontologia existencial, na medida

³⁴⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 435.

³⁴⁵ “Nesse sentido, é possível afirmar que a consideração da dimensão ontológico-existencial somente irá contribuir para a temática filosófica do conhecimento através de uma análise fenomenológica do conhecimento. Mas essa análise precisa ter uma tematização do cotidiano, a qual considere os indícios-formais como uma contribuição para a mudança de perspectiva sobre o que significam os conceitos filosóficos.” Cf. VEIGA, Itamar Soares. **Cotidiano e Queda**: uma análise a partir do §38 de *Ser e Tempo*. Porto Alegre: Clarinete, 2012, p. 87.

³⁴⁶ “Retoma o sentido original da palavra, ‘ser-aí’, escrevendo frequentemente *Da-sein* para frisá-lo. *Dasein* está essencialmente no mundo e ilumina a si mesmo e ao mundo. O ‘aí [das Da]’ é o espaço que abre e ilumina: ‘O aí [Das Da]’ não é um lugar [...] que contrasta com ‘lá’ [‘dort’]; *Da-sein* significa não estar aqui em vez de lá, nem mesmo aqui ou lá, mas é possibilidade, a condição de ser orientado por um estar aqui e estar lá’. (XXXVII,136).” Cf. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar 2002, p. 29.

em que, como ente privilegiado, é capaz de compreender o *ser*. Portanto, buscando-se analisar o sentido do *ser*, necessário se faz compreender o ente que compreende o *ser*.

É somente na existência (*Existenz*)³⁴⁷ que o *Dasein* exerce o seu modo de ser, enquanto ente capaz de compreender o *ser* e, *jogado-no-mundo*, cercado de infinitas possibilidades.

Perguntar pelo quem do *Dasein* é apontar necessariamente para o *eu* ao qual ele responde em cada caso. Ora, tendo em vista a complexidade dos fenômenos e das experiências da vida, tudo sempre é vivenciado a partir de uma posição determinada, ou seja, a partir do *eu*. Daí o questionamento sobre o risco da limitação do *Dasein* a partir de uma autointerpretação. O filósofo alerta que “o 'eu' deve ser entendido somente como uma indicação formal”.³⁴⁸

Nesse contexto de significação indissociado do mundo, não há forma de conceber um eu sem um mundo e tampouco um eu isolado dos outros *eus*. É assim que se mostra a interpretação do *Dasein* a partir de sua cotidianidade e a sua inter-relação com o mundo da vida.³⁴⁹

Heidegger³⁵⁰ ratifica o aspecto indicativo-formal da sua metodologia de investigação, ao referir que a direção é estabelecida de antemão por aquilo que o conceito inicial indica: já “está tudo iluminado, ainda que de modo crepuscular, pela luz de uma ideia 'previamente suposta' de existência”; do mesmo modo, também a ideia inicial possui algo que a guia, pois a “indicação formal (*formale Anzeige*) da ideia de existência se guiava pela compreensão de ser que se encontra no próprio *Dasein*”.

A estrutura indicativo-formal de toda análise provém justamente do modo de ser do *Dasein*, como observa Heidegger³⁵¹

³⁴⁷ “O conceito ‘existencial’ (o de Heidegger) de existência significa o ser si mesmo do homem à medida que está relacionado não com o si mesmo individual, mas com o ser e a relação com o ser. *Existenz* agora concerne à relação de *Dasein* com ser, mais do que com os entes, preparando, assim, uma superação da metafísica.” Cf. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar 2002, p. 59.

³⁴⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser y Tiempo**. Tradução Jorge Eduardo Rivera. Madrid, Trotta, 2003b, p. 116.

³⁴⁹ “O ser que, para esse ente, *está em jogo* em seu ser é, cada vez, o meu. Por isso, o *Dasein* nunca pode ser ontologicamente apreendido como caso ou como exemplar de um gênero de ente como subsistente. A esse ente seu ser lhe é ‘indiferente’, ou mais precisamente, ‘é’ de tal modo que para ele seu ser não pode ser nem indiferente, nem não-indiferente. O pôr em questão o *Dasein*, conforme o caráter do *ser-cada-vez-meu* desse ente, deve incluir sempre o pronome *pessoal*: ‘eu sou’, ‘tu és’.” Cf. HEIDEGGER, **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 141, grifo do autor.

³⁵⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser y Tiempo**. Tradução Jorge Eduardo Rivera. Madrid: Trotta, 2003b, p. 313.

³⁵¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 139, grifo do autor.

A essência do *Dasein* reside em sua *existência*. Os caracteres que podem ser postos à mostra nesse ente não são, portanto, ‘propriedades’ subsistentes de um ente que subsiste com este ou com aquele ‘aspecto’, mas modos-de-ser cada vez possíveis para ele e somente isso. Todo ser-assim desse ente é primariamente ser. Por isso, o termo ‘*Dasein*’ com que designamos esse ente não exprime o seu *que*, como é o caso de mesa, casa, árvore, mas o ser.

Portanto, torna-se necessário reconhecer que a compreensão do ser do *Dasein* é a guia de toda a filosofia heideggeriana. Da mesma maneira o modo de ser do *Dasein* se caracteriza pelo encobrimento (*impressoal*), e sempre ressurgirá a necessidade do desvelar (*Aletheia*)³⁵², que constitui o círculo hermenêutico. Na medida em que se evita aceitar o movimento circular, está se eliminando, na verdade, a estrutura do cuidado (responsabilidade), o que praticamente inviabiliza a adequada compreensão do modo de ser do *Dasein*. Como Heidegger reiteradamente sustenta, o próprio filosofar é antes de tudo um tipo de comportamento do *Dasein*.

Uma das principais dificuldades encontradas no trabalho de Heidegger está naquilo que denominou de “*a elaboração da ideia de um conceito natural de mundo*”, contida no § 11 de *Ser e Tempo*, isto é, decorrente da ‘recepção’ e ‘estratificação’ de determinados conceitos prévios e interpretações pelas ciências positivas a cerca do *Dasein* humano em geral.

O agir descrito por Heidegger como sendo a característica básica da filosofia da modernidade é o principal guia do racionalismo e do predomínio da metafísica, na medida em que predomina a relação sujeito-objeto e acentua o esquecimento do ser, tornando corrente a ideia de subsistir coisas sem fundamento. Não há mais o fundamento, algo é porque é, sem a necessidade de qualquer indagação crítica.

O parágrafo 11 de *Ser e Tempo*, já referido, explicita exatamente o problema da adoção de conceitos (principalmente pelas ciências positivas) como se eles subsistissem a tudo, inclusive às vicissitudes e às complexidades do cotidiano

Por mais fácil que possa ser a delimitação da problemática ontológica diante da pesquisa ôntica, a elaboração e sobretudo a fixação do *ponto-de-partida* de uma analítica existencial do *Dasein* não deixam de apresentar dificuldades. Em sua tarefa está contido um *desideratum* que de há muito inquieta a filosofia, mas em cuja obtenção ela sempre malogra de novo, a saber *a elaboração da ideia de um ‘conceito natural do mundo’*. A riqueza

³⁵² “Desde o início Heidegger afirma que *aletheuein* é ‘retirar do encobrimento [Verborgenheit], desocultar [entdecken]’; *aletheia* é ‘desocultação’ (XXXI, 162); e *alethes* é ‘desencoberto [Unverborgen (es)]’ (ST, 33, 219).” Cf. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 5.

de conhecimentos sobre as mais diversas e longínquas culturas e formas do *Dasein* de que hoje dispomos parece tornar essa tarefa frutífera, mas isso é somente uma aparência. No fundo, tal plethora de conhecimento leva ao não reconhecimento do próprio problema. A comparação de tudo e a tipificação sincrética já não dão por si mesmas um autêntico conhecimento-de-essência. O domínio do múltiplo numa tabela geral não garante um entendimento efetivamente real do que foi ordenado. O princípio autêntico da ordenação tem seu próprio conteúdo-de-coisa, o qual nunca pode ser encontrado pelo ordenar ele mesmo já nele pressuposto. De maneira que para ordenar imagens-do-mundo faz-se necessário a expressa ideia de mundo em geral. E se ‘mundo’ é ele mesmo um *constitutivum* do *Dasein*, a elaboração conceitual do fenômeno-mundo requer uma penetração nas estruturas-fundamentais do *Dasein*. As características positivas e as considerações negativas do presente capítulo tinham a finalidade de conduzir ao caminho acertado o entendimento da tendência e da atitude interrogativa da interpretação subsequente. Só indiretamente a ontologia pode contribuir para a promoção das disciplinas positivas já existentes. Por si mesma, ela tem uma finalidade própria, embora, por outro lado, para além da tomada de conhecimento do ente de que parte, a pergunta pelo ser seja o agulhão de toda a busca científica.³⁵³

A preocupação demonstrada por Heidegger é pertinente a todo o contexto interpretativo e conceitual, como é o caso das ciências positivas, principalmente porque expressa algumas características determinantes para o modo de condução das coisas na modernidade.

Não resta dúvida, portanto, de que o pensamento heideggeriano contém uma nova perspectiva em relação à apreensão das coisas, principalmente na apreensão dos entes em seu *ser*. Se todo o comportamento cognitivo se dirige a algo, é nítida a escolha filosófica por um comportamento que prioriza a decisão em favor de uma atitude frente ao mundo. Ora, o “dirigir-se” heideggeriano aposta naquilo que erigiu como princípio fundamental da filosofia, ou seja, um comportamento cognitivo capaz de guiar o intérprete a encontrar a direção (metodologia das *indicações formais*).

A relação interpretativa do *Dasein* pode ser considerada como pragmática. É possível associar a denominação com prática (*pragma*), com experiência, ou seja, com a atividade cotidiana do indivíduo. Sendo assim, o método das indicações formais pode ser descrito

³⁵³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 167, grifo do autor.

como um intento pragmaticista, na medida em que se preocupa com o dualismo interpretativo: subjetivista e matemático-objetivista.³⁵⁴

Nessa perspectiva, faz-se necessário deixar falar a experiência concreta da vida fática,³⁵⁵ pois é somente na realização das indicações formais que será possível compreender a sua estrutura e necessidade. Antecipar sentidos, sem deixar de percorrer a indicação apontada pelo comportamento é incorrer em falta de clareza metodológica, pois encontrar sentidos e resultados exige a experiência do comportamento cognitivo.

A metodologia das indicações formais, como já referido, não comporta uma análise procedimental das coisas, porque não se sustenta como atividade eminentemente científica reduzida ao mero campo intelectual. Também não pretende por si só englobar todas as informações sobre as estruturas da vida fática.

A partir da característica meramente indicativa proposta por Heidegger, ele irá sugerir duas funções básicas: i) *função reversivo-transformacional* busca uma nova perspectiva para o procedimento comum da Filosofia, tratando das questões de uma forma mais abrangente, analisando o fenômeno não só pelo seu conteúdo, mas pelo modo de acesso a tais conteúdos; ii) *função referencial*, visa evitar que abordagens teóricas determinem o fenômeno a partir de uma matriz única e pré-determinada, impedindo a tematização dos pressupostos interpretativos.

Na perspectiva referencial, a indicação formal é ao mesmo tempo (i) vazia e (ii) determinada: (i) vazia porque está aberta para uma atualização que ocorrerá na medida em que se realize a própria indicação, mostrando-se, portanto, o conteúdo concreto da indicação formal – forma a ser preenchida –; (ii) determinada porque, embora esteja aberta a indicação, aponta para uma direção determinada que deve ser seguida – indexical, indicial, indicativa –. Assim, ela não é de todo indefinida, e nem poderia deixar de ser, sob

³⁵⁴ “Outro ponto segundo o qual Heidegger e o pragmatismo estão ligados é sua profunda desconfiança frente às metáforas visuais que ligam Husserl a Platão e Descartes. Husserl e Carnap compartilham da esperança platônica tradicional de ascender a um ponto de vista a partir do qual as interconexões entre todas as coisas poderiam ser avistadas. Para ambos, a meta da filosofia é desenvolver um esquema formal no qual todas as áreas da cultura pudessem ser alocadas. Ambos são filósofos do que Hilary Putnam chamou ‘o ponto de vista do olhar de Deus’. O termo de Heidegger para tais tentativas de apreender como Deus o reino da possibilidade, as tentativas de ter uma categoria pronta para aprisionar todo e qualquer evento que possa ocorrer, é ‘o matemático’. Ele define *ta mathemata* como “aquilo ‘sobre’ as coisas que nós sabemos de antemão”. A busca pelo matemático, por um esquema formal a-histórico, era, na perspectiva de Heidegger, a ligação oculta entre a fenomenologia husserliana, o positivismo carnapiano e a tradição objetivista.” Cf. RORTY, Richard. **Ensaio sobre Heidegger e outros Escritos Filosóficos 2**. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999, p. 25, grifo do autor.

³⁵⁵ “Tudo é clarificado na vida fática, [...] reside nessa vida a possibilidade e a necessidade fática (ou prova de genuinidade) da indicação formal enquanto o método de aproximação da interpretação existencial-categorial”. Cf. HEIDEGGER, Martin. (GA 61; WS 1921-2). **Phenomenological interpretations of Aristotle: initiation into phenomenological research**. Translated by Richard Rojcewicz. Indianapolis: Indiana University Press, 2001, p. 100.

pena de não se saber mais o que se está investigando, caindo num dos principais problemas da modernidade: a *subjetividade*.³⁵⁶

Dessa forma, há uma prevenção característica do método, evitando que o intérprete possa pretender fixar um sentido categorial, autonomamente, desgarrando-se dos pressupostos interpretativos à disposição para o caso concreto, pois negar os pressupostos interpretativos presentes na análise constitui um erro de *princípio*.³⁵⁷

A autonomia interpretativa de que se fala é explicitada por Rorty,³⁵⁸ dizendo

A esperança de que um tal contexto possa ser encontrado é uma versão do que Heidegger chamou a esperança de autenticidade – a esperança de tornarmo-nos a nossa própria pessoa, em lugar de não passarmos da criação de nossa educação e de nosso ambiente. Como enfatizou Heidegger, para atingirmos a autenticidade nesse sentido não é necessário *rejeitarmos* o nosso passado. Em vez disso, pode ser uma questão de reinterpretar esse passado de maneira a torná-lo mais adequado para os nossos próprios propósitos. Mas é essencial haver vislumbrado uma ou mais alternativas para os propósitos que a maioria das pessoas considera evidentes, e ter escolhido entre essas alternativas – e com isso, em certa medida, criado a nós próprios. Como nos conta Harold Bloom, a importância de se ler muitos livros é conscientizar-se de um grande número de propostas alternativas, e a importância disso é tornar-se um eu autônomo. Autonomia, nesse sentido não kantiano e distintamente bloomiano, é exatamente a mesma coisa que a autenticidade heideggeriana. É o traço distintivo do intelectual.

Nesse sentido, o método filosófico heideggeriano proposto para apreender as coisas, exige uma transformação no próprio sujeito envolvido na tarefa interpretativa. O intérprete deve se colocar em questão e estar disposto a modificar-se ao longo da investigação, possibilitando a plena realização do comportamento cognitivo que caracteriza a Filosofia, pois, na medida em que se altera a visão que se tem das coisas, também ocorrerá uma modificação do próprio intérprete (*função reversivo-transformacional*).

³⁵⁶ “Como señala Esser, ‘este horizonte de expectativa no es subjetivo, sino general, representa la comprensión del Derecho de enterros grupos sociales, com la que el juez há de enfrentarse em su interpretación. Tal enfrentamiento no es algo que se añada posteriormente al acto de hallar el Derecho aplicable, sino que más bien es algo que determina su dirección y su curso atendiendo al consenso social para una resolución razonable’.” Cf. CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. *La Hermenéutica Filosófica y el Dilema de las Decisiones Objetivamente Correctas. Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Dirigido por Martín Laclau. n. 21, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 145.

³⁵⁷ No ponto, ao falar de *princípio*, acredita-se que, tanto Heidegger, como Dworkin, Gadamer e tantos outros, utilizam esta expressão do mesmo modo como pensado originalmente por Kant, ou seja, uma expressão que contém uma atitude racional imperativa, determinante para uma conduta independentemente da vontade do intérprete. Como exemplo, a dignidade humana.

³⁵⁸ RORTY, Richard. **Filosofia como Política Cultural**. Tradução João Carlos Pijnappel. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 157, grifo do autor.

3.4 AS INDICAÇÕES FORMAIS E A SUA FUNÇÃO AUXILIAR AO MÉTODO FENOMENOLÓGICO HEIDEGGERIANO

As indicações formais vêm para reforçar o método fenomenológico e podem, também, ser comparadas a uma ferramenta utilizada com o intuito de re(introduzir) o mundo fático ao processo interpretativo que, como identificado por Heidegger, já há muito foi abandonado pela Filosofia clássica.

No Direito, que é o objeto dessa tese, as indicações formais não operam de forma diversa, já que nele, assim como em qualquer processo cognitivo-cultural realizado pelo homem (linguagem), o exercício interpretativo é algo que se dá de forma ininterrupta.

As indicações formais de que fala Heidegger estão representadas no Direito como sendo todo o conteúdo produzido materialmente e presente no mundo jurídico, como leis, regras, princípios, jurisprudência,³⁵⁹ etc., os quais indicam para uma direção de sentido, demonstrando que o intérprete possui um norte que deve ser considerado e respeitado, isto é, deve ser considerado que em qualquer processo interpretativo o cuidado na aplicação dos institutos jurídico é uma premissa fundamental. Deve-se cuidar e zelar por aquilo que é determinante de alguma forma, mesmo que minimamente.

A pré-compreensão, ou conjunto de significabilidade, que aqui se poderia nominar de *moralidade jurídica*, que há perante a comunidade jurídica, herança da tradição histórica, fornece elementos suficientes ao operador do Direito para lidar de forma coerente e responsável com todo o conteúdo jurídico materialmente (formalmente) indicado. Assim, abre-se espaço para o que se pode denominar de ética do cuidado, que se desdobra em algumas contribuições jurídicas de grande relevância para a democracia, tais como a

³⁵⁹ Nesse aspecto, acima de qualquer coisa, os precedentes (*common law*) integram o conceito de indicações formais, principalmente porque, embora sejam a expressão interpretativa da lei diante de uma situação já ocorrida, eles somente terão sentido no caso concreto (*applicatio*), contextualizado no *tempo* próprio de determinado caso.

“*Teoria da Legislação*”³⁶⁰ (Manuel Atienza e Adalberto Hommerding) ou com uma “*Teoria da decisão*”³⁶¹ (Ronald Dworkin e Lenio Streck).

Afirmar que há *moralidade jurídica* no contexto de significabilidade do Direito é poder dizer que, independentemente de constar na Lei nº 13.105/2015 (introduziu o novo Código de Processo Civil), todas as decisões judiciais devem, necessariamente, ser interpretadas segundo a boa-fé,³⁶² prescindindo, portanto, que tal disposição venha expressamente contida no Código de Processo Civil, no Código Civil ou em qualquer outra lei. Está incorporado ao sistema jurídico brasileiro que as decisões judiciais devem respeitar os princípios da jurisdição contidos na Constituição e, sendo assim, é possível afirmar que respeitar esse conjunto principiológico é reconhecer a moralidade jurídica edificada no seio da estrutura de significação jurídica.

A transposição do método das indicações formais para o Direito constitui a filosofia hermenêutica como condição de possibilidade para construir pontes entre a Filosofia e o Direito. O método das indicações formais tratado nesta tese, além de indicar para uma dimensão não objetivável (liberdade, dignidade, igualdade...), conduz o direito a um verdadeiro acerto de contas com a Filosofia, na medida em que o Direito, assim como as ciências em geral, perdeu-se no encobrimento metafísico produto da razão moderna.

Para Heidegger, a Filosofia não se contrapõe à ciência objetiva, mas trabalha noutra dimensão. Os conceitos filosóficos, então, como pontua Jorge Antônio Torres Machado,³⁶³ caracterizam-se por serem “indícios formais” (*Formale Anzeige*) daquele único ser capaz de compreender a si e o mundo, merecendo transcrição

³⁶⁰ “Por todo es que el vínculo de las dichas racionalidades lingüísticas o jurídico-formales con la racionalidad ética es muy intenso. Y por ello es que la creación dela ley debe fundarse objetivamente, pues hay valores objetivos a los cuales necesariamente el legislador debe remitirse em razón da la tesis de la unidad de valor. Y la ley, por tanto, tendrá como su sostenedor el fundamento moral. De hecho, aqui hay que remitirse a la responsabilidade de los legisladores que no pueden hacer las leyes de cualquier modo.” Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 215.

³⁶¹ “Implica um rigoroso controle das decisões judiciais, porque se trata, fundamentalmente, de uma questão que atinge o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo: a democracia. Se ficarmos à mercê da razão prática para superar o formalismo exegetista, estaremos substituindo o juiz boca-da-lei pelo “proprietário dos sentidos da lei”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b, p. 328.

³⁶² Seção II – Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença, Art. 489 - São elementos essenciais da sentença: § 3º “A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.” Cf. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 de fev. de 2016.

³⁶³ MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 12.

A ciência objetiva, nesse aspecto, “pressupõe uma dimensão anterior à qual não temos acesso direta ou objetivamente. As ciências, em sua positividade dominadora, apreendem as coisas com a intenção de melhor controlá-las. Essa não seria a função da filosofia, que trabalharia com indícios antropológicos não objetivos de como o homem compreende, como o homem se sente afetado pelo mundo, como o homem discorre sobre as coisas, etc. Nesse sentido, a objetivação e a positividade da ciência não são sua primeira instância. O primeiro elemento ocorreria numa espécie de circularidade hermenêutica da compreensão de si e do mundo a que nunca temos acesso direto, a não ser por indícios formais.

A partir dos indícios formais, Heidegger recolhe vários conceitos, como por exemplo *schuld* (débito), com que a teologia trabalha para construir seu próprio arsenal filosófico. As ciências ônticas, assim, poderiam fornecer elementos indiciais para a construção de conceitos filosóficos. Heidegger teria demonstrado essa possibilidade na conferência *Fenomenologia e teologia*, datada de 1927. E isso, segundo Torres Machado,³⁶⁴ ainda seria possível em áreas antropológicas como a psicanálise, as ciências literárias, a ética e, como no caso da presente tese, inclusive o Direito.

Heidegger interpreta a teologia desvinculada de um ente supremo, enfatizando o aspecto existencial do *Dasein*. Da mesma forma, consoante Torres Machado, a psicanálise pode fornecer indícios antropológicos importantes sobre o ser humano. Com o Direito, pensa-se, não seria diferente. A “espinha dorsal” da investigação que ora se propõe realizar são os indícios formais.

O método dos indícios formais altera a relação sujeito-objeto, própria da filosofia da consciência, superando a ideia do sujeito solipsista cartesiano. Agora, ao contrário do cogito, só existirá um *Dasein* em um mundo junto-com-os-outros.

E nesse aspecto, pelas mãos de Stein,³⁶⁵ Heidegger explicita a relação distinta que há entre o *Dasein* e o Eu transcendental, dizendo:

Segundo Heidegger, é preciso mostrar que o ser do *Dasein* é totalmente diferente daquele dos outros entes. Se a constituição do *Dasein* é completamente distinta daquele dos outros entes, então é possível encontrar nele mesmo o acontecer transcendental. Desnecessária a operação de ‘pôr o mundo entre parênteses’, recuar ao Eu transcendental, ao mundo da representação, para depois então recuperar o mundo fático. A constituição transcendental é uma possibilidade central da existência do próprio *Dasein*. E a maravilha é que a constituição existencial do *Dasein* torna possível a constituição transcendental de tudo que é positivo.

³⁶⁴ MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem**: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 14.

³⁶⁵ STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar**: uma juste com Heidegger. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011b, p. 65.

Para Heidegger, a consciência não consiste no fundamento absoluto da realidade, principalmente no momento em que aposta na faticidade e critica a tentativa de fundamentação teórico-cognitiva da realidade. Tudo, então, passa a poder ser visto, num plano transcendental, a partir da constituição existencial do *Dasein*.

A experiência da vida fática é utilizada por Heidegger para trabalhar a teoria do método fenomenológico enquanto indicação formal. Como refere Heidegger,³⁶⁶

A experiência fática da vida reside totalmente no *conteúdo*, enquanto o *como* está implícito nisso. É no conteúdo que têm lugar todas as mudanças da vida. No curso da jornada de um dia faticamente vivido, ocupando-me com coisas completamente diferentes é, contudo, na atuação fática da vida que surge, para mim, de modo não consciente, o *como* diferente de seu reagir em cada maneira diferente.

Toda interpretação eminentemente teórica deve ser evitada, já que o conteúdo de algo somente pode ser apurado no caso concreto decorrente da complexidade da vida, remanescendo tão somente aquilo que já foi apontado ou indiciado.

O método dos indícios formais não é, assim, apenas uma teoria, mas muito mais um modo de realização de vida na travessia do tempo. Embora repetindo, a indicação formal é investimento passivo que se desdobra numa postura de escuta, sem, contudo, desconsiderar o modo de ver teórico anterior, mas precisamente o conserva como exemplo de elucidação do caráter existencial do que foi, do que é e do que será.

Portanto, a antecipação de sentido e a posição prévia têm relevância única na fixação de sentido do método das indicações formais, pois é a partir delas que se possibilita criar uma perspectiva a respeito de um âmbito determinado, de uma visão de mundo.³⁶⁷

É possível afirmar, ainda, que o termo *método*, relacionado à indicação formal, não possui o caráter de determinar o uso no sentido de chegar a algum resultado predeterminado, mas abarca uma noção de cuidado na relação entre o acontecer dos fenômenos e o experienciar; o encontro livre das antecipações meramente teóricas e da perspectiva objetivante.

³⁶⁶ HEIDEGGER, Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010a, p. 17, grifo do autor.

³⁶⁷ “Concepção prévia e método, caminho encetado, jorram da mesma fonte de sentido. Sabendo-se isso, há que deixar em aberto (*offenzuhalten*) a fixação de sentido de *método* em favor de um significado formal indiciador, por exemplo, caminho para descrições e determinações propriamente concretas. Uma vez efetuado e consumado o processo da indicição formal de significado por concretizações próprias singulares, consumações singulares de caso a caso, então simultaneamente são anulados os aspectos antecipatórios na dinâmica da realização em processo.” Cf. SCHNEIDER, Paulo Rudi. Notas sobre a relação entre indicição formal e experiência. **Natureza Humana**. v. 14, n. 1, 2012, p. 39, grifo do autor.

Como já referido, é possível identificar nas pessoas a própria demonstração de funcionamento do método da indicação formal, a todo instante preenchidas pela facticidade.³⁶⁸ Daí a insistência na valorização da experiência concreta no ato interpretativo, o qual não subsiste sem o contexto de significabilidade já determinado. Preenchimento: preenche-se sempre uma forma, com conteúdo vivido, vivencial fático. Daí indício forma: sinal, termo, gesto.

Faz-se necessário transcender ao que está à disposição, pois, ater-se ao que já é ou ao teórico, ocasiona, inevitavelmente, o aprisionamento do *Dasein* na metafísica clássica, privando-o da relação com sua inevitável existência fática, sua experiência concreta.

Assim como acontece em qualquer processo investigativo, onde a observação, a descrição, a interpretação e a correlação levam ao descobrimento de fatos ocultos, o conceito de *Formale Anzeige* observa elementos do cotidiano do *Dasein* que relacionados entre si podem contribuir muito para o descobrimento de fatos ocultos.

O *Dasein* é tematizado em seu *ser-no-mundo*, onde se opera o *como* desse *Dasein*. O *como* é previamente dado (situação hermenêutica) que se denomina de analítica existencial ou ontologia fundamental. Assim, através do método das indicações formais, Heidegger chega aos existenciais (resultado dos indícios)³⁶⁹ que são descritos através da operação fenomenológica. Portanto, *Verstehen*, traduzido por “ficar em pé” ou “manter-se em” que carrega o sentido de compreender algo e não se resume ao que foi compreendido (manter-se aberto), contrário de *Verstand* (senso comum), assim como *Befindlichkeit*, traduzido por “estar situado”, “passar/sentir-se bem ou mal”, são modos de ser humano que Heidegger descreve através dos indícios formais, ou seja, o modo de ser-no-mundo do *Dasein*.

O que se pretende demonstrar, portanto, é que a lógica da relação sujeito-objeto é profundamente alterada pela intuição heideggeriana, afetando a tradicional teoria do conhecimento. Não pode mais subsistir o sujeito solipsista totalmente alheio aos fenômenos do mundo, como afirma Torres Machado,³⁷⁰ “O *Dasein*, desde sempre, é familiarizado com o fenômeno do mundo”.

³⁶⁸ Isso vem explícito em todo e qualquer ambiente antropológico. Para o homem, a vivência e a experiência contêm elementos cognitivos que somente podem ser incorporados pelo tempo. Existem inúmeros exemplos sociais em que a experiência é considerada elemento essencial para se exercer atividades hierarquicamente relevantes.

³⁶⁹ Os indícios formais estão na vida e apontam para estruturas existenciais (estruturais) do *Dasein*, modos-de-ser-no-mundo, proibindo a objetificação.

³⁷⁰ MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem**: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 18.

A estrutura fundamental do *Dasein* é ser-no-mundo. Somente o homem é um ser-no-mundo, não se somando ele aos entes no mundo e o mundo não se constitui na soma dos entes. O homem só é homem porque é ser-no-mundo, jamais estará fora do mundo e, portanto, sua ligação com o mundo não pode se dar por intermediários ou por uma ponte. Stein³⁷¹ acrescenta, dizendo que “O mundo surge, portanto, porque há ser aí. E o conjunto das significações que rodeiam o ser-aí”.

O conceito de mundo da analítica existencial, portanto, é correlato ao *Dasein*, local onde todos os entes encontram significação. Daí a impossibilidade de cisão entre mundo e interpretação, como observa Stein³⁷²

Mundo é aquilo ‘em que’ o ser-aí sempre já era, é aquilo para onde já sempre retorna quando vai. O mundo é essencialmente constituído pelo ser-aí. É o lugar em que todos os entes encontram significação, mas é, ao mesmo tempo, o lugar em que já se movimenta o ser-aí que dá sentido aos entes. Por isso o homem já sempre está no mundo, ao qual se dirige, quando dispõe dos entes a que dá sentido. A significação é decisiva na constituição do mundo. A significabilidade é aquilo que constitui a estrutura do mundo, em que o ser-aí enquanto tal sempre já está. Por isso, a mundanidade é um existencial do ser-aí. Os entes puramente subsistentes, neutros, estão num mundo não-humano, e sua mundanidade é categorial e não existencial. A mundanidade como existencial é um conceito ontológico e significa a estrutura de um momento constitutivo do ser-no-mundo.

O conceito de *Dasein*, portanto, foge da filosofia kantiana e da filosofia aristotélica do ser, simplesmente porque elas estabelecem um contexto de significação dissociado da faticidade e, conseqüentemente, da temporalidade. Nesse contexto, o *Dasein* para a metafísica, ao contrário de ser pensado como compreensão do ser, é aprisionado como objeto, atemporal, subsistente junto das coisas simplesmente dadas (*Vorhandenheit*) e dos utensílios (*Zuhandenheit*).

A proposta heideggeriana em seu “transcendental” se diferencia em muito do “transcendental” kantiano, sendo que a diferença está exatamente no caráter existencial. Ora, o *Dasein*, como ser-no-mundo, não se relaciona com as coisas de uma forma artificializada ou objetivante, mas sempre transcende os entes pela relação temporal *ec-*

³⁷¹ STEIN, Ernildo. **Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011a, p. 66.

³⁷² STEIN, Ernildo. op. cit., p. 67.

stática. Como refere Torres Machado,³⁷³ “ao mesmo tempo, em que o Dasein está junto com as coisas, este transcende-as na medida em que é remetido ao passado e ao futuro”.

3.5 O MÉTODO FENOMENOLÓGICO: COMPREENSÃO LIGADA AO MUNDO VIVIDO

A noção de fundamento se encontra naquilo que é possível para se chegar a uma determinada compreensão de algo esperado por uma comunidade (jurídica) revestindo-se de legitimidade e segurança, na medida em que se aposta, não só na tradição e na historicidade, mas também, na singularidade própria do caso concreto ou no mundo vivido (fenomenologia).

Certamente, um dos pontos de sustentação da proposta heideggeriana está na despretensão objetivante da fenomenologia, manifestamente oposta à visão lógica de mundo ou aos modos deterministas de produção de sentido. Na verdade, a fenomenologia traz uma dinâmica inversa na medida em que visa advertir o intérprete para um não fazer, ou seja, sugere a inexistência de um campo previamente determinado e exaurido de sentido, simplesmente porque o caráter realizador projeta sempre a liberdade para o caminhar (construção).

Husserl começou seus estudos na matemática e, no início do século XX, interessou-se pela lógica, principalmente diante do preocupante crescimento na época do denominado psicologismo,³⁷⁴ ou seja, tendência filosófica que apostava na subjetividade,³⁷⁵ demonstrando que esta não é uma preocupação de agora.

³⁷³ MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem**: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 19.

³⁷⁴ A busca metodológica de Husserl visa estabelecer uma base mais segura para a lógica: algo como uma “proto-lógica”. No contexto das *Investigações Lógicas* (1912-1913), pretendia afastar o descrédito crescente na filosofia trazendo-a para bases lógicas – garantia do *logos* e do ser. Qualquer juízo estaria incrustado de implicações psicológicas – afetividade, sistema nervoso, sexualidade, imaginação e outros. A Psicologia empírica estava no auge no início do Século XX, carro chefe das ciências humanas, encontrava sustentação no crescente contexto fisiológico e nas interfaces positivistas de cunho sociológico. Husserl busca – como mostrara nos *Prolegômenos à lógica pura* (1900) – um radicalismo lógico de viés matemático, visando solapar o subjetivismo tendo por base um mundo objetivo.

³⁷⁵ “De um modo hiper sintético: enquanto os antigos elegeram *o que é o real?* Como a pergunta própria da filosofia, os modernos preferiram *o que é o conhecimento (do real)?* Como a pergunta efetivamente válida. Isto é, a pergunta da filosofia passou a considerar uma instância entre o conhecimento e o conhecido. Essa instância foi denominada de subjetividade. Heidegger viu a filosofia moderna como aquela filosofia que subjugou a discussão sobre as substâncias e o real à discussão sobre a mente e o saber do real, isto é, atrelou a metafísica à epistemologia.” Cf. GHIRALDELLI JR., Paulo. **História Essencial da Filosofia**. São Paulo: Universo dos Livros, 2010, p. 73, grifo do autor.

Nesse contexto, Husserl concentra suas forças no intento de formular uma espécie de “*razão pura da consciência*”, preocupado com o perigo do crescimento da subjetividade (psicologismo).

Tom Greaves³⁷⁶ salienta que

A questão primária de Husserl simplesmente não está concernida com o caráter de ser de consciência. Antes, ele é guiado pela seguinte preocupação: como pode a consciência tornar-se o objeto possível de uma ciência absoluta?

Husserl, portanto, desacredita na realidade das coisas que aparecem à consciência, concentrando-se na investigação do campo da consciência no qual as coisas aparecem, trabalhando na presença e na acessibilidade desse campo como um objeto de tratamento científico, ou seja, apresenta a estrutura da consciência enquanto *intencionalidade*.³⁷⁷

Tanto Heidegger como Husserl buscavam na fenomenologia a preocupação de caracterizar os modos básicos com que encontramos as coisas no mundo, ou seja, uma investigação que se concentra em verificar como as coisas se tornam manifestas para as pessoas. Entretanto, Husserl, fortemente influenciado pela abordagem filosófica trazida por Kant na *Crítica da Razão Pura*, cai na armadilha da dualidade³⁷⁸ ou na existência de dois mundos: um empírico (mundo da experiência) e outro mundo da consciência, cujo primeiro prescinde ser considerado frente ao plano da “consciência pura”.

³⁷⁶ GREAVES, Tom. **Heidegger**. Tradução e revisão técnica Edgar da Rocha Marques. Porto Alegre: penso, 2012, p. 24.

³⁷⁷ “Este conceito, oriundo da filosofia medieval, significa: dirigir-se para, visar alguma coisa. “A consciência é intencionalidade”, significa: toda consciência é “consciência de”. Portanto, a consciência não é uma substância (alma), mas uma *atividade* constituída por *atos* (percepção, imaginação, especulação, volição, paixão etc.), com os quais visa algo. A esses atos Husserl chama *noesis* e aquilo que é visado pelos mesmos são os *noemas*. Esta distinção é fundamental para compreender-se a crítica do psicologismo, pois este consiste em confundir noesis e noema, isto é, os atos pelos quais a consciência visa um certo objeto de uma certa maneira, e o conteúdo ou significado desses objetos visados.” Cf. HUSSERL, **Investigações Lógicas**: Elementos de uma Elucidação Fenomenológica do Conhecimento. Seleção e tradução de Zeljko Loparic e Andréa Maria Altino de Campor Loparic, São Paulo: Nova Cultural 1996, p. 7, grifo do autor.

³⁷⁸ “A dissolução das dicotomias metafísicas não se produz, em um primeiro momento, por meio de uma afirmação incondicional da impossibilidade de pensar cada um dos seus pólos isoladamente, mas muito mais por meio de uma absorção radical de um desses pólos ao poder absoluto do outro. Elimina-se aqui a dicotomia entre ser e aparência, assim como entre ser e devir, porque o ser passa a se mostrar como uma mera construção ilusória da aparência e a sofrer como uma tal aparência a força avassaladora do devir. Se tudo se alterasse incessantemente, as minhas palavras nunca encontrariam o campo significativo indispensável para que pudessem se referir exatamente a uma coisa e não a outra, e as minhas ações nunca poderiam ser tampouco empreendidas porque eu jamais teria como me decidir por uma coisa e não por outra. Diante da instabilidade total do mundo, não poderia ficar senão como uma planta: sem discurso e sem ação.” Cf. CASANOVA, Marco Antônio. **Nada a Caminho**: impessoalidade, niilismo e técnica na obra de Martin Heidegger. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 5-6

Heidegger emancipa-se dos ideais de seu mestre na medida em que aposta no sentido das coisas a partir de uma fenomenologia do mundo vivido³⁷⁹ e abandona a ideia husserliana de redução transcendental.³⁸⁰

Em relação aos paradigmas husserliano e heideggeriano, Stein³⁸¹ esclarece

Nem Husserl, nem Heidegger acreditam que nós conhecemos as coisas assim como nós as encontramos. As coisas que conhecemos são articuladas pelas palavras com que as nomeamos. O copo é uma estrutura articulada de expressões enquanto copo físico, de vidro, como instrumento de beber, etc. Nós o conhecemos pelo uso que fazemos dele. Uso é aquilo que permite nomear, expressar. As coisas são, de algum modo, fala. O importante para Husserl e para Heidegger é cercar estes espaços em que as coisas se dão. Então, elas se dão com sentido, articuladas. Para Husserl o espaço onde as coisas se davam era a interioridade da consciência, portanto, de um eu transcendental. Enquanto que, para Heidegger, o lugar onde as coisas se dão é o mundo. O mundo é o *como*, não é o *que*, é o espaço onde as coisas se dão. Ele é, também, porque o homem se dá: o aí do *Dasein*, do ser-aí é esse *como*.

A abordagem realizada por Husserl tem relevância na medida em que repercute no problema relacionado à crise de fundamento, embora tenha se mantido vinculado à fenomenologia da consciência enquanto intencionalidade,³⁸² baseando-se no idealismo subjetivista transcendental como um sentido, ao passo que o mundo real estaria submetido à consciência, há demonstração suficiente para se afirmar que sua maior inquietação estava ligada ao problema do subjetivismo.

E, o problema se acentua ainda mais, na questão relacionada à produção de sentido, quando se percebe que para os adeptos da filosofia da consciência, além de solapar o mundo vivido e a cotidianidade, trabalha-se a linguagem com caráter auxiliar/subsidiário. Nítido em Kant está em conceber as palavras como signos das representações, meios sensíveis que vinculam conteúdos inteligíveis, os quais são os que representam

³⁷⁹ “O mundo vivido é constituído a partir do universo da significação, mas já sempre dado para toda atividade significativa do ser humano. É, de certo modo, a fonte da significabilidade possível, já sempre dada e que, contudo, se atualiza sempre de novo na significação que se constitui.” Cf. STEIN, Ernildo. **Mundo Vivido**: das vicissitudes e dos usos e de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004b, p. 12.

³⁸⁰ A redução transcendental coloca entre parênteses a realidade em sua existência exterior reproduzindo-a nos pólos (vivididos) da consciência, *noesis* e *noema* (sujeito e objeto), vivendo-a numa espécie de universalidade e não na sua existência concreta.

³⁸¹ STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude**: Estrutura e Movimento da Interrogação Heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 40, grifo do autor.

³⁸² “Fenomenologia é uma ontologia regional na medida em que do *ser* (do grego *ón*) enquanto estruturado com sentido diferente conforme visado pela consciência.” Cf. HUSSERL, **Investigações Lógicas**: Elementos de uma Elucidação Fenomenológica do Conhecimento. Seleção e tradução de Zeljko Loparic e Andréa Maria Altino de Campor Loparic, São Paulo: Nova Cultural 1996, p. 9

verdadeiramente as coisas. Nas observações de Lenio Streck³⁸³ sobre o problema da filosofia da consciência, explicita dizendo que “o signo limita-se a acompanhar o conceito como guardião, para reproduzir-lhe oportunamente, o que relega a linguagem a uma função auxiliar, uma vez que a função principal é reservada à consciência”.

De outro lado, Heidegger pensou um novo conceito de fenomenologia (ligado ao mundo vivido e livre do ideal subjetivista com que Husserl não conseguiu superar), a partir do qual se enraízam as bases da ontologia fundamental. E isto está bem explicitado na passagem do § 7º de *Ser e Tempo*, denominado de *O método fenomenológico da investigação*

Com a pergunta diretora pelo sentido do ser, a investigação se pergunta fundamental da filosofia em geral. O modo-de-tratamento dessa pergunta é o *fenomenológico*. Isso não prescreve ao presente tratado nem um ‘ponto-de-vista’, nem a subordinação a uma ‘corrente’, pois a fenomenologia não é nenhuma dessas coisas e jamais poderá sê-lo, enquanto tiver o entendimento de si mesma. A expressão ‘fenomenologia’ tem a significação primária de um *conceito-de-método*. Não caracteriza o quê de conteúdo-de-coisa dos objetos da pesquisa filosófica, mas o seu *como*. Quanto mais autenticamente um *conceito-de-método* se desenvolve e quanto mais abrangente é sua determinação dos princípios condutores de uma ciência, tanto mais originalmente ele se enraíza na confrontação com as coisas elas mesmas e tanto mais ele se afasta do que denominamos um manejo técnico, algo que ocorre, e muito, nas disciplinas teóricas também.³⁸⁴

Quando se está frente à exposição do tipo lógico-dedutiva ou meramente teórica, bastante comum no cotidiano forense, deve-se ter bastante cuidado para não cair na armadilha de conceber como verdade uma matriz de sentido com o horizonte previamente definido. Paulo Rudi Schneider³⁸⁵ evidencia o problema dizendo que

A dificuldade de uma exposição lógico-objetiva de convencimento meramente teórico sobre a questão da facticidade da existência e o aproveitamento da moldura teológica como recurso de linguagem depreende-se da citação bíblica, como se sabe, por vezes referida na obra de Heidegger: ‘*Quem tem ouvidos para ouvir, ouça*’.

³⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012c, p. 177.

³⁸⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 101, grifo do autor.

³⁸⁵ SCHNEIDER, Paulo Rudi. Notas sobre a relação entre indicição formal e experiência. **Natureza Humana**. v. 14, n.1, 2012, p. 45, grifo do autor.

A ideia está em aguçar a capacidade do intérprete de ver e ouvir em detrimento à objetivação do mundo da vida; se se for exaustivamente persistente, então talvez seja possível superar a instrumentalização das coisas. Ver e ouvir, mas principalmente ouvir, é a postura fundamental da fenomenologia. No ouvir atento consegue-se elucidar fenomenologicamente os estratagemas da modernidade. Heidegger,³⁸⁶ ao tratar sobre significação, diz

A significação parece ser o mesmo que valor. Contudo, valor já é o produto de uma teorização e toda e qualquer teorização deve ser eliminada da Filosofia. O simples tomar nota não assume nenhum objeto conformado, mas somente os objetos significativos os quais, por sua vez, tendem a uma autossuficiência que se poderia incluir dentro de uma ‘lógica de objetos’.

O ser-aí fático integra a teoria do método fenomenológico enquanto indicação formal.³⁸⁷ Assim, não deve haver um método *a priori*, nem um predeterminado âmbito de investigação para o desdobramento explicativo fenomenológico. É necessário que haja um engajamento do fenomenólogo com o processo do próprio fenômeno, sem se deixar tomar só pelo conteúdo, pois ele se constitui em algo que já foi apontado ou indiciado. Impõe-se estar atento aos preconceitos armados pela Filosofia em seu modo de ciência teórica. A Filosofia formalmente indiciadora não é, assim, apenas uma teoria, mas muito mais uma realização de vida na travessia do tempo.

A faticidade, em Heidegger,³⁸⁸ é analisada a partir de uma “confrontação histórica”

A confrontação histórica não impede historiologicamente a ‘história’ para o interior do que passou e não tolera de maneira alguma a história como passado, nem tampouco como o ‘acontecer’ daquilo que é a cada vez atual em conformidade com o tempo. A confrontação histórica não erige apenas ‘modelos’ no interior do que foi e continua sendo, porque esses modelos também permanecem facilmente demais apenas às contraimagens de um presente carente de autoespelhamento. A confrontação histórica liberta a história do pensamento para o seu futuro e coloca assim as resistências essenciais e insuperáveis diante do caminho daqueles que estão por vir,

³⁸⁶ HEIDEGGER, Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010a, p. 20.

³⁸⁷ “O ser-aí fático enquanto acontecer que transcorre objetivamente, não pode ser simplesmente cego, mas deve levar em si um sentido, reclamando desta forma para si uma nova normatividade, mas que também a atualidade pretenda seguir estendendo-o ao futuro numa nova criação do próprio ser-aí e de uma nova cultura própria. Por meio desta tendência, o ser-aí fático é essencialmente realçado, e todos os esforços se voltam para ele.” Cf. HEIDEGGER, Martin. op. cit., p. 50-51.

³⁸⁸ HEIDEGGER, Martin. **Meditação**. Tradução Marco Antônio Casanova, Petrópolis-RJ: Vozes, 2010b, p. 75-76.

resistências às quais só se faz frente por meio de uma unicidade do pensar que questiona de maneira inicial.

Em Heidegger, o espaço dos conceitos apriorístico-transcendentais é concebido a partir dos indícios formais. Os indícios formais não se prestam para demonstrar finalisticamente nada. Há apenas uma indicação meramente referencial. A partir daí é que são preenchidos pelos elementos substantivos. Daí por que, para Heidegger, conceitos filosóficos são indícios formais, exatamente como se verifica na passagem de Torres Machado,³⁸⁹ citando Heidegger

Hoje é possível tomar os conceitos quanto a seu conteúdo, sem fazer referência à caracterização de indícios. Mas, se assim for, não somente eles não expressaram aquilo que eles querem dizer: eles geralmente partem de um ponto inicial se colocando como profícuo na medida em que seriam autênticos e rigorosamente delimitados. Um exemplo característico disso é a liberdade humana e sua discussão dentro da moldura do conceito de causalidade orientada sobre o gênero de ser do ente que se encontra subsistindo. Mesmo, por oposição à causalidade natural, procuramos uma outra causalidade na liberdade e como liberdade, justamente ultrapassando a noção de causalidade. Isso quer dizer que constituímos a liberdade em problema sem seguir os indícios sobre a característica própria ao ente que é chamado livre: existência e *Dasein*.

Embora repetindo, indício é algo que mostra e encobre simultaneamente. Exatamente como se movem as coisas no mundo. Uma relação cíclica de velar e desvelar. O *Dasein* é o ente privilegiado capaz de operar estruturas formais dentro de um espaço determinado, buscando a solução de problemas filosóficos sem, contudo, elucidar-se completamente. O movimento do velar e do desvelar não se dá de forma isolada, pressupondo a relação social e histórica, exatamente como refere Machado³⁹⁰ ao citar Heidegger

Para interpretar metafisicamente o *Dasein*, não há nenhum sistema do *Dasein*. Na realidade, a conexão conceitual interna é a conexão da história mesma do *Dasein*, a qual se transforma enquanto histórica. É porque, em um sentido insigne, conceitos como indícios formais – e sobretudo os conceitos fundamentais – não podem jamais serem tomados isoladamente.

³⁸⁹ MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem**: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 22-23.

³⁹⁰ MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem**: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 24, grifo do autor.

O *Dasein* não apresenta uma “clareza demonstrativa”; apresenta apenas indícios. E, é dentro desse operar de significatividade, ou seja, a partir de um contexto de significação indicado pelo método das indicações formais que se dá uma antecipação do futuro, já que o método interpretativo não se determina apenas pelo presente, mas tem na facticidade a marca da sua tradição, de sua historicidade.

Sendo assim, é possível afirmar que há um espaço transcendental do significar: o mundo (pano de fundo). O caminho interpretativo é marcado por sombras e luzes e a claridade do que se mostra é viabilizada pela obscuridade do pano de fundo. Na mesma linha, Machado³⁹¹ refere que “esse pano de fundo é social e histórico; funciona como o campo de jogo para o jogador ou como a linguagem para o poeta: há regras a seguir, mas as possibilidades de ação são sempre múltiplas”.

O indício formal, apesar de ser formal, quando trabalhado como condição de possibilidade do mundo empírico, aparece, segundo Heidegger, em diversas situações concretas mediante o exame que o filósofo realiza do conteúdo próprio da existencialidade do modo de ser do homem (*Dasein*). Ora, compreender questões antropológicas, a culpa, por exemplo, passa a ser possível na medida em que se identificam, no agir ordinário humano, indícios (universais) que indicam estruturas que fazem parte da condição humana.

Para Heidegger, existe uma “culpa originária” anterior a toda e qualquer regra ou ordenamento moral. Há uma culpa que não é a das “ciências particulares”, mas originária, de caráter filosófico-existencial. O adjetivo “culpado”, que parece simplesmente qualificar certos atos, em Heidegger “deve ser pensado como predicado do ‘eu sou’”. Como adverte Torres Machado,³⁹²

Eu sou culpado é para Heidegger um enunciado existencial irreduzível ao fato de que tenhamos cometido um número X de atos moralmente reprováveis. Mas contém o indício formal de que o *Dasein*, enquanto ente que existe facticamente, possui uma culpa originária.

Na verdade, a noção de dívida ou culpa originária remete à noção de que não é possível negar o “sentido de ser em geral”, como bem define Heidegger,³⁹³ explicitando no §48 de *Ser e Tempo*:

³⁹¹ MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem**: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 22-23.

³⁹¹ MACHADO, Jorge Antônio Torres. op. cit., p. 25.

³⁹² MACHADO, Jorge Antônio Torres. op. cit., p. 26.

³⁹³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 667, grifo do autor.

No quadro desta investigação a caracterização ontológica de final e da totalidade só pode ser provisória. Executá-la de modo suficiente pede não apenas a exposição da estrutura *formal* do final em geral e da totalidade em geral. Exige que se desenvolvam ao mesmo tempo suas possíveis modificações estruturais regionais, isto é, que sejam desformalizadas em referência a um ente cada vez determinado em seu ‘conteúdo-de-coisa’, sendo, pois, determinadas a partir do ser desse ente. Essa tarefa pressupõe, por sua vez, uma interpretação suficientemente unívoca, positiva dos modos-de-ser que reclamam uma divisão regional do ente em seu todo. Mas o entendimento desses modos-de-ser reclama uma ideia já elucidada de ser em geral. Uma execução adequada da análise ontológica do final e da totalidade tropeça não somente na amplitude do tema, mas na dificuldade de princípio segundo a qual a execução dessa tarefa deve pressupor como já encontrado e conhecido o que precisamente é buscado na presente investigação (o sentido de ser em geral).

Como lembra Torres Machado, o método fenomenológico e a filosofia transcendental possibilitam mostrar manifestações da cultura e podem apresentar aspectos peculiares da condição humana. A partir da “metodologia operativa” de Heidegger é possível verificar, nas manifestações culturais, indícios de uma “*culpa originária*”³⁹⁴ como elemento constitutivo da finitude do *Dasein*. Isso, porém, não compromete a especificidade de cada área do conhecimento. Ao contrário: preserva tal especificidade, preservando também o labor filosófico de base existencial.

Portanto, é necessário fazer uma análise do conceito operacional dos indícios formais utilizados como característica específica dos conceitos filosóficos. Essa análise é nitidamente filosófica. Concentra-se na ideia heideggeriana de que conceitos filosóficos são indícios formais e que, assim entendidos, apresentam a verdadeira possibilidade de entender o que é visado pelo caráter fundamental dos conceitos filosóficos. Apresenta-se, assim, o porquê (a razão de ser) dos indícios formais, tentando explicar por que os indícios não buscam “resultados fixos” possibilitando à fenomenologia manter-se crítica. Aponta-se os dois tipos de universalização identificados por Husserl, que são a generalização e a formalização, especificando no que consiste cada uma dessas universalizações, demonstrando que nos indícios formais o “formal” abarca o conteúdo, dirigindo, pois, o conteúdo material e levando em conta a “atualização histórica” em detrimento da generalização.

Entra na pesquisa o problema do fenômeno, dos indícios formais como “momento específico” ou “passo específico” do método fenomenológico, e a ideia dos indícios formais

³⁹⁴ Textos da literatura universal, como em *Irmãos Karamázovi* e o *Crime e Castigo* do Escritor Russo Fiódor Dostoiévski, que retratam o lado psicológico da moral e a impossibilidade de se conviver com os próprios erros e desacertos.

como “sinalizadores” apontando para algo ligado a um comportamento original. Daí a ideia filosófica de “princípio”, que não é um “dado completo” justamente por ser formal.

A questão filosófica do formal e dos indícios formais é importante exatamente por impedir a característica *proibitivo-referencial* que contamina qualquer análise interpretativa. Embora se tenha bastante clareza em relação à característica formal dos conceitos, não é possível esquecer do contexto de significabilidade já disponível que o contexto jurídico põe à disposição em qualquer exercício interpretativo.

Há uma preocupação com a autoridade moral da Constituição e com a busca de um ideal de fundamentação de validade dela. O estado d’arte do Direito atravessa uma intensa crise filosófico-interpretativa, na medida em que convive com um processo de adjudicação de sentidos que leva à instrumentalização da interpretação. Os “métodos de interpretação”, tais como o da ponderação alexyana, ao desconsiderar o problema ontológico da compreensão, ficam presos ao paradigma epistemológico da filosofia da consciência. Nesse sentido, por não se acreditar na correspondência entre Direito e Filosofia, esta última é utilizada simplesmente como adorno, tornando o fundamento uma tarefa criativa do intérprete.

Em meio ao problema interpretativo, exsurge a questão da discricionariedade judicial, trazendo um déficit de democracia para o Direito. Daí que o sentido das coisas não pode desprezar a tradição compartilhada entre os membros de uma comunidade jurídico-política, nos moldes do que pregam juristas como Ronald Dworkin e Lenio Luiz Streck. Não há como sustentar uma relação moral estritamente neutra entre o contexto social, político e jurídico, daí a insistência da co-originariedade do Direito e da moral, principalmente no sentido de impor limites semânticos às decisões judiciais.

Se os indícios formais, na Filosofia, não representam o “dado pleno”, mas um sinal, um indicativo a ser preenchido conteudisticamente, e, ao mesmo tempo, já há um contexto de significabilidade, a imbricação com os princípios no Direito torna-se imprescindível, pois as regras, em que se pese sejam formais, contém em si um conteúdo, um sentido, apontando, igualmente, para um preenchimento conteudístico. Dessa forma, o Direito, como ciência e como *locus* privilegiado da compreensão/interpretação/aplicação do que diz com o seu sistema, deve levar em conta a temporalidade do *Dasein*.

3.6 O DIREITO E OS INDÍCIOS FORMAIS: UMA RELAÇÃO INTERPRETATIVA NECESSÁRIA

As regras jurídicas que constituem o ordenamento jurídico são indícios formais, pois apontam para uma direção, sem exaurir o conteúdo que somente poderá ser verificado na aplicação. Esse aspecto é timidamente abordado no contexto jurídico, daí o caráter inovador pretendido e buscado nesse trabalho.

Do mesmo modo como Heidegger pensou na Filosofia como um método suficiente para superar o exegético e dogmático pensamento cartesiano; no Direito, diante do positivismo normativista e da filosofia da consciência (aposta discricionária da jurisdição para preencher supostas lacunas da lei), impõe-se apostar na aplicabilidade dos indícios formais como método interpretativo no Direito, superando o esquecimento do ser.

Identificados os dois primeiros problemas de maior relevância para a Filosofia e para o Direito: o positivismo-exegético e o subjetivismo. É necessário abordar na aplicação jurídica o que em Filosofia é tratado como *linguagem*: a co-originariedade da moral com o Direito.

O Direito praticado é um indício que revela como uma determinada sociedade se constitui dentro de seu sistema jurídico, isto é, qual o seu grau de democracia, liberdade, cidadania, etc. Portanto, há uma co-relação moral entre as vicissitudes sociais e o papel do Direito no contexto da sociedade. E, nisso se salienta, por exemplo, nos diversos níveis de controle de constitucionalidade que um determinado ordenamento jurídico pode reunir. Quanto maior o grau de controle dos poderes do Estado, indica-se maior o teor de democracia e/ou de autoritarismo presente em determinada comunidade jurídica.

No caso do Brasil, país de república velha, mas de democracia jovem, cuja modernidade sequer viu amadurecer ainda, verifica-se uma série de problemas de natureza prático-filosófica que dificultam a instauração de um modelo jurídico efetivamente democrático e confiável.

A moral institucionalizada no contexto jurídico-social é fruto da própria formação histórica de uma nação. No exemplo brasileiro, o processo é marcado por bases de profunda desconfiança do Estado, não só pelo período recente de opressão e ofensa aos direitos

humanos,³⁹⁵ mas, principalmente, por dar causa à série de desrespeitos à ordem jurídica posta.³⁹⁶

Generaliza-se a desconfiança nas instituições e um imenso conjunto de regras e institutos normativos visam tudo regular e todos os direitos garantir, obviamente sem êxito. E isso se comprova pela própria característica multirreguladora contida na Constituição da República, nitidamente reveladora de uma tentativa legal de instaurar um novo *establishment* em um País marcado, de um lado, por um baixo grau de cidadania de seu povo e, de outro lado, com um intenso grau de irresponsabilidade decorrente do próprio Estado.

O Direito como um todo (aspecto institucional, leis, Constituição, poderes) representa um indício formal do estado d'arte de uma sociedade (brasileira) e de sua própria democracia. O Direito aplicado no Brasil também é um indício formal revelador de quem é o jurista e qual o grau de confiabilidade das instituições.

Se, como diz Dworkin, o Direito é a nossa instituição reveladora, o indício formal que se apresenta a todos sobre o Direito que é praticado indica que, apesar de toda uma estrutura constitucional e democrática, convive-se com um profundo abismo entre a realidade e o dever ser.

As decisões judiciais revelam qual o Direito praticado: um Direito que não respeita minorias; um Direito que não atende minimamente os direitos e garantias fundamentais; um Direito apresenta-se incoerente com a tradição histórica (dos direitos humanos); um Direito que passa ao largo da segurança jurídica;³⁹⁷ um Direito que despreza protocolos internacionais de proteção à criança e ao adolescente.

³⁹⁵ Embora o Supremo Tribunal Federal tenha negado tais acontecimentos históricos ao considerar constitucional a Lei da Anistia, julgamento da ADPF nº 153, Relator Ministro Eros Roberto Grau. Cf. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/adpf153.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2015.

³⁹⁶ Desnecessário ingressar numa zona empírica e a-científica. Entretanto, não é preciso realizar muito esforço para concluir que o Estado se constitui na atualidade brasileira o maior “cliente” do Poder Judiciário, indiciando que existem sérios problemas no âmago da administração pública, não só pela fragilização das instituições, mas, principalmente, pelo descumprimento da lei, excesso de burocracia e confusão sobre o exato sentido das palavras ‘erário’ e ‘coisa pública’.

³⁹⁷ Na perspectiva da normatização do direito, prerrogativa legal outorgada pela própria Constituição ao Poder Judiciário, existem limitações de ordem hierárquica e formal. Neste sentido, portanto, se ajusta a crítica à postura “criativa” trilhada pelo Supremo Tribunal Federal ao aplicar o instituto da modulação temporal dos efeitos das decisões, previsto no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e artigo 11 da Lei nº 9.882/99, no julgamento de ações diretas de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Cf. BRASIL, **Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

Na Idade Média, o Direito se caracterizava pela autonomia (costumeiro), atento à natureza das coisas, processo que não padecia do *cogito*, ou seja, o sujeito como o centro do conhecimento. Na Idade Moderna, a autonomia da política fragiliza o Direito e esse passa a refletir as condições econômicas (Direito burguês). O sujeito passa a ser protagonista, o que faz com que surja a principal dicotomia do Direito: i) o Direito é a vontade do legislador; ii) o Direito é a vontade do intérprete.

Em *terrae brasilis*, o Direito vai a reboque da política e da economia. Não se atenta à natureza das coisas, ficando apegado, na aplicação, à subjetividade do intérprete. Ou seja, no Brasil, não há nem a autonomia do Direito (medieval), nem o cumprimento da lei como característica fundamental da modernidade, expressa na segurança jurídica.

Assim, convive-se com um Direito pré-moderno que sequer se preocupa com o fenômeno. Excessivamente político, no que não se identifica com o medieval. Jurídico de menos, no que não se identifica com o moderno sistema europeu pré-guerra. A lei é concebida como salvaguarda da sociedade, mas que não se baseia no costume, no que é vivido em sociedade, como acontecia no medieval em que a lei era um reflexo do costume.

Por isso, entende-se que a questão central do Direito estaria ligada ao problema da sua relação com a moral, na mesma linha defendida por Ronald Dworkin, como analisa Adalberto Hommerding³⁹⁸

En realidad, Dworkin propone así una especie de ‘epistemología moral’, o sea, una teoría de la responsabilidad moral, por medio de la cual podemos conferir si nuestro razonamiento moral es bueno o malo, lo que también es una cuestión moral substantiva. La estrategia de Dworkin es utilizar parte de una teoría general del valor para conferir la integridad del razonamiento en otras partes. De modo más simple, Dworkin quiere decir que el razonamiento moral debe ser interpretativo. Y ello porque nuestros julgamientos morales son interpretaciones de conceptos morales básicos. Nosotros ‘testamos’ esas interpretaciones poniéndolas en un cuadro mayon del valor para verificar si ellas se encajan adecuadamente (*‘wether they fit’*) y para ver si están apoyadas por aquello que entendemos sean las mejores concepciones de otros conceptos. El dato es: la moral como un todo, y no solamente como moralidade política, es una empresa interpretativa. Y la interpretación, por tanto, es una cuestión de responsabilidad. De ahí que responsabilidad passa a ser un concepto clave el contexto de *‘Justice for hedgehogs’*. Más que ello, en el contexto de toda la obra de Dworkin. La cuestión ahora puesta es si hay ahí un prejuicio al libre-albedrío. Dworkin dirá que no. Serían, para él, cosas compatibles. El carácter y la extensión de nuestra responsabilidad por nuestras acciones ponen antes una cuestión ética: ¿cuál es el carácter de una vida buen vivida? Aquí hay una demarcación

³⁹⁸ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 207-208, grifo do autor.

que Dworkin hace distinguindo la ética, que es el estudio de como vivir bien, y la moralidad, que es el estudio de como debemos tratar a las otras personas.

Portanto, o problema moral é o problema do Direito. É o existencial do Direito.³⁹⁹ E isso remete a uma compreensão do ser humano. O Direito praticado num país é aquilo que revela o que a sua nação é. Dworkin afirma exatamente isso quando diz que o Direito é a instituição mais significativa, mais representativa, pois é reveladora de seu povo. Por isso é que se tem no Brasil um país de “proxenetas”. Quando alguém pratica ato sexual com uma adolescente de 12 ou 13 anos é absolvido porque a vítima era prostituta.⁴⁰⁰ Ou, quando alguém vende ou entrega bebida alcoólica para uma criança, por mais que o Estatuto da Criança e do Adolescente diga que é crime, o enquadramento criminal vai pela via da contravenção,⁴⁰¹ noutros casos pela ausência de tipicidade.⁴⁰²

³⁹⁹ “El Derecho tiene em consideración la buena estructura, la necesidad de que, en el caso de la elaboración de las leyes, por ejemplo, seña llevados em cuenta los distintos niveles de racionalidade. Sin embargo, su práctica es moral, argumentativa em um sentido moral, por así decir. El Derecho, entonces, o el problema del Derecho, la moral debe ser considerada el aspecto ‘existencial’ de Derecho”. Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 284.

⁴⁰⁰ A decisão da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça que relativizou a presunção de violência no caso de crime de estupro de menores causou polêmica. A matéria discutiu o caso de um homem acusado de estuprar três meninas de 12 anos. A alegação era de que ele praticara estupro de menores, mas o crime foi negado, pois as meninas “já se dedicavam à atividade de prostituição”. No entendimento da relatora do caso no STJ, ministra Maria de Assis Moura, “não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado — a liberdade sexual —, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo”. Isso quer dizer que não se pode considerar crime ato que não ofende o bem jurídico tutelado, pois as meninas, segundo a sentença, já se prostituíam “há tempos” quando aconteceu o suposto crime. Cf. Decisão do STJ sobre estupro desagrada governo. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 29 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-29/decisao-secao-stj-estupro-menores-desagrada-governo>>. Acesso: em 5 fev. 2015.

⁴⁰¹ “APELAÇÃO CRIME. FORNECER BEBIDA ALCOÓLICA A ADOLESCENTE. ART. 243 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 63, I, DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIAS. Sentença que desclassificou a conduta dos réus para a contravenção, prevista no artigo 63, I, da LCP, mantida, diante de orientação jurisprudencial no sentido de que não há como enquadrar a bebida alcoólica como substância capaz de causar dependência física ou psíquica para fins de tipificação do delito previsto no art. 243 do ECA, eis que o art. 81 distingue bebida alcoólica das substâncias referidas no art. 243 da Lei n.º 8.069/90. RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO”. Cf. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação crime nº 70060566437, Quinta Câmara Criminal. Apelante: Ministério Público. Apelado: Lucas Cabreira Martins. Relator: Genacéia da Silva Alberton. Julgado em 26 de novembro 2014. Porto Alegre: Diário da Justiça, 1 de dezembro de 2014.

O problema tem origem filosófica, está ligado à formação histórico-social e, conseqüentemente, trata-se de um problema moral. A moral de que se fala não é uma moral qualquer, mas uma moral arraigada no seio da humanidade porque conquistada a duras penas, suficiente para causar estranhamento ao intérprete do Direito.

E, isso é assim porque se reconhece que há uma *normatividade do Direito* (Constitucional), dinâmica, escrita ou não escrita que goza de validade, isto é, decorrente de uma autoridade moral. Como identifica Luís Coutinho,⁴⁰³ “Falar em autoridade moral do Direito Constitucional significa, claro está, identificar a normatividade correspondente como *boa*, como sede de uma República *bem* regulada ou como projecção de *justiça*”.

A incessante busca interpretativa no Direito pela hermenêutica jurídica, portanto, preocupa-se com pseudoteorias de representação do que deve ser o Direito, o que proporciona “escolhas” arbitrárias e subjetivistas do sentido das coisas. Como lembra Manfredo de Oliveira,⁴⁰⁴

Não podemos escolher arbitrariamente o sentido histórico de nosso mundo e de nós mesmos, mas antes *esse sentido se nos dá, nos interpela, nos desafia, nos chama*. Nossa escolha consiste em acolher ou rejeitar o chamado. O ser emerge, assim, como a instância que possibilita nossa liberdade e nossa verdade.

3.7 LINGUAGEM E SUBJETIVIDADE

A linguagem assume uma condição existencial para a filosofia heideggeriana, já que está ligada de maneira central ao seu pensamento. Isto é, a linguagem deve ser entendida como o fenômeno que propicia a abertura do *Dasein*. E, o *fundamento ontológico-*

⁴⁰² “APELAÇÃO CRIMINAL. FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA A ADOLESCENTE. ATIPICIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. I. A Lei nº 8.069/1990 estabeleceu, no art. 81, uma nítida distinção entre bebidas alcoólicas e produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida, estando apenas estes últimos inseridos no tipo penal do art. 243 do ECA. É inviável aplicar extensivamente o Direito Penal e punir condutas não descritas expressamente na lei, tendo em vista o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da CF (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*). II. A denúncia descreve apenas a conduta fornecer, sendo inviável a desclassificação para o art. 63, inc. I, da LCP, que prevê a elementar servir. III. Em sendo o fato atípico, a denúncia sequer deveria ter sido recebida, razão pela qual a ordem é concedida para trancar a ação penal. ORDEM CONCEDIDA.” Cf. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus n. 70053374757, Sexta Câmara Criminal. Impetrante: Ricardo de Azambuja Gick. Paciente: Itacir da Cruz Soares. Relator: José Luiz John dos Santos. Julgado em 25 de abril de 2013. Porto Alegre: Diário da Justiça, 21 de maio de 2015.

⁴⁰³ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 13.

⁴⁰⁴ OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 220, grifo do autor.

existenciário da linguagem, diz Heidegger,⁴⁰⁵ “é o discurso”. Nesse aspecto, Heidegger⁴⁰⁶ se refere

A entendibilidade do encontrar-se do ser-no-mundo *exprime-se como discurso*. O todo-de-significações da entendibilidade *accede à palavra*. Das significações nascem as palavras, e não são as palavras que, entendidas como coisas, se proveem de significações. A linguagem é o ser-expresso do discurso. Essa totalidade-de-palavra, como aquilo em que o discurso tem um propósito ser ‘de-mundo’, como ente do-interior-do-mundo, pode assim ser encontrada como um utilizável. A linguagem pode ser despedaçada em coisas-palavras subsistentes. O discurso é existencialmente linguagem, porque o ente cuja abertura ele articula conforme-a-significação tem o modo-de-ser do ser-no-mundo dejectado, remetido ao ‘mundo’.

O homem, como ente que é, diferencia-se dos demais entes no mundo justamente por habitar o mundo enquanto *Dasein*, nessa abertura específica. Enquanto tal, ele é capaz de questionar o seu próprio ser enquanto que os demais entes não. O que se quer entrever é o sentido do ser em geral através do lugar no qual esse *Dasein* se dá. Para tal, Heidegger leva a constituição do homem e sua referência ao ser dentro do jogo ocultar-se/mostrando, mostrar-se/ocultando. Para dar conta de tal tarefa, ele precisa deslocar as concepções predominantes do homem enquanto ser racional e do ser como essência em si e substantivada para dimensões aquém dessas derivações. A metafísica deixa entrever o homem como um *Vorhandenheit*, ou seja, “como algo que está à mão”.

A linguagem em *Ser e Tempo* carrega a relação do homem em *sentir-se situado* em um lugar. O ser-em enquanto tal é exatamente a referência entre a busca pelo sentido do ser e a sua verdade. A linguagem, enquanto sentir-se situado, mantém ligação com a compreensão e com a interpretação. Isso quer dizer que toda compreensão e interpretação que o homem faz no “mundo ôntico”, seja de um simples texto, seja de algo ocorrido com ele, qualquer exercício desse tipo já está ambientado em uma compreensão e interpretação mais originária. “Sentir-se situado” é o modo pelo qual o “Da” do *Dasein* se abre tanto para o *ser* quanto para o homem jogado, assim, no mundo.

Compreendendo o ser ontologicamente, o homem é capaz de habitar o mundo aberto por essa mesma compreensão. Qualquer não compreensão ou má compreensão ônticas são devedoras de uma compreensão ontológica mais originária, ou seja, uma pré-compreensão. A interpretação, como indissociável da compreensão, integra o processo

⁴⁰⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 453.

⁴⁰⁶ HEIDEGGER, Martin. op. cit., p. 455, grifo do autor.

como uma tradução das possibilidades de pré-compreender o *ser*. No mesmo momento que se volta para a compreensão já se está também trabalhando na perspectiva interpretativa. Embora se possa dizer, como Heidegger, que a compreensão, por projetar as possibilidades que dão forma à interpretação, seria mais originária.

Na possibilidade de pré-compreender o *ser* e de interpretá-lo sempre na perspectiva de atualização, o mundo se abre para e a partir do *Dasein*. Ele não gera o mundo, não o cria, mas se deixa mostrar como fiador de seu acontecimento. Toda a rede de sentido se deixa entrever a partir dessa possibilidade situada. O *Dasein* que habita o mundo compreende/interpreta/situa o ser enquanto mundo é o índice desse jogo. Dessa maneira, pode-se entrever porque o homem se dá enquanto ser-no-mundo: o “Da” do *Dasein* é o lugar no qual o *Ser* ocorre essencialmente como o ressoar desse acontecimento.

O discurso (Rede) e a linguagem são co-originários, pois, é o jogo que há entre eles que deixa ressoar o modo e a tonalidade nas quais as referências dos elementos do “mundo ontológico” se dão. Daí a necessidade de compreender o discurso a partir do ouvir:

A conexão do discurso com o entender e com a entendibilidade se torna clara a partir de uma possibilidade existenciária do discurso ele mesmo, a saber, a partir do ouvir. Não é por acaso que, ao não ouvir ‘direito’, dizemos não ‘ter entendido’. Para o discurso o ouvir é constitutivo. E assim como a prolação verbal se funda no discurso, a percepção acústica também se funda no ouvir. O ouvir alguém... é o existenciário ser-aberto do *Dasein* como ser-com para os outros. [...] O escutar tem também o modo-de-ser do ouvir entendedor. ‘De imediato’ nunca ouvimos barulhos e o conjunto de ruídos, mas o carro que range, a motocicleta, o que se ouve é a coluna em marcha, o vento norte, o pica-pau bicando, o fogo crepitando. É preciso uma atitude já muito artificial e complicada para ‘ouvir’ um ‘barulho puro’. Que em primeiro lugar ouçamos motocicletas e carros é a forma fenomênica de que o *Dasein*, como ser-no-mundo, mantém-se cada vez *junto ao utilizável do-interior-do-mundo*, e de modo algum imediatamente junto a ‘sensações’, cuja concatenação tivesse primeiramente de ser formada para que se proporcionasse o trampolim a partir do qual o sujeito saltaria para alcançar finalmente um ‘mundo’. O *Dasein* como essencialmente entendedor é de pronto junto ao entendido.⁴⁰⁷

Na verdade, a linguagem propicia a compreensão de modo que, mesmo ao ouvir não suficientemente claro ou uma língua estrangeira, ouve-se de imediato as palavras ininteligíveis e não um amontoado de dados sonoros. Ora, a capacidade que se tem de, diante do discurso, já saber de antemão sobre o que se está falando, isto é, junto ao ente sobre o qual se discorre, é a linguagem.

⁴⁰⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 461-463, grifo do autor.

A partir da identificação do esquecimento do ser pela história da metafísica, é possível dizer que a diferença entre o ser e ente é praticamente eliminada, isto é, a dimensão originária (*als – como* hermenêutico) entre eles é desconstituída. A partir daí o ato interpretativo fica adstrito à proposição e o *als* se restringe a uma conformidade entre sujeito e objeto, mente e coisa, mente e enunciado. Assim, o “*como*” se tornou conformidade entre duas dimensões já dadas.

É justamente quando a procura pelo sentido do ser se torna a busca pela sua verdade que a linguagem ganha um novo papel. A linguagem é vista como aquela que dá voz ao “*como*” da referência (discurso). Não se trata de um discurso como o falado no mundo cotidiano, ôntico. Ele é a possibilidade dos sentidos ao deixar ressoar a pré-compreensão do ser do *Dasein*, abertura que possibilita o mundo e sua rede de sentidos.

A linguagem se apresenta como algo universal, passível de validade para tudo o que há, como observa Heidegger⁴⁰⁸

A linguagem pertence, em todo caso, à vizinhança mais próxima do humano. A linguagem encontra-se por toda parte. Não é, portanto, de admirar que, tão logo o homem faça uma ideia do que se acha ao seu redor, ele encontre imediatamente também a linguagem, de maneira a determiná-la numa perspectiva condizente com o que a partir dela se mostra. O pensamento busca elaborar uma representação universal da linguagem. O universal, o que vale para toda e qualquer coisa, chama-se essência. Prevalece a opinião de que o traço fundamental do pensamento é representar de maneira universal o que possui validade universal. Lidar, de maneira pensante, com a linguagem significaria, nesse sentido: fornecer uma representação da essência da linguagem, distinguindo-a com pertinência de outras representações. [...] A linguagem é: linguagem a linguagem fala. Caindo no abismo dessa frase, não nos precipitamos, todavia, num nada. Caímos para o alto. Essa altura entreabre uma profundidade. Altura e profundidade dimensionam um lugar onde gostaríamos de nos sentir em casa a fim de encontrar uma morada para a essência do homem.

Daí a relevância do cotidiano e da situação fática para o *Dasein* composto de uma rede de significações já previamente dadas, pois é a partir desse contexto de significabilidade que se deve partir. Como afirma Heidegger,⁴⁰⁹

O *Dasein* nunca é capaz de rejeitar esse cotidiano ser-do-interpretado no qual de imediato cresceu. Todo entendimento, interpretação e comunicação

⁴⁰⁸ HEIDEGGER, Martin. **A Caminho da Linguagem**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2011b, p. 9-10.

⁴⁰⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a, p. 477, grifo do autor.

genuínos, toda redescoberta e toda reaproximação se efetuam nele, a partir dele e contrariamente a ele. Nunca há um *Dasein* que, intocado e incontaminado cada vez por esse ser-do-interpretado, se instale diante da terra virgem de um ‘mundo’ em si.

A linguagem é condição de possibilidade para que o ser se desvele. Para além da linguagem como mero instrumento, por meio do qual se entra em contato com os outros, é necessário repensar a relação do homem com a linguagem. Repensar a linguagem é considerá-la na mesma esfera da compreensão, como bem refere Manfredo de Oliveira⁴¹⁰ ao comentar que

A compreensão, enquanto um dos existenciais do eis-aí-ser (*Dasein*) e a linguagem pertencem à mesma esfera: a esfera do desvelamento dos entes que radica na essência da linguagem enquanto casa do ser. Em outras palavras, a tecnologia da informação é uma, a que hoje é dominante, das maneiras de revelação da linguagem a nós, mas que, enquanto absolutizada, oculta-nos a verdadeira essência da linguagem.

O homem nunca é, simplesmente, mas só é enquanto estiver situado num mundo determinado. Esse contexto de mundo, pressupõe um *como*, dimensão antipredicativa de sentido, anterior a qualquer discurso ou proposição, nele se revela a linguagem como condição de possibilidade. A linguagem deixa aparecer o ser como sentido; ela é, por isso, parafraseando Heidegger, *a casa do ser*.

3.7.1 A Linguagem: Condição para a Transcendência

A designação “hermenêutica” se relaciona com o deus grego Hermes,⁴¹¹ considerado o “mensageiro dos deuses”: único capaz de transmitir mensagens oriundas dos deuses aos homens. O “*hermeneus*” consiste em traduzir para uma linguagem acessível a todos, o que se manifestou de modo incompreensível. Portanto, nessa tarefa “exclusiva” de

⁴¹⁰ OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 206-207.

⁴¹¹ Hermes (em grego: Ἑρμῆς) era, na mitologia grega, um dos deuses olímpicos, filho de Zeus e de Maia. Ao longo dos séculos seu mito foi extensamente ampliado, tornando-se o mensageiro dos deuses.

traduzir o incompreensível, não resta dúvida que sempre haverá uma margem interpretativa de “*liberdade*”.⁴¹²

O importante e revolucionário na fenomenologia de Heidegger é que, com ele, há uma preocupação sobre o conceito de mundo de uma maneira transcendental. E, aí surgem algumas indagações colocadas por Stein⁴¹³ frente à fenomenologia husserliana:

Será que conceito de mundo pode ser discutido, explicitado e resolvido em sua constituição transcendental, por meio de um recuo que Husserl faz aos atos conscientes (ao Eu transcendental) para, a partir deste, poder recuperar a dimensão objetiva do mundo, nos seus dois polos: *noético e noemático*?

Portanto, Stein lança a pergunta sobre o *Eu transcendental*⁴¹⁴ “poder ser considerado como condição de possibilidade a partir da relação sujeito-objeto?” Pois Husserl trata, principalmente, de uma relação de retorno a si mesmo, distanciando-se do mundo concreto e apostando nas condições da constituição do mundo, no *Eu transcendental*.

E, nesse aspecto, na concepção de Stein,⁴¹⁵ Heidegger responde ao recuo buscado por Husserl, dizendo:

Segundo Heidegger, é preciso mostrar que o ser do *Dasein* é totalmente diferente daquele dos outros entes. Se a constituição do *Dasein* é completamente distinta daquele dos outros entes, então é possível encontrar nele mesmo o acontecer transcendental. Desnecessária a operação de ‘pôr o mundo entre parênteses’, recuar ao Eu transcendental, ao mundo da representação, para depois então recuperar o mundo fático. A constituição transcendental é uma possibilidade central da existência do próprio *Dasein*.

⁴¹² 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 torná-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 queriam que ele dissesse? Mais, quem assegura que os deuses disseram alguma coisa a Hermes? A mesma situação se verifica em relação ao livro sagrado do islã (alcorão). Os muçulmanos creem que o Alcorão é a palavra literal de Deus (Alá) revelada tão-somente ao profeta Maomé (Muhammad) ao longo de um período de vinte e três anos. É um dos livros mais lidos e publicados no mundo. É prática generalizada nas sociedades muçulmanas que o Alcorão não seja vendido, mas sim dado.

⁴¹³ STEIN, Ernildo. **Pensar e errar**: um ajuste com Heidegger. Ijuí: Unijuí, 2011b, p. 64, grifo do autor.

⁴¹⁴ Segundo Husserl, “*Epoché*” significa a suspensão do mundo, como que parado no tempo, embora com todas as suas características presentes e, por isso, passíveis de serem analisadas “de fora”, por um observador exterior. O “*Epoché*” de Husserl que suspende o mundo no tempo e no espaço, permitindo a quem medita conhecer-se a si próprio e tomar consciência da sua própria essência, e a autoconsciência adquirida desta forma é o “eu puro” de Husserl (ou o “eu transcendental”). Cf. HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento. Seleção e tradução de Zelijko Leoparc e Andrea Maria Altino Leoparc. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

⁴¹⁵ STEIN, Ernildo. **Pensar e errar**: um ajuste com Heidegger. Ijuí: Unijuí, 2011b, p. 65, grifo do autor.

E a maravilha é que a constituição existencial do *Dasein* torna possível a constituição transcendental de tudo que é positivo.

Assim, fica bem evidenciado que para Heidegger a consciência não consiste no fundamento absoluto da realidade, principalmente no momento em que aposta na faticidade e critica a tentativa de fundamentação teórico-cognitiva da realidade. Tudo, então, passa a poder ser visto, num plano transcendental, a partir da constituição existencial do *Dasein*.

Os existenciais (ser-com, ser-aí...) são tratados como características inerentes ao estar-no-mundo, ou seja, algo que se manifesta e sob o que não se pode escolher.⁴¹⁶

O mundo vivido ligado à substância significa a história enquanto tradição. Dirá ele 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 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 Lenio Streck, “não somos uma folha em branco”. Como consciência do tempo, a consciência histórica⁴¹⁷ 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).

⁴¹⁶ “Nos existenciais, na obra *Ser e Tempo*, Heidegger propõe que a existência humana, tudo o que se liga à liberdade humana, ao universo das ciências históricas, todo esse conhecimento seja caracterizado fundamentalmente por ‘modos de ser’ que não seriam ‘categorias’, mas sim ‘existenciais’, uma nova ‘tábua de categorias’. Heidegger alertava que os existenciais de alguma maneira existem em número finito, mas indeterminado, e, desta maneira, mostrou como, no mundo humano, os existenciais vêm substituir as categorias do ser tomado como coisa. Nesses termos é que se reconhece que os discursos *aceitáveis* sobre o ser humano, as decisões humanas, são ‘múltiplos’ e não ‘unívocos’.” Cf. STEIN, Ernildo. **Racionalidade e Existência**: o Ambiente Hermenêutico e as Ciências Humanas. Revisão e Organização Rafael Tomaz de Oliveira. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2008b, p. 45, grifo do autor.

⁴¹⁷ 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.

A posição do intérprete não é fixa, não há posição neutra, pois, a interrogação ou o entendimento acontece na linguagem,⁴¹⁸ já que o local de interpretação é por si só o efeito do passado sobre o presente, diria Gadamer (*consciência histórica efetual*). A soberania do sujeito é fictícia, 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 no qual poderíamos testá-la. *Quando penso em pensar eu já pensei!* Todos os aspectos da vida têm uma estrutura hermenêutica e tal estrutura é basicamente hermenêutica. “O ser que pode ser compreendido é linguagem”.⁴¹⁹

O domínio do significado (sentido) não possui a subjetividade humana. Também não é possível aprisionar a realidade no que Streck⁴²⁰ denomina de “paraíso dos conceitos do pragmatismo positivista dominante”. Assim, a linguagem se constitui como produto dialógico, encontra-se por toda a parte, pertence à vizinhança mais próxima do humano, no dizer de Heidegger⁴²¹ ao fazer referência ao trabalho de Wilhelm Von Humboldt sobre o tema.

Tudo o que existe é linguagem e ela reside na palavra. A palavra é descrita por Heidegger como o que confere ser à coisa, ou seja, onde a palavra falta não há coisa. Nesse

⁴¹⁸ “Pensando o sentido da linguagem como linguagem, temos de renunciar aos procedimentos de há muito habituais de se considerar a linguagem. Não podemos mais considerar a linguagem segundo as representações tradicionais de energia, atividade, trabalho, força do espírito, visão de mundo, expressão, pelos quais assumimos a linguagem como um caso particular de algo universal. Ao invés de esclarecer a linguagem como isso ou aquilo e assim fugirmos da linguagem, o caminho para a linguagem deve permitir a experiência da linguagem como a linguagem. Ao discutir a essência da linguagem, agarra-se a linguagem num conceito, mas o que a agarra é um outro elemento e não a linguagem ela mesma. Quando, porém, se atenta à linguagem como a linguagem, a linguagem nos obriga a trazer, para a linguagem como linguagem, o que pertence à linguagem.” Cf. HEIDEGGER, Martin. **A Caminho da Linguagem**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback, 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2011b, p. 199.

⁴¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer e nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 504.

⁴²⁰ STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012c, p. 97.

⁴²¹ “O homem fala. Falamos quando acordados e em sonho. Falamos continuamente. Falamos mesmo quando não deixamos soar nenhuma palavra. Falamos quando ouvimos e lemos. Falamos igualmente quando não ouvimos e não lemos e, ao invés, realizamos um trabalho ou ficamos à toa. Falamos sempre de um jeito ou de outro. Falamos porque falar nos é natural. Falar não provém de uma vontade especial. Costuma-se dizer que por natureza o homem possui linguagem.” Cf. HEIDEGGER, Martin. op. cit., p. 7.

ponto, nos ensina Streck ao se referir à *pá que (lavra)*⁴²² (pá-lavra) como o instrumento que possibilita se chegar ao fundamento (sem fundo) do ser.

No ponto, Heidegger⁴²³ se refere ao enigma da palavra na poesia, citando poema publicado por Stefan George sob o título *Das neue Reich* (O novo reino):

A palavra
 Milagre da distância e da quimera
 Trouxe para a margem de minha terra
 Na dureza até a cinzenta norna
 Encontrei o nome em sua fonte-borda
 Podendo nisso prendê-lo com peso e decisão
 Agora ele brota e brilha na região...
 Outrora eu ansiava por boa travessia
 Com uma joia delicada e rica
 Depois de longa procura, ela me dá na notícia:
 ‘Assim que nada repousa sobre razão profunda’
 Nisso de minhas mãos escapou
 E minha terra nunca um tesouro encontrou...
 Triste assim eu aprendi a renunciar:
 Nenhuma coisa que seja onde a palavra faltar.

E, fazendo *jus* ao caráter questionador da filosofia existencial, o Filósofo da Floresta Negra deixa algumas indagações pertinentes e merecedoras de reflexão

O que é a palavra, para ser capaz de algo assim? O que é a coisa, para que precise da palavra para ser e existir? O que significa aqui ser, que aparece como se fosse um empréstimo, concedido à coisa pela palavra?⁴²⁴

A poesia retrata bem a importância dos nomes às palavras, pois os nomes são as palavras do que já é, o que se considera como sendo se torna tão concreto e denso que passa a brilhar e a florescer por toda a terra, como no poema acima citado. Os nomes são palavras que se apresentam e se entregam à representação, testemunham seu poder paradigmático sobre as coisas.

É de se ressaltar, porém, que ao poeta cabe a renúncia. A renúncia não no sentido de se calar ou de se omitir, mas a renúncia de manter sob o seu poder a palavra enquanto nome

⁴²² “Sendo a linguagem a casa do ser, é possível dizer que a palavra é *pá* (que) *lavra*, porque abre sulcos profundos na abissalidade do fundamento (sem fundo) do ser.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 350, grifo do autor.

⁴²³ HEIDEGGER, Martin. **A Caminho da Linguagem**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback, 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2011b, p. 174.

⁴²⁴ HEIDEGGER, Martin. **A Caminho da Linguagem**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback, 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2011b, p. 175.

capaz de apresentar o ente por ele mesmo posicionado. E, tal decorre do próprio fluxo da vida como algo inapreensível, que não para de jorrar.

Se isso é assim no presente e para o futuro (contingencialidade e complexidade), não pode ser diferente ao que nos mostra a tradição (encontramo-nos sempre inseridos na tradição), fonte da pré-compreensão que nos salta (é preciso que o texto se deixe mostrar, dizendo alguma coisa ao intérprete, pois ambos têm seus próprios horizontes e pré-conceitos – autênticos e inautênticos),⁴²⁵ que resulta na fusão de horizontes (tese gadameriana da *Applicatio* em que não há como separar compreensão e interpretação).

Antes de fundamentar e decidir, o intérprete já pré-compreendeu, inexistindo etapas de fundamentação, pois o que há é um processo hermenêutico único. Não se pode confundir o que Gadamer menciona sobre a impossibilidade de cisão entre compreender e aplicar, com a circunstância de que a compreensão deva se dar em “um bloco homogêneo”. *Applicatio* significa impossibilidade de “acoplar” conceitos a coisas. Não há sentidos à disposição do intérprete que possam ser “encaixados” às “coisas-ainda-sem-sentido”.

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.

Daí a afirmação de que temos um *como* (*Wie* ⁴²⁶ hermenêutico de interpretação. O texto jurídico não existe sem a norma, o texto não existe na sua “*textitude*”, como afirma Streck⁴²⁷, a 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).

É o *als* (lugar de fala) que já temos enquanto estrutura de *ser-no-mundo, junto-das-coisas* que nos permite assegurar o fundamento prático das coisas, não o fundamento da subjetividade, mas o lugar onde já existe a legitimação coletiva da proposição. Stein,⁴²⁸ ao se referir à postura heideggeriana, explicita:

⁴²⁵ 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.

⁴²⁶ “Não há acesso à ontologia fundamental sem hermenêutica. É óbvio, no entanto, e Heidegger sabe disso, que ele rompe com o paradigma das teorias da consciência, da subjetividade, da relação sujeito-objeto. É por isso que ele rompe com todo o realismo e idealismo transcendentais, para introduzir um idealismo sem sujeito. E este idealismo sem sujeito parte da idéia de mundo, do *como* (*wie*), que é objeto do método fenomenológico.” Cf. STEIN, Ernildo. **Sobre a Verdade**: lições preliminares ao parágrafo 44 de *Ser e Tempo*. Ijuí: Unijuí, 2006a, p. 278.

⁴²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013a, p. 138.

⁴²⁸ STEIN, Ernildo. op. cit., p. 278, grifo do autor.

Heidegger, todavia, pratica uma clivagem determinada a partir deste *como*, quando ele privilegia a questão do *als* – do *enquanto*, do *etwas als etwas*, do *algo enquanto algo*. Neste *algo enquanto algo* existe a fratura da razão clássica estabelecida pela modernidade. É a reintrodução do elemento imaginário, da imaginação, do adjutório imaginativo que a Filosofia moderna em Kant havia levantado, mas que foi encoberto. Heidegger o retoma, na medida em que no juízo, no enunciado, temos um aspecto, um ponto de vista, um *als*, para poder predicar *algo de algo*. Este *enquanto*, porém, deve ser entendido como um *enquanto* hermenêutico. É um *als* que já tenho enquanto estrutura de *ser-no-mundo*, *junto-das-coisas*. Isto a tradição kantiana, no neokantismo, não conseguiu defender.

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

A abordagem da filosofia hermenêutica do *als* como estrutura da compreensão se ajusta em grande medida com o conceito de interpretação de Dworkin, pois, para ele, o sentido do Direito deve ser interpretado levando em conta a intencionalidade e a finalidade nele pressupostas.

Para Dworkin, conforme refere Ronaldo Porto Macedo Jr. na obra supracitada, ao se interpretar situações ou coisas complexas como uma obra artística as controvérsias serão inevitáveis e dificilmente o consenso se destacará em torno do que seria a melhor interpretação. Entretanto, a isso não equivale dizer que todas as possíveis interpretações são boas ou válidas. Além disso, diante da controvérsia, como afirmar que alguma interpretação está mais correta, é melhor ou superior? Para o filósofo norte-americano, quando estamos diante de situações complexas como o Direito e empreendimentos artísticos, é necessário ter como base conceitos que se reportam a práticas socialmente convergentes e compartilhadas de reconhecimento, o que poderíamos denominar, com Luís Coutinho,⁴²⁹ de “parametricidade moral”.

Nesse contexto, não é possível lidar com a existência do objeto histórico,⁴³⁰ que Gadamer denominou de fantasma,⁴³¹ como algo previamente dado e imutável, pois um

⁴²⁹ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 360.

⁴³⁰ 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.

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 se continua determinado por um preconceito, não se tem conhecimento dele e nem se pode pensá-lo como um juízo. Não se conseguirá colocar um preconceito em 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 se apresenta e interpela. A suspensão dos prejuízos não significa neutralidade ou autoanulamento, mas um modo de abertura para o texto, uma atitude hermenêutica receptiva para a alteridade do texto.

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 *Dasein* se sente responsável por sua existência, não se tornando um estranho para si mesmo, ou seja, ele deixa que o texto lhe diga algo. O texto fala. O estranhamento salta, por força da linguagem, da consciência histórica e dos efeitos que ela é capaz de produzir. E, é nessa força produtiva de sentidos (*Sinnggebung*) que se verifica a importância da linguagem.

Streck⁴³² diz que

A partir da viragem linguística e do rompimento com os paradigmas metafísicos aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. [...] A linguagem constitui nosso mundo. Linguagem é, pois, ação! Ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (*Auslegung*) e passa a ser produtivo (*Sinnggebung*).

Daí o grande salto da hermenêutica e tudo o que ela integra como circularidade, diferença ontológica, consciência histórica, tradição, etc. Um estado de coisas serve de suporte para transcender o que está posto. No âmbito do Direito, os institutos jurídicos não

⁴³¹ “Gadamer, seguindo uma linha de pensamento de Vico e Hegel, nos séculos XVIII e XIX, a Foucault e Oakeshott num período mais recente, enfatiza a importância do passado como um momento irredutível no pensamento humano: todo o entendimento é, de alguma forma, histórico.” Cf. LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 23.

⁴³² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b, p. 32.

podem se deixar apreender (esquecimento do ser), pois, assim, estaríamos repristinando o velho problema do paradigma racionalista entificador.

4 DIREITO E DEMOCRACIA: OS INDÍCIOS FORMAIS COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A CO-ORIGINARIEDADE ENTRE DIREITO E MORAL

A democracia se constitui num dos pilares do Direito. O Direito quando se dobra a voluntarismos (vontade do intérprete) se afasta de seus princípios fundamentais (liberdade, isonomia e imparcialidade). Daí a importância dos indícios formais como condição de possibilidade para a co-originariedade entre Direito e moral. Neste aspecto, a moral passa a ser um elemento de validade no Direito, já que, tanto o legislador com o aplicador do Direito, não têm liberdade para agir de qualquer modo, isto é, sem considerar, de forma responsável, um contexto de significabilidade que deve imperar, principalmente, nos momentos em que o Direito precisa ser escrito, de maneira coerente e historicamente responsável.

4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os indícios formais estão para a Filosofia do mesmo modo que as regras jurídicas (positivadas) estão para o Direito. Indiciam ou apontam para uma direção, preservando os conceitos positivados e garantidores de segurança jurídica. Também, preservam a função *referencial* que os caracterizam em relação ao sentido das coisas. A função de alertar o jurista de que o sentido não se encontra exaurido no conjunto jurídico positivado em si (abstratamente); ao contrário, para ser desvelado precisará, a partir do caso concreto (contexto de significabilidade), deixar que o texto (Constitucional) fale, isto é, que exerça a sua função normativa.

Importante para o Direito é a incorporação do método filosófico dos indícios formais, como desde o início se vem frisando, principalmente porque, assim como na Filosofia, o Direito também se depara com problemas interpretativos e, dessa forma, qualquer preservação de possíveis arbitrariedades no ambiente democrático será sempre bem recebida. Aliás, a transposição da Filosofia para o Direito não é novidade, bastando uma análise das obras de Lenio Streck e Ernildo Stein para se constatar que isso vem sendo realizado no Brasil de há muito, com êxito.

É bem verdade que o Direito carrega uma herança advinda da tradição positivista exegética bastante forte que (ainda) predomina no imaginário do jurista. Entretanto, como

ressalta Streck,⁴³³ com a *viragem linguística* ocorrida no século XX, há um redimensionamento no papel da lei e das Constituições, devendo ser reconhecida a validade da *Normatividade da Constituição*.

Mesmo no Direito positivo em si, não há como conceber uma técnica jurídica autônoma e descompromissada com a perspectiva ético-jurídica, capaz de ser eticamente condenável e, ao mesmo tempo justa. Otfried Höffe⁴³⁴ argumenta que

Deve-se compreender como ‘direito’, sobretudo o direito positivo, como ‘moral’, porém, a moral crítica, não a perspectiva pessoal, mas a perspectiva institucional. Em última análise, ‘moral’ significa aqui o ponto de vista ético em face do direito e do estado, portanto a justiça política; e a tese da separação afirma a diversidade conceitual de direito positivo e de justiça política.

A preocupação central está em identificar perante a comunidade jurídica uma validade normativa de Direito (Constitucional), enquanto *Justiça Política*,⁴³⁵ na perspectiva de Otfried Höffe, ou enquanto *A Autoridade Moral da Constituição*,⁴³⁶ como defende Luís Pedro Pereira Coutinho, e, de que forma ela pode ser reconhecida e, também, se há esse reconhecimento.

⁴³³ “A ultrapassagem da relação sujeito-objeto em direção à relação sujeito-sujeito implicou o redimensionamento da relação do homem com a sociedade, com as coisas (e com o direito e seus textos). A invasão da filosofia pela linguagem acarreta a própria superação da epistemologia pela ontologia. Sem o essencialismo e sem a certeza-de-si-do-pensamento-pensante, o homem parte para uma nova inserção no mundo. E isso, evidentemente, tinha de provocar uma revolução hermenêutica no campo jurídico, onde as primeiras vítimas são as concepções objetivistas e objetificantes acerca do *modus* interpretativo da dogmática jurídica.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b, p. 761-762, grifo do autor.

⁴³⁴ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 102.

⁴³⁵ “Em todos estes tipos de filosofia política e teorias do direito-direito e do estado, são pensados a partir do conceito de poder e concorrência, enquanto se recusa ao conceito de justiça um significado constitutivo para o político. Direito e estado não são apenas neutralizados do ponto de vista religioso, mas também do ponto de vista moral; as teorias se inclinam para um amoralismo político e para um cinismo do poder”. Cf. HÖFFE, Otfried. op. cit., p. 24.

⁴³⁶ “Com efeito, quando o pensamento jurídico se recusa a legitimar ou a validar como *de Direito* uma qualquer ordem normativa – *ainda que expressiva, como inevitavelmente o será, de uma parametrização normativa não fundamentalmente igualitária comunitariamente assumida* – recusa-se, por assim dizer, a ser cúmplice com semelhante *perversão*, abstendo-se de lhe oferecer caução ou validação. A recusa de semelhante cumplicidade encontra-se bem expressa em Radbruch, quando espicaça a ‘consciência dos juristas para a ‘profunda fragilidade’ da sua tarefa. Ou em Castanheira Neves, quando alerta para os ‘graves resultados’ de o pensamento jurídico deixar de se reconhecer uma ‘autonomia crítica’ (preferimos dizer, no âmbito dos nossos pressupostos, *deixar de se reconhecer moralmente comprometido*) no que diz respeito à ‘constituição-realização do direito’, prontificando-se ‘a ser sancionador e colaborador de possíveis despotismos’. Como inevitavelmente o será, caso caucione como válido ou legítimo ‘um qualquer Direito’”. Cf. COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 535, grifo do autor.

A resposta à pergunta é afirmativa e não poderia ser de outra forma. O Direito não mais pode ser visto indissociável da ideia de justiça (moral), como se possível fosse dizer: “isto é legal, mas não é moral”. A ética do Direito e do Estado, apresentada por Höffe, denomina-se, também, de filosofia crítica. Daí a manifesta preocupação com a efetividade normativa, de forma coerente e, principalmente, preservando os princípios como integridade, na perspectiva dworkiniana.⁴³⁷

Jürgen Habermas coloca em xeque uma das ideias centrais da modernidade: a ideia de que moral, Direito e política são rigorosamente separados; a ideia de que são autônomos.⁴³⁸ Na visão habermasiana,⁴³⁹ tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem *lado a lado*, completando-se. Assim, o conceito mais abrangente de *autonomia* deve ser lapidado de modo a comportar não somente o princípio moral, mas também o princípio da democracia.

É a partir do conceito de autonomia que Habermas⁴⁴⁰ estabelece os aspectos sob os quais se diferenciam as normas morais e jurídicas; a ideia é que “os direitos humanos, inscritos na prática de autodeterminação democrática dos cidadãos, têm de ser interpretados *a limine* como direitos jurídicos, não obstante seu conteúdo moral”.

A não cisão entre princípios e regras é fundamental para que Dworkin negue a possibilidade da prática de decisionismos ou discricionariedades na órbita jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Do mesmo modo, a não cisão entre Direito e moral é condição de possibilidade para transcender o mero apego a questões formais e técnicas, impossibilitando que o Direito e a prestação jurisdicional se desviem da responsabilidade social e política, sempre buscando a coerência da jurisdição e a integridade do Direito.

A demonstração de que o Direito está umbilicalmente ligado aos sentidos morais decorrentes da própria formação social é própria e é característica responsável e de harmonização dos interesses coletivos em detrimento da vontade individual, principalmente. E, esse caminho de levar o Direito à sociedade constitui-se em uma via de duas mãos, principalmente porque o Direito só alcança a capacidade substitutiva da vontade

⁴³⁷ Dworkin sustenta que as partes em um processo têm direito a obter uma solução (que ele denomina de resposta correta) em acordo com o ordenamento jurídico pré-existente por meio da utilização dos princípios vigentes neste mesmo ordenamento.

⁴³⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 14.

⁴³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 139.

⁴⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. op. cit., p. 140.

das pessoas, pela vontade do Estado, porque há uma correspondência ou, para utilizar as palavras de Pierre Bourdieu, há a necessidade do *reconhecimento*.

A reciprocidade que está contida no reconhecimento é o que legitima o Direito na democracia e na liberdade, principalmente com a instauração do Estado Constitucional moderno. Como refere Höffe,⁴⁴¹ “A discussão sobre o rigor de uma lei só faz sentido onde a legitimação da competência reguladora correspondente ao estado é reconhecida como evidente”.

Ao trabalhar a noção de *poder simbólico* no Direito, Bourdieu está se referindo a um conjunto de fatores que legitimam a força jurisdicional do Estado. Dentre elas está o *reconhecimento* pelos destinatários, o que, para ele, está diametralmente ligado ao nível de democracia e de liberdade existente em um sistema jurídico. Também, não menos importante, concentra-se no sentido moral existente em cada sociedade e suas características próprias, seja de um Estado social, econômico ou liberal.

O pensamento bourdieano em grande medida se ajusta ao aspecto do sentido das coisas no Direito, simplesmente porque defende que os sistemas simbólicos façam parte de um conjunto de instrumentos de conhecimento e de comunicação estruturalmente ordenados e entrelaçados. Dessa estrutura advém o que se denomina de *Poder Simbólico*, como sendo

Um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo a que Durkheim chama o conformismo lógico, quer dizer, ‘uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre inteligências’.⁴⁴²

Portanto, o poder simbólico pressupõe uma carga de sentido prévia e socialmente aceita, notadamente de conteúdo moral e sedimentada na tradição. É possível afirmar, assim, que o que permite assentar precisamente uma concepção de solidariedade social (moralidade), por exemplo, está no fato de que há um sistema simbólico estruturalmente funcional que torna possível um consenso social a respeito do sentido do mundo social. Sua integração lógica é condição de integração da moral.

Os elementos de moralidade e justiça não podem ser escolhidos porque não se resumem a uma “moralidade prática”, individual-subjetiva, mas decorrem de ações e de

⁴⁴¹ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 32.

⁴⁴² BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 9.

relações sociais relevantes, envolvendo uma concepção de reciprocidade e de responsabilidade.⁴⁴³

A formação do sentido interpretativo das coisas se dá no entrelaçamento da tradição com a visão do que se apresenta no caso concreto. Entretanto, há um sentido moral que provém da natureza das pessoas (existencial) que está acima de qualquer racionalidade, exsurge co-originariamente à vida humana e, conseqüentemente, ao Direito.

No contexto de uma comunidade que se orienta e está estruturada em bases de sentido previamente determinadas pela sua tradição,⁴⁴⁴ há um poder simbólico capaz de dar sustentação a todo o conjunto moral caracterizado. Exatamente na perspectiva do esvaziamento dos conceitos no Direito, principalmente no que se refere à jurisdição, bem como no crescente processo de enfraquecimento da autonomia do Direito é que se pode verificar, a partir da noção do poder simbólico, algumas questões de natureza semântica, principalmente ao se falar em fortalecer a função da democracia e preservar o sentido efetivo da prestação jurisdicional.

A co-originariade entre Direito e moral, ora sustentada, transcende qualquer moralismo. Como observa Höffe,⁴⁴⁵

Da práxis pessoal fazem parte as considerações e decisões de uma pessoa natural, seus interesses motivos e intenções. Da práxis institucional, fazem parte, ao contrário, formas de relações com a família, instituições ou instituições de direito e de estado, precedem amplamente o agir pessoal.

⁴⁴³ “Determinando mais cuidadosamente a questão, na justiça trata-se de ações socialmente relevantes ou relações sociais; Robinson solitário talvez possa ser valente ou controlado, mas não pode agir com justiça. No contexto da práxis social, são sobretudo situações de conflito em que o julgamento da justiça representa um papel, situações de conflito que surgem no dar e receber, exigir e recusar, na distribuição e ajuda de bens e encargos.” Cf. HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 45.

⁴⁴⁴ Encontramo-nos sempre inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição nos diz pudesse ser pensado com estranho ou alheio. Trata-se sempre de algo próprio, um reconhecer a si mesmo no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição. Como refere Fernández-Largo, “La autoridad – y la tradición, que es una forma suya – representa un momento privilegiado de una razón que constantemente se enfrenta a la realidad. La tradición se renueva sin cesar en la historia humana y siempre replantándose a sí misma. Incluso em la justificación de las revoluciones de cualquier orden, no es posible explicarlas, si se prescinde de la situación em que están replanteadas.” Cf. FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidade de Valladolid, 1992, p. 72.

⁴⁴⁵ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 50.

O poder simbólico está inserido no âmbito do Direito e nele exerce função fundamental, principalmente quando reconhecido pela comunidade como legítimo, íntegro e democrático, isto é, somente podendo ser exercido a partir do *reconhecimento*.⁴⁴⁶

O poder que tradicionalmente derivava do Estado, de forma paulatina, vem se deslocando para diversos outros setores da sociedade. O poder é constituído por fenômeno de coerção social que passa a determinar as relações sociais. Entretanto, sua adesão pelos destinatários (*reconhecimento*) é o que determina a sua eficácia e a sua manutenção no tempo. Assim, torna-se necessário reconhecer a relação de dependência da legitimação com a validade, ou seja, é possível concluir que inexistente *reconhecimento* dissociado de democracia e de liberdade.

O sistema simbólico faz parte de um conjunto de instrumentos de conhecimento e de comunicação estruturalmente ordenados e entrelaçados, pressupondo uma carga de sentido previa e socialmente aceita, notadamente de conteúdo moral e constituída na tradição.

O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, desse modo, a ação sobre o mundo, portanto, o próprio mundo; poder que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for *reconhecido*, quer dizer, ignorado como arbitrário. Isso significa que o poder simbólico não reside nos sistemas simbólicos em forma de uma *illocutionary force*, mas que se define numa relação determinada – e por meio desta – entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos, quer dizer, isto é, na própria estrutura do campo em que se produz e se reproduz a crença. O que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou a subverter, é a crença na legitimidade das palavras e naquele que as pronuncia, crença cuja produção não é competência das palavras.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ “O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for *reconhecido*, quer dizer, ignorado como arbitrário. Isto significa que o poder simbólico não reside nos sistemas simbólicos em forma de uma *illocutionary force*, mas que se define numa relação determinada – e por meio desta – entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos, quer dizer, isto é, na própria estrutura do campo em que se produz e se reproduz a crença. O que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou a subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é competência das palavras.” Cf. BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 14-15, grifo do autor.

⁴⁴⁷ BOURDIEU, Pierre. op. cit., p. 14-15.

Afirmar que o Direito está em crise⁴⁴⁸ é dizer que a crise decorre da falta de fundamento, isto é, da fragilização da democracia por intensa participação discricionária no âmbito de aplicação do Direito. Isso se reflete no modo como os juristas lidam com os fundamentos das coisas e o modo como o senso comum dos juristas se mantém passivo. O que se intensifica na medida em que a comunidade jurídica mantém-se apegada à ideia de chegar ao fundamento das coisas pelo pensamento dualista⁴⁴⁹ (separação entre fato e norma, interpretação e aplicação...), pelo pensamento reducionista (que aposta no afastamento da complexidade do mundo da vida), bem como na subjetividade como *modus operandi* (discricionariedade do intérprete).

O resultado disso não é outro senão a fragilização da democracia e da própria autonomia do Direito, pois, em *terrae brasilis*, tornou-se comum, e até banalizada, a confusão de atribuições constitucionais dos poderes, agravando a questão da irresponsabilidade legislativa (inércia) e o aumento cada vez maior do que se poderia denominar de “judicialização da política” ou “ativismo judicial”.⁴⁵⁰

Fica evidente que a referida crise no Direito acaba fragilizando a democracia e agudiza o processo cada vez mais intenso de esvaziamento de sentido dos conceitos, trazendo uma inadequada compreensão dos institutos jurídicos.

⁴⁴⁸ “Em tempos de enfrentamento entre Constitucionalismo (Contemporâneo) e positivismo (e os vários positivismos) e tudo o que isso representa para uma sociedade díspar e carente de realização de direitos como a brasileira, é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante crise decorrente da (in)determinabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, a partir de uma dogmática jurídica refém dos positivismos exegetico, fático e normativista, cujo resultado final é uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento ao esquema sujeito-objeto”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 4. ed. 2011, p. 58.

⁴⁴⁹ “Em outras palavras, o texto não existe em uma espécie de “textitude” metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamentar para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar), que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência). Trata-se, enfim, da superação dos dualismos que caracterizam o pensamento metafísico.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. op. cit., 2011, p. 219, grifo do autor.

⁴⁵⁰ Definitivamente, não se pode confundir a defesa de posturas substancialistas com ativismos judiciais. A defesa da Constituição – nos moldes substancialistas aqui definidos à luz da hermenêutica – está muito além de acusações desse jaez. Ativismos judiciais e discricionariedades interpretativas caminham, no mais das vezes, lado a lado. “É a possibilidade efetiva de respostas corretas que se constitui como blindagem contra ativismos/discricionariedades.” Cf. STRECK, Luiz. op. cit., 2011, p. 431.

A hermenêutica da facticidade,⁴⁵¹ como modo-de-ser-no-mundo,⁴⁵² contém o elemento fundamental para o *desvelamento de sentido*⁴⁵³ dos conceitos. A valorização do caso concreto, portanto, integra uma noção de responsabilidade ética suficiente para que seja possível falar, como metáfora, da existência de uma *resposta correta*, apropriando-se da expressão dworkiniana. Nesse aspecto, Dworkin refere que⁴⁵⁴

O conceito doutrinário de Direito só pode ser entendido como um conceito interpretativo [...]. Por conseguinte, defender uma análise desse conceito interpretativo só pode significar defender uma teoria controversa da moral política. Uma análise do conceito tem de assumir, desde o início, uma relação íntima entre Direito e moral.

Como suporte da análise, o texto vale-se da ontologia fundamental⁴⁵⁵ (indicativos formais) como matriz teórica, ao indagar: O que a hermenêutica existencial (pergunta pelo sentido do ser) tem a “dizer” ao Direito? Propriamente ao que se entende por desocultar (desvelar) o ser dos entes, já que, de há muito, o Direito vem sofrendo com uma inadequada compreensão de sentido⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ “A questão é que uma tal hermenêutica da facticidade, ou seja, uma tal lida desconstrutiva com a ontologia sedimentada no presente, que busca incessantemente se apropriar de possibilidades latentes naquilo que essencialmente se deu e que continua decidindo o caminho de construção do futuro, não pode se realizar em si mesma.” Cf. CASANOVA, Marco Antonio. **Compreender Heidegger**. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 86.

⁴⁵² “A expressão “ser-no-mundo”, que caracteriza a transcendência, denota um “estado de coisas” e, decerto, um que presumivelmente com facilidade se pode discernir. No entanto o que esta expressão significa depende se o conceito *mundo* se toma num sentido prefilosófico vulgar ou num sentido transcendental. A discussão de um duplo significado do discurso sobre o ser-no-mundo pode clarificar isto”. Cf. HEIDEGGER, Martin. **A Essência do Fundamento**. Edição bilíngue. Lisboa: Editora 70, Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2007, p. 43, grifo do autor.

⁴⁵³ O desvelamento de sentido que se fala não é uma tarefa única e específica que uma vez realizada teria a capacidade de determinar interpretações de uma forma universal. A universalidade que há é no sentido de que ela pode ser aplicada de forma indistinta a todos os processos interpretativos, principalmente porque não visa exaurir o processo interpretativo que se dá de forma continuada e constante.

⁴⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2011, p. 413.

⁴⁵⁵ “Ontologia fundamental não significa aqui superontologia, mas aponta muito mais para a compreensão da necessidade de se perguntar antes de mais nada pela possibilidade mesma da ontologia. O termo fundamental presente na expressão indica que a investigação não se mantém mais no âmbito de uma ontologia positiva, mas desce até o fundamento mesmo das ontologias em geral e sonda como elas retiram desse fundamento a sua própria determinação”. Cf. CASANOVA, Marco Antonio. op. cit., p. 79.

⁴⁵⁶ “O conceito heideggeriano de *Dasein*, tal como foi apresentado em *Ser e Tempo*, surgiu como uma solução à pergunta pelos fundamentos do conhecimento. A discussão dos fundamentos foi um tema que emergiu com a crise das matemáticas no século XIV e motivou o trabalho de muitos estudiosos de diversas áreas”. Cf. MACHADO, Bruno Martins. Heidegger e a Superação da crise dos fundamentos: antecedentes para a proposição de uma ontologia fundamental. **Estud. pesqui. psicol.**, v. 10, n. 3, dez. 2010, p. 765-780, grifo do autor.

No ponto, Höffe⁴⁵⁷ alerta ao dizer que

O positivismo rigoroso toma aqui uma forma de um relativismo ético-jurídico (p. ex. Kelsen, *Teoria pura do direito*, 366 e 403) para qual, nas representações de justiça, a categoria da validade objetiva não tem significado, de modo que se torna sem sentido a busca de um conceito e critério de justiça”. Daí a importância de enfrentar o problema da coagulação de sentido que se formou a partir da herança das ciências positivas da modernidade.

4.2 A CO-ORIGINARIEDADE DO DIREITO (NA PERSPECTIVA DE INDÍCIOS FORMAIS) E DA MORALIDADE

A ideia de Direito sempre esteve atrelada à concepção de Estado (moderno) como uma decorrência da própria necessidade social que eclodiu mais ou menos no final do período feudal (século XV). Isso foi determinante para estabelecer as bases fundantes do Direito, como legalidade.⁴⁵⁸ Isto é, a segurança jurídica conquista o seu espaço a partir de um contratualismo social que foi se formando baseado na igualdade e na liberdade.

O pressuposto para que o Direito tenha passado a integrar a vida das pessoas pelas mãos do Estado acontece exatamente porque na sociedade feudal inexistiam parâmetros seguros para o exercício do poder. Na modernidade, portanto, é que se constroem os dois grandes pilares da legalidade jurídica: liberdade e igualdade.⁴⁵⁹ Nesse norte, todo o raciocínio jurídico se constitui tendo como pressuposto, principalmente a igualdade, como princípio, ou donde tudo se origina, como fundamento.

⁴⁵⁷ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 38.

⁴⁵⁸ “Para atender às duas leis básicas da natureza humana, que é a necessidade de segurança, especialmente segurança na vida, e a garantia do cumprimento dos pactos e contratos, é preciso surgir um Estado armado para forçar os homens ao respeito aos princípios, aos pactos, ao entendimento do que é bom para todos, segundo os ditames da reta razão. [...] O Estado tem de deter o poder soberano. O Estado é a condição para que exista sociedade. Cada um confere o poder que tem a um só ou a uma Assembleia capaz de produzir uma única vontade”. Cf. BARBOSA, Vivaldo. **O pensamento político**: do iluminismo aos nossos dias: entre individualismo e comunidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 92.

⁴⁵⁹ “A hegemonia da sintaxe da igualdade na Modernidade fundamentou-se, em significativa medida, sobre as exigências de segurança jurídica sobre as quais se sustentou o Direito liberal-iluminista. Essa relação entre igualdade e segurança jurídica situou-se num duplo nível. Por um lado, a certeza e a eficácia jurídicas cobraram vida em um contexto de reciprocidade entre cidadãos e órgãos do sistema jurídico. Por outro, muitas exigências da segurança jurídica foram e continuam sendo, ao mesmo tempo, princípios de igualdade formal. A generalidade das normas, a proibição de discriminações arbitrárias, a força vinculante do precedente, são algumas dessas exigências que se ligam diretamente à igualdade, entendidas como igualdade de trato. Ou talvez seja mais correto afirmar que alguns princípios jurídicos tradicionalmente relacionados com a igualdade de trato são, melhor dizendo, concretizações ou exigências da segurança jurídica.” Cf. SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2015, p. 120-121.

É cediço que a concepção original iluminista de igualdade, na perspectiva de que todos são iguais perante a lei, soçobrou. Isso se deve precisamente porque, na verdade, as pessoas, convivendo na complexidade do mundo da vida, não podem ser tratadas de forma uniforme, simplesmente porque possuem, por natureza, inúmeras distinções. Entretanto, era o que se dispunha naquele determinado contexto histórico e serviu, em grande medida, para que o mundo ocidental abandonasse o estado de barbárie do medievo.

O sintoma de que a igualdade (formal) legalista não era suficiente não foi sentido exclusivamente no Direito. A própria incerteza que eclodiu na filosofia, período pós 1ª Guerra Mundial, em relação à razão científica pode ser sentida nos conceitos heideggerianos de faticidade e de valorização do mundo da vida. Isso fica evidente no capítulo VI, denominado *A Postura Primordial do Vivenciar*, da biografia de Heidegger, escrita por Safranski,⁴⁶⁰ ao retratar o clima vivido no ano de 1919, em conferência de Max Weber que, um ano antes de sua morte, conclui que a ciência havia naufragado:

A ciência, que em seus efeitos técnicos mudou os alicerces do nosso cotidiano e provou na guerra quanta força de destruição nela reside – essa ciência tornou-se uma fatalidade, mas mesmo assim nos deixa sozinhos com as questões do significado: ‘Qual é o significado da ciência como vocação, pois todas essas antigas ilusões, ‘caminho para o verdadeiro ser’, ‘caminho para verdadeira arte’ [...], naufragaram?’

Também já não se constitui um único problema para o Direito (pós-moderno) o pensamento jurídico científico decorrente do período do positivismo exegético (primevo), que, como refere Streck⁴⁶¹, concede espaço para o positivismo normativista (voluntarista-discricionarista). Entretanto, é com a viragem linguística que a discussão, envolvendo o cientificismo do positivismo exegético e do próprio positivismo normativista, é superada

⁴⁶⁰ SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005, p. 124.

⁴⁶¹ “Se o método colocava a linguagem em um plano secundário (terceira coisa entre o sujeito e o objeto), manipulável pelo sujeito solipsista, a intersubjetividade que se instaura com o *linguistic turn* exige que, no interior da própria linguagem, se faça o necessário controle hermenêutico (entre outras coisas, *levar-se o texto a sério*, circunstância que se coaduna perfeitamente com as Constituições na segunda metade do século XX e confere especial especificidade à interpretação do direito, em face do vetor de sentido assumido pelo texto constitucional, além de reafirmar a autonomia do direito)”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 622, grifo do autor.

pelo que se denominou de *constitucionalismo*,⁴⁶² isto é, um novo paradigma para o direito que faz integrar à normatividade a realidade fática e, principalmente, as condições históricas de sua realização.

O paradigma do constitucionalismo, portanto, não pode ser visto como um novo processo de regulação que normatiza, simplesmente porque representa muito mais. É a própria demonstração da co-originariedade do direito e da moral, já que há uma aproximação e coordenação ao que Konrad Hesse⁴⁶³ denominou de *Constituição real* e *Constituição jurídica*. Isto é,

A força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.

O fenômeno da *Força Normativa da Constituição* cunhado pela tradição do constitucionalismo do pós-guerra, contém o aspecto material do constitucionalismo, ou seja, com uma forte carga axiológica na confirmação dos direitos fundamentais, de exigência moral, porque comprometida com a efetividade e, principalmente, com a democracia, merecendo transcrição a lição de Streck⁴⁶⁴

O aspecto material da constitucionalização do ordenamento consiste na conhecida recepção no sistema jurídico de certas exigências da moral crítica na forma de direitos fundamentais. Em outras palavras, o direito adquiriu uma forte carga axiológica, assumindo fundamental importância a materialidade da Constituição. O aspecto material da constitucionalização tem apontado para um reforço entre os juristas de um conceito não positivista de direito, no qual o sistema jurídico está vinculado à moral de forma conceitual, o que, aliás, pode ser um dos elementos que distingue o constitucionalismo atual (neoconstitucionalismo) de suas versões precedentes. O constitucionalismo tradicional era sobretudo uma ideologia, uma teoria meramente normativa, enquanto o constitucionalismo atual tem

⁴⁶² “A compreensão acerca do significado do constitucionalismo contemporâneo, entendido como o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, a toda evidência implica a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional. Nesse sentido, a ilustrativa assertiva de Werner Kägi, já em 1945: *Sage mir Deine Einstellung zur Verfassungsgerichtsbarkeit und ich sage Dir, man für einen Verfassungsbegriff Du hast*. Isto significa afirmar que, enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b, p. 37, grifo do autor.

⁴⁶³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 18.

⁴⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 114.

se transformado em uma teoria do direito oposta ao positivismo jurídico enquanto método.

Modifica-se o cenário em que se desdobram as discussões jurídicas a partir do constitucionalismo, não sendo mais problema (central) no Direito o já superado positivismo exegético. O problema interpretativo, portanto, deslocou-se para o que antes era a aplicação (literal) da lei, para o plano no voluntarismo judicial que também pode ser classificado como uma espécie positivista (realista) de aplicar o Direito.

Esse é um aspecto importante para essa tese na medida em que se acredita poder superar o problema do relativismo (discricionabilidade judicial), somando-se a ideia de Streck acerca da viabilidade de uma teoria da decisão. E, de que forma isso pode ser feito?

Num primeiro momento, a fim de afastar a já desagastada ideia, bastante presente no imaginário do jurista, de que o direito se confunde com a regra jurídica, é necessário repensar o sistema de regras como *indicações formais*. Pensar a regra como um *indício formal* significa afirmar que um enunciado jurídico é uma mera indicação (abstrata) a respeito de um determinado instituto. Assim, nem sempre o que foi definido legalmente (abstratamente) contém a representação do que será aplicado efetivamente na relação com o caso concreto.⁴⁶⁵

Portanto, a lei não contém matéria substantiva suficiente para determinar a aplicação dela, pois não é possível aprisionar o mundo da vida em conceitos previamente dados. Dessa forma, a análise do contexto legalmente estatuído como indicação, é a melhor alternativa para que se mantenha atualizada a disposição legal, a qual estará sempre amparada pelas disposições morais da Constituição.

Não há como criar sentidos para depois interpretar, simplesmente porque se vive num contexto de significabilidade jurídica (semântica jurídico-moral instituída pela tradição), materialmente presente no contexto jurídico pela Constituição.

Nesse mesmo sentido, Gianni Vattimo⁴⁶⁶ afirma que

⁴⁶⁵ O que se afirma pode ser facilmente demonstrado, mesmo contrariando a doutrina civilista tradicional, ao estudar o rol dos Direitos Reais, previsto no artigo 1.225 do Código Civil, de modo relativo, isto é, admitindo ampliação por decisão judicial, desde que assim amparada por disposição constitucional. Concretamente, poder-se-ia demonstrar na equiparação da propriedade (inciso I, do artigo 1.225 CCB) à posse (não prevista no rol do artigo 1.225 CCB), quando na aplicação concreta se exigir os efeitos dos direitos reais (*propter rem*) a um loteamento de fato, sob pena de violação do princípio constitucional da função social da propriedade. Cf. BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 fev. 2016.

⁴⁶⁶ GIANNI, Vattimo. **Creer que se cree**. 2. ed. Buenos Aires: Paidós, 2008, p. 91-92.

No creo, por el contrario, que se pueda transigir e los principios y en algunos derechos fundamentales, sobre todo a nivel de leyes del Estado (empezando por el derecho de los gays a constituir familias reconocidas legalmente un derecho negado en nombre de la adopción, por parte del Estado laico, de una concepción metafísica de la familia ‘natural’, propugnada de hecho sólo por la Iglesia católica). Se trata, sin embargo, de considerar la reducción de la violencia como un proceso siempre en curso y no como una condición ideal de autenticidade que se pueda establecer definitivamente adecuándose a una esencia eterna del hombre, de la moral, de la sociedad.

É possível, portanto, conformar o Direito ao método dos indícios formais sem que se caia novamente no velho problema do relativismo que sempre rondou a Filosofia e o Direito, exatamente porque o processo aplicativo deve se dar pela *linguagem* (a constante pergunta pelo sentido do ser das coisas ligada à temporalidade – caso concreto – e força da tradição histórica). O primeiro desses elementos já foi exaustivamente enfrentado ao longo desse trabalho e, por força do caráter existencial da filosofia heideggeriana (a constante pergunta pelo sentido do ser), ganha maior relevância em decorrência da *temporalidade: a singularidade própria do caso concreto*. O segundo elemento decorre do reconhecimento da força da tradição como parâmetro moral suficiente para evitar o retrocesso (*princípio nietzschiano da não contradição*)⁴⁶⁷, ou seja, evitar que se diga qualquer coisa sobre qualquer coisa.

O princípio da *não contradição* é suficiente para demonstrar a relação ético-moral entre os sentidos das coisas e a aplicação do direito, principalmente porque a não-contradição é um princípio básico para que se possa dizer que algo é na temporalidade. Como ressalta Heidegger⁴⁶⁸

Algo que se presenta, algo constante, se perde necessariamente como tal se o seu presentar-se e o seu presente são negligenciados por meio de um olhar que se volta para um outro ponto do tempo, se sua constância é negligenciada por meio de uma visada que se volta para algo inconstante. [...]. Por meio de afirmações contraditórias, ele se desloca da sua essência para o interior da inessência; ele dissolve a ligação com o ente como tal.

⁴⁶⁷ “O princípio da não-contradição não é nenhuma adaptação a algo real que seria de algum modo compreensível, mas é mesmo o estabelecimento de uma medida. Ele diz antecipadamente o que o ente é e o que unicamente poderia vigor como sendo, a saber, *o que-não-de-contradiz*. O princípio fornece em geral pela primeira vez a indicação quanto ao que deve vigor como sendo. Ele expressa um dever, é um imperativo.” Cf. HEIDEGGER, Martin. *Nietzsche I*. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010c. p. 472, grifo do autor.

⁴⁶⁸ HEIDEGGER, Martin. op. cit., 2010c, p. 468.

A coerência, ou a não contradição, são elementos integrativos da condição humana como interpretação, condição de possibilidade para o entendimento das coisas do mundo, como o Direito. Portanto, para se levar a sério o processo interpretativo é necessário um agir moral e responsável, o qual não permite que seja negligenciado o contexto de significação já desde sempre à disposição.

4.2.1 *Ethos* (Ética e Moral) por quê Distinguir?

É possível definir a palavra *Ethos* como sendo o conjunto de costumes de um povo ou de uma sociedade, traços sociais e culturais de um grupo humano que seria responsável pela definição de uma identidade social. Portanto, ao se indicar o comportamento humano é que se origina a palavra ética, ligada ao caráter e ao modo de ser (comportamento) de um determinado grupo social.

Soa de maneira estranha que a palavra *Ethos* (moral e ética), diante desse sem número de definições relacionadas ao comportamento humano e, por via de consequência, ligada à compreensão/interpretação das regras jurídicas, no âmbito epistemológico jurídico, possa ser tratada como algo distante ou dissociado, prescindível interpretativamente falando. E, é nesse ponto que se discorda, o que se constitui num móvel desta tese.

Tanto na linguagem coloquial como na culta, ética e moral podem ser utilizados como sinônimos, ou seja, ao emitir alguma consideração sobre determinada conduta, se diz “esse é um problema ético e moral”. Entretanto, ao ingressar um pouco mais a fundo, verifica-se que os dois termos são distintos e não podem ser tratados como sinônimos.

No dizer de Leonardo Boff,⁴⁶⁹ “A *ética* é parte da Filosofia. Considera concepções de fundo acerca da vida, do universo, do ser humano e de seu destino, estatui princípios e valores que orientam pessoas e sociedades”. De outra parte, Boff dirá que “a *moral* é parte da vida concreta. Trata da prática real da vida das pessoas que se expressam por costumes, hábitos e valores culturalmente estabelecidos”. Embora bastante útil esta definição, ela ainda é abstrata, merecendo uma análise um pouco mais detalhada.

A experiência de base, de raiz, será sempre válida e é constituída pela experiência humana como ser-no-mundo, morada humana (*ethos*). Essa experiência não deve ser entendida como uma morada física (alguém que habita num determinado local), mas uma experiência (morada) existencial. Contexto decorrente do meio físico com as pessoas, isto é, existencial é entendido como aquilo que é.

⁴⁶⁹ BOFF, Leonardo. *Ética e Moral*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 37.

Como em qualquer morada, impõe-se que o espaço físico dela esteja adequadamente organizado (sala, cômodo...), bem como o espaço humano (relação entre moradores e vizinhos) esteja estabelecido de uma maneira que tudo funcione. No ambiente da morada, portanto, haverá hábitos e comportamentos concretos das pessoas, também denominados de *mores*, donde se retira a origem da palavra moral.

Tudo começa na morada (*ethos*) que pode ser o ambiente de trabalho, a casa ou até mesmo o planeta. As pessoas que nela habitam têm valores, princípios, motivações que norteiam o comportamento (morada-*ethos*). O conjunto de comportamentos e hábitos (moral) forma o caráter e confere o perfil (ética) das pessoas.

O Direito somente será ético (com um caráter principiológico coerente) se, somente se sua aplicação (morada) for moral. Isto é, a ética no Direito depende da aplicação (moral), protegida da incoerência e da contradição, como refere Streck,⁴⁷⁰ ao mencionar a não aplicação de uma regra frente à incidência de um princípio Constitucional, situação que gera para a comunidade jurídica um compromisso normativo de seguir o sentido indicado a partir da Constituição. Compromisso de autoridade da tradição, lógico, coerente que integra e edifica a moral jurídica da comunidade jurídica. Portanto, ao ser negligenciado, no processo de aplicação do Direito, o caráter moral de coerência e integridade, passa a ser um problema falar em levar o direito a sério, nos moldes da *teoria da decisão streckiana*,⁴⁷¹ por

⁴⁷⁰ “É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é “suspensa” em casos de “insignificância”). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b, p. 348.

⁴⁷¹ “Em síntese – e quero deixar isso bem claro –, para superar o positivismo (insisto: considero definitivamente superado o positivismo primitivo), é preciso superar também aquilo que o sustenta: o primado epistemológico do sujeito (da subjetividade assujeitadora) e o solipsismo teórico da filosofia da consciência. *Não há como escapar disso*. E penso que apenas com a superação dessas teorias que ainda apostam no esquema sujeito-objeto é que poderemos sair dessa armadilha que é o solipsismo. A hermenêutica se apresenta, nesse contexto, como um espaço no qual se pode pensar adequadamente uma teoria da decisão judicial, livre que está, tanto das amarras desse sujeito onde reside a razão prática, como também daquelas posturas que buscam substituir esse sujeito por estruturas ou sistemas. Nisso talvez resida a chave de toda a problemática relativa ao enfrentamento do positivismo e de suas condições de possibilidade.” Cf. STRECK, **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 4. ed, 2011, p. 508, grifo do autor.

faltar o elemento ético (princípio-valor) indissociável de qualquer processo interpretativo/aplicativo do Direito.⁴⁷²

É necessário ressaltar que o predomínio da razão (instrumental-analítica) que se instaurou no Direito também está presente na ética. Deixa-se de atentar para a voz interior (linguagem), degradada pelo psicologismo-normativista, alheio ao sistema jurídico, mas internalizado pelo senso comum dos juristas.

A fragmentação do conhecimento agudiza o processo de descomplexização do Direito, como se os saberes pudessem ser controlados a partir de um mundo finito e exaurido em si mesmo. Neste ponto, Boff⁴⁷³ afirma que

Sendo os entes ilimitados, ilimitados são também os saberes. Mas esquece-se de que são partes de um todo. Realidade fragmentada, gerou saber fragmentado e ética fragmentada em infindas morais, para cada profissão (deontologia), para cada classe e para cada cultura.

Daí a árdua tarefa de superação da razão, capaz de obnubilar o horizonte da transcendência, isto é, o horizonte da finitude, que possibilita ao ser humano sentir-se parte do todo e identificar o real sentido mesmo de sua rápida passagem pelo mundo. A falta dessas percepções transforma a ética em moralismo e legalismo, pois é solipsista e centrada em si mesma.

A ética está inexoravelmente ligada ao existencial *ser-com*. Não há ética no contexto solitário de Robison Crusoe, simplesmente porque o agir ético se desenvolve em relação ao outro, daí a perspectiva ética do Direito e da hermenêutica, como filosófica. Boff⁴⁷⁴ alude que “Quando o outro irrompe à minha frente, nasce a ética. Porque o outro me obriga a tomar uma atitude prática de acolhida, de indiferença, de rechaço, de destruição. O outro significa uma pro-posta que pede uma res-posta com res-pon-sa-bilidade”.

A dimensão responsável no Direito assume o *locus* privilegiado, na medida em que

Responsabilidade é a capacidade de dar respostas eficazes (*responsum* em latim, donde vem responsabilidade) aos problemas que nos chegam da

⁴⁷² Tais elementos podem ser verificados na preocupação legislativa que inspirou o advento do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, principalmente no que se refere à introdução principiológica contida na parte geral (primeiros 12 artigos): processo civil Constitucional (art. 1º); prazo razoável de duração dos processos (art. 4º); boa-fé das partes (art. 5º); cooperação entre as partes (art. 6º); fins sociais (art. 8º); contraditório dinâmico (arts. 9º e 10º). Isso sem falar na exigência de fundamentação analítica determinada pelo artigo 489. Cf. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 7 jan. 2016.

⁴⁷³ BOFF, Leonardo. **Ética e Moral**. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 42.

⁴⁷⁴ BOFF, Leonardo. op. cit., p. 45.

realidade complexa atual. E só conseguimos com um *ethos* que ama, cuida e se responsabiliza. Responsabilidade surge quando nos damos conta das consequências de nossos atos sobre os outros e a natureza.⁴⁷⁵

Portanto, falar em moral no Direito não significa estabelecer juízos de moralidade, como se a moral fosse corretiva do Direito⁴⁷⁶, mas, acima de qualquer coisa, significa estabelecer critérios objetivos de racionalidade, baseados em argumentos de princípio, simplesmente porque o Direito possui DNA e prescindir da razão prática do juiz para definir a resposta mais adequada.

A resposta correta, termo cunhado por Dworkin, significa zelar pelo caminho (mais democrático) a ser trilhado na obtenção da resposta jurisdicional, a qual não se compatibiliza com a vontade do intérprete. Nesse contexto, ser moral no Direito é ser responsável, ter cuidado com os elementos racionais de uma decisão judicial. Daí a ligação com a ética heideggeriana (preocupada com o sentido no tempo), já que algo somente é na temporalidade própria do caso concreto.

Mais do que obter um resultado correto, o qual se pode chegar, muitas vezes, ao jogar “cara-ou-coroa”, já que se terá sempre metade das chances de acerto ou de erro na “escolha” por A ou B, importa para o Direito, com a metáfora da *resposta correta*, a qual é composta não só pelo resultado, mas, principalmente, pelos critérios racionais de fundamentação (argumentos de princípio), que o caminho (fundamentação) para se chegar à resposta mais adequada seja democrático, conhecido de antemão com bases de princípio, e

⁴⁷⁵ BOFF, Leonardo. **Ética e Moral**. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 51, grifo do autor.

⁴⁷⁶ “Combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático, etc. – que, como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo – quer dizer *compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída*, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade. Portanto, não será o juiz, com base na sua particular concepção de mundo, que fará correções morais de leis “defeituosas” (afasto, pois, a tese – e cito, por todos, a de Robert Alexy – expressa na sua conferência em Pequim em 2007 – de que *a*) “defeitos morais invalidam a lei”; *b*) que a dimensão ideal do direito encontra a sua expressão na moral corretiva; e *c*) que o direito pode ser corrigido pelo argumento da injustiça.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2013a, p. 112, grifo do autor.

não inventado pelo julgador ao seu livre e conveniente entendimento, como sói acontecer no mundo jurídico de maneira frequente.⁴⁷⁷

4.2.2 A Leitura Moral da Constituição a Partir da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck

A obra de Lenio Luiz Streck, também denominada de CHD – Crítica Hermenêutica do Direito, trouxe à comunidade jurídica do Brasil, de forma pioneira, a transposição da filosofia hermenêutica (Heidegger) e da hermenêutica filosófica (Gadamer) para o Direito. Notadamente que o jurista brasileiro tem o seu trabalho marcado pela defesa da Constituição, como instrumento de afirmação da democracia e de legitimidade, e seus desdobramentos, isto é, defende a coexistência do Estado Democrático de Direito com uma teoria da decisão que seja suficiente para levar os direitos a sério.⁴⁷⁸

De um lado, ter que pensar o Direito a partir de bases seguras, assim como sustentar parâmetros de democracia para o processo decisório, significa dizer que, de outro lado, o Direito enfrenta problemas no âmbito interpretativo, não só a partir da visão construída pelo senso comum dos juristas que aposta na discricionariedade judicial, mas, também, pelo

⁴⁷⁷ Nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, os quais são tutelados e se encontram dispostos no Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973) por haver evidente interesse do Estado em regulá-los, a prestação jurisdicional é alçada a um grau de discricionariedade que transcende aos limites da legalidade, como o próprio artigo 1.109 estabelece: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”. Tal dispositivo revela o modo como funciona o senso comum dos juristas: o juiz como protagonista das decisões judiciais (Estado). Daí o paulatino desuso de togas (simbolicamente) nos ambientes judiciais conduzidos por magistrados, principalmente em audiência cíveis e criminais de 1º grau. Cf. BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 mar. 2016.

⁴⁷⁸ No prefácio da obra *Jurisdição Constitucional* Jorge Miranda faz uma sucinta referência à obra de Streck, elencando as seguintes teses: “A hermenêutica jurídica tendo como função constituir as condições de possibilidade para a compreensão da problemática da justiça constitucional; necessidade de entender o texto constitucional (naturalmente, um texto como a da Constituição Brasileira de 1988) na sua substancialidade, com toda a principiologia do Estado Social; Necessidade e valor de uma Constituição vinculante; Necessidade de justiça constitucional e de acesso do cidadão à justiça constitucional”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013b, p. 8.

esvaziamento de sentido das coisas. Problemas estes de origem filosófica, como denuncia Streck.⁴⁷⁹

Em meio ao contexto acima explicitado, relacionado à obra de Lenio Streck e a sua preocupação como pensador do Direito (que está em crise), não há como não relacionar sua inquietação a um compromisso de responsabilidade, isto é, o agir ético *pré-ocupado*, típico do *cuidado* heideggeriano. Daí o fundamento para afirmar que a obra streckiana é sim de caráter ético-moral, pois se ocupa com elementos essenciais à democracia, exatamente porque, após a *viragem linguística*, a atuação do Estado (Constitucional) não mais se compatibiliza com arbitrariedades e não se sustenta afastada da democracia.

Pertinente à leitura moral política que Streck revela ao longo de sua obra, Clarissa Tassinari⁴⁸⁰ assenta o seguinte

Não se pode deixar de mencionar que a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), de Lenio Streck, não consiste apenas em oferecer um contributo sobre os limites da atuação jurisdicional, tema das mais recentes obras do autor, bem como deste trabalho. Em que pese seus pressupostos teóricos tornem possível compreender o ativismo judicial como um problema, a proposta de Lenio Streck, antes de tudo, está centrada na realização de uma reflexão de caráter abrangente, considerada inovadora por diversos motivos, que podem ser assim sintetizados: a) *primeiro*, por, sob influência de Luís Alberto Warat, consistir numa ruptura com o dogmatismo, através de uma hermenêutica crítica na interpretação/aplicação do direito (na superação do que ficou conhecido por ‘senso [ou sentido] comum teórico dos juristas’), o que repercutiu sobremaneira no modo de compreender o ensino jurídico no Brasil; b) *segundo*, por, em contato com a obra do filósofo Ernildo Stein, assentar sua teoria sob os aportes da filosofia hermenêutica (de Martin Heidegger) e da hermenêutica filosófica (de Hans-Georg Gadamer) e, a partir disso, evidenciar as inter-relações entre Direito e Filosofia, rompendo com a *negação (resistência) filosófica* que povoava o ambiente jurídico no Brasil, o que resultou na expressão filosofia *no* direito (terminologia por ele criada); e c) *terceiro*, por agregar a tudo isso a construção de uma *teoria da decisão judicial*, elaborada a partir de uma imbricação com a proposta do jurista norte-americano Ronald Dworkin, fazendo nascer a tese do direito fundamental a respostas constitucionalmente adequadas (a respostas corretas), estrutura a partir do dever de fundamentar as decisões, que, por sua

⁴⁷⁹ Daí a pergunta: por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, deve(r)mos continuar a delegar ao juiz a apreciação discricionária nos casos de regras (textos legais) que contenham vaguezas e ambiguidades e nas hipóteses dos assim denominados *hard cases*? Volta-se, sempre, ao lugar do começo: o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado. É preciso entender que o sujeito solipsista – que está na base de afirmações do tipo “decido conforme minha consciência” – é uma construção filosófica que deita suas raízes no que antes delinee. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013a, p. 60.

⁴⁸⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 108-109, grifo do autor.

vez, apresenta-se como uma exigência dos pressupostos democráticos do constitucionalismo.

A tese do dualismo propalada pela Filosofia tradicional acaba por influenciar intensamente o pensamento jurídico, sobretudo o positivismo e a clássica separação do Direito da moral. Diversamente do que se poderia pensar sobre o moral(ismo), na verdade, a defesa de Streck⁴⁸¹ sobre a incindibilidade entre o Direito e a moral segue a mesma linha ora defendida nesta tese, isto é, de uma moral como fundamento para o sentido das coisas, sedimentada na tradição, fruto de uma construção político-institucional.

A interpretação/aplicação jurídica, segundo Streck, precisa estar adequada ao fundamento das coisas. Chegar ao fundamento significa permitir que a situação prática (fenomenológica) aconteça, isto é, a abertura para o espaço antepredicativo vai se desenvolver na própria linguagem como condição de possibilidade para a transcendência.

No âmbito da aplicação do Direito, a pré-compreensão passa a ter um papel decisivo para evitar que a prestação jurisdicional possa ser sinônimo de *dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa* (compromisso moral), ou que a decisão judicial não possa ser prevista minimamente, ao menos a partir do contexto de significação moral que se constitui a partir de um sistema de moralidade política decorrente da Constituição, à maneira defendida por Dworkin.

Portanto, pela própria aproximação que há entre Dworkin e Streck, principalmente na preocupação mútua com a prestação jurisdicional democrática, não remanescem dúvidas a respeito do compromisso moral defendido por eles no Direito. Daí a transcrição que explicita esse compromisso:

Na verdade, esse (novo) modo de tratar a relação entre teoria e prática passa a privilegiar a dimensão de vivências fáticas. É assim que (re)aparece o “mundo prático” na filosofia – que se manifestou no início grego com os pré-socráticos, mas que foi encoberto pelo logos socrático-platônico. É desse modo, pois, que a hermenêutica irá responder ao problema da relação entre teoria e prática: um contexto intersubjetivo de fundamentação (a noção de pré-compreensão, contexto antepredicativo de significância etc.), no interior do qual tanto o conhecimento teórico quanto o conhecimento prático se dão na abertura do pré-compreender estruturante (razão hermenêutica, para usar a expressão cunhada por Ernst Schnädelbach). É – por assim dizer – desse comportamento moral que se dá na pré-compreensão que podemos extrair –

⁴⁸¹ “Com efeito, parece recorrente dizer que esse problema (central) está localizado na discussão entre *direito e moral*. E, conseqüentemente, no papel desempenhado pela razão prática no contexto da teoria do direito que já não pode conviver com as divisões/cisões entre faticidade-validade, moral-direito, teoria e prática, para ficar apenas nestas.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013a, p. 63, grifo do autor.

no campo da aplicação do direito – a ideia de resposta correta (ou, se se quiser, adequada à Constituição) e de institucionalização do mundo prático pelos princípios.⁴⁸²

Também ocorre, por equívoco, uma verdadeira “algaravia conceitual”, parafraseando Streck, da relação entre Direito e moral decorrente do próprio pensamento positivista de Kelsen. A confusão que se faz de maneira corrente sobre a obra de Kelsen reside na mistura do que seja a *Teoria Pura do Direito* e a aplicação “pura” do Direito. Notadamente que, como já alertava Luís Alberto Warat,⁴⁸³ Kelsen não apostava na aplicação estrita da lei, mesmo porque não ignorava a complexidade do mundo e a impossibilidade de conceitos fundamentais que fossem suficientes para abranger todas as possibilidades da intersubjetividade humana.

Como refere Streck,⁴⁸⁴

Kelsen, desse modo, segundo uma equivocada interpretação, teria sido um positivista que pregava uma interpretação pura do direito. Diz-se, assim, que, para ele, a lei deveria ser aplicada de forma literal (sic). De fato, não é raro ver esse tipo de confusão.

Até mesmo no âmago do positivismo jurídico, ao considerar-se a leitura da obra de Kelsen, é possível identificar que ele não negava a coexistência entre o Direito e a moral, principalmente porque, como já referido, a diferença que há entre eles é ontológica, o que permite dizer que um não se justifica sem o outro, daí a impossibilidade da tão propalada cisão.

O problema da moral no Direito identificado por Streck, com o qual se concorda, está no fato de a moral atuar como corretiva do Direito, o que lhe retiraria completamente a sua autonomia, fazendo reprimatizar o velho problema do psicologismo em relação à Filosofia, ou o problema do protagonismo judicial para o Direito. Trata-se de algumas posturas não positivistas (ou neoconstitucionalistas) que acreditam na moral – apreensível objetivamente – que possa abarcar um conteúdo corretivo da legislação.

A questão entre o Direito e a moral leva, em alguns casos, a questão para ponto de maior obscuridade e não de clareira. Como observa Streck⁴⁸⁵

⁴⁸² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013a, p. 64-65.

⁴⁸³ WARAT, Luis Alberto. **Os quadrinhos puros do direito**. Buenos Aires: Angra Impressiones, 1997.

⁴⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed., São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013b, p. 198.

A “clareira” da questão se manifesta a partir da análise do elemento hermenêutico. Ou seja, falo do paradigma hermenêutico e do caráter interpretativo de que os conceitos morais e jurídicos, irremediavelmente, estão revestidos.

A análise, portanto, da incidência entre Direito e moral está no caráter hermenêutico que há entre eles. No âmbito interpretativo, como refere Dworkin, na pré-compreensão sustentada por Gadamer e, também, no próprio sentido das coisas pensado por Heidegger, Streck não se difere deles. Ao contrário, a partir da transposição da Filosofia para o Direito, naquilo que denominou de Filosofia *no* Direito, passa a defender, principalmente, o compromisso democrático constitucionalmente assumido pela jurisdição, incompatível com qualquer tipo de discricionariedade.

A limitação do poder estatal e a preservação dos direitos fundamentais (controle de constitucionalidade, ações constitucionais, contraditório, acesso à justiça, fundamentação das decisões...) com o fortalecimento e a preservação da Constituição integram as principais bandeiras defendidas por Streck. Pensar nisso significa, antes de tudo, fortalecer os valores de moralidade política até aqui construídos, mas, principalmente, assumir uma postura responsável e comprometida com a moral.

4.3 A DIMENSÃO MORAL NO DIREITO EM OTFRIED HÖFFE (JUSTIÇA POLÍTICA)

A obra de Otfried Höffe é relevante para essa abordagem principalmente porque o conceito-guia denominado por ele de *justiça política* reafirma a ideia central dessa tese, a partir de três pontos principais: o primeiro deles se concentra em uma discussão com o positivismo jurídico. Nele, a ideia de justiça é irrenunciável, já que a simples existência de uma ordem jurídica positiva não é suficiente para dispensar o contexto de significabilidade (jurídico-social) erigida na tradição, responsável por um grau elementar de justiça.

4.3.1 Considerações Introdutórias

Höffe sustenta que, embora o Estado seja detentor de um poder coercitivo, capaz de restringir os direitos das pessoas devidamente legitimado na própria liberdade de todos.

⁴⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed., São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013b, p. 281.

Entretanto, essa coercibilidade do Estado se deslegitima na medida em que se instaura a ordem arbitrária, pois sem Estado de Direito e sem liberdade não há sistema democrático.

Concluindo os três objetivos perseguidos por Höffe,⁴⁸⁶ é necessário que se reconheçam princípios de justiça, os quais vão muito além de uma pura definição jurídica, isto é, uma força irradiadora relacionada com a ética do Direito e do Estado, suficiente para instituir um novo modelo de interpretação. Situação que fica bem evidente no prefácio de sua obra para a edição brasileira, ao dizer que

Se desacredita quem apenas fala de direitos à liberdade e de direitos democráticos de cooperação, mas não os converte em realidade. Ainda se desacredita quem age contra o princípio fundamental da justiça política procedimental, quem, portanto, em vez de da divisão dos poderes e de um pluralismo político, cultiva uma concentração sem igual de força.

Dessa forma, verifica-se na obra de Höffe um *redimensionamento do discurso de justiça*, título da parte introdutória da obra *Justiça Política* trazida como suporte teórico. A justiça, portanto, deve substituir a versão do Estado com carta branca, legitimado pelo poder de coerção, suficiente para agir de forma arbitrária, no que se utiliza metaforicamente da figura do *Leviatã* hobbesiano para ilustrar a concepção tradicional do Direito e do Estado.⁴⁸⁷

A crítica do Direito e do Estado, sob a expressão *justiça política*, representa para Höffe o significado de uma crítica ética da dominação. A manutenção do poder estatal e da coercibilidade é condição indispensável para a própria manutenção dele. Entretanto, é necessário o exame das condições e critérios de uma “dominação justa”, limites éticos proibitivos da exorbitância do poder.

A crítica discursiva da dominação, ligada à ideia de justiça política e transformada em padrões utilizáveis (princípios de justiça), sempre foi uma tarefa da Filosofia (Platão, Hobbes, Kant...), o que faz a perspectiva ética representar um papel central. Entretanto, a vinculação ética do Direito e do Estado cede espaço para o positivismo, ocasionando a

⁴⁸⁶ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 13.

⁴⁸⁷ “A gravura em cobre do título, que abre a primeira edição do *Leviatã*, representa claramente a afirmada onipotência do estado: atrás de montanhas, de algumas aldeias e de uma cidade emerge um tirano com coroa e insígnias; examinando melhor, percebe-se que o gigantesco homem artificial, o estado, é composto somente de homenzinhos – figura da ideia que Hobbes tem da representação e também da tese de que cada cidadão se dissolve completamente no estado onipotente”. Cf. HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 16.

alienação da filosofia das ciências do Direito e do Estado. Höffe⁴⁸⁸ discorre sobre o fenômeno do afastamento do Direito da Filosofia, dizendo que

Dominam nas ciências do direito e do estado o historicismo e o positivismo, ambos descrendo da perspectiva ética e, em parte, até recursando esta perspectiva. [...]. Perde, entretanto, também a perspectiva da justiça e com ela a crítica discursiva da dominação

Uma fundamentação crítica do Direito exige, portanto, uma reconciliação com a dimensão de justiça (ética) do Direito e do Estado. Como refere Höffe,⁴⁸⁹

É o positivismo do direito e do estado que rejeita uma tal crítica, ou por princípio ou então como tarefa científico-filosófica, às vezes, por razões gerais científicos-teóricas, às vezes, por razões especiais jurídico-teóricas e não em última instância por razões sócio-históricas em face do direito e do estado.

Do ponto de vista prático-político, o positivismo teórico permanecerá refém de sua própria epistemologia e alheio à justiça, pois um discurso de justiça se compreende certamente por si mesmo, como um princípio epocal que se manifesta pela linguagem, completamente alheio à vontade de quem quer que seja. Daí ser possível identificar a importante diferenciação entre moralidade política e moralismo.

Höffe⁴⁹⁰ explicita sobre a justiça política, dizendo

Um mundo em que impera a justiça é, no presente, não menos que antigamente, um pensamento-guia da época: quer se defendam os direitos humanos, quer se procure a sua liberdade de poderes estranhos, quer se exija mais participação, a igualdade da mulher ou um mundo mais seguro de ser vivido também para as gerações futuras – estas metas e, ocasionalmente, também pontos em debate da política atual, são determinados expressa ou tacitamente por uma ideia de justiça. Nisto, esta exigência se dirige, sobretudo, a instituições sociais e aqui expressamente às relações (nacionais e internacionais) do direito e do estado; trata-se essencialmente da justiça política.

A justiça política é caudatária de uma função crítica suprapositiva (filosofia da justiça política) responsável por ir além de procedimentos positivos, plasmados

⁴⁸⁸ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 17.

⁴⁸⁹ HÖFFE, Otfried. op. cit., p. 19.

⁴⁹⁰ HÖFFE, Otfried. op. cit., p. 20.

exclusivamente no caráter coercitivo e autoritário do legalismo. O leviatã⁴⁹¹ deve ser subtraído de uma limitação empreendida a partir de uma nova perspectiva: a ética.

O dogmatismo carrega ínsito o ceticismo político, como reflexo de um positivismo rigoroso de Estado e de Direito, na medida em que consiste na carta branca irrestrita à vontade do poder estatal. Nisso resulta uma nítida antinomia entre o modo absoluto de posição do direito e a própria legitimação, pois o modo inquestionado de uma entidade de Direito se contrapõe com o compromisso político (legitimação democrática).

Segundo Höffe,⁴⁹² faz-se necessária uma posição de mediação entre dois extremos: de um lado, o positivismo jurídico absoluto e, de outro, o perigo de um *relativismo*⁴⁹³ do poder do Estado e do Direito, tarefa que, segundo ele, deve ser incumbida à justiça política

Na medida em que à justiça política deve dar conta dessa mediação, ela deve, diante do ser jurídico e do estado, ao mesmo tempo, ser quem autoriza e quem limita. A legitimação ética somente acontece em relação a uma limitação pressuposta; legítimo não é qualquer estado, mas o estado de justiça.

O *projeto político da modernidade*⁴⁹⁴ (iluminismo), denominado por Höffe, apoia-se essencialmente no conceito de liberdade, onde se discute, também, a ideia de comunidade e eticidade, não podendo ser visto dissociado da ideia de justiça política. Nela, o princípio da liberdade, assim como a tematização da legitimação e da limitação de uma ordem do Direito e do estado consiste em uma continuação do projeto político da modernidade.

O que distingue um momento (iluminista) de outro (pós-modernidade) está na superação de teorias democráticas processualistas (liberal e funcionalista), segundo as quais as medidas de democracia residem apenas no procedimento, e não também nas metas.

Nesse sentido:

⁴⁹¹ “O Leviatã é a resposta filosófico-política à desintegração moral e política que a guerra civil inglesa havia significado, isto é, a resposta a um contexto em que a religião – após a violenta cisão entre católicos e protestantes – se convertera numa ‘fonte potencial de desunidade política, uma área a ser controlada e não explorada’. É neste quadro que se equaciona, como único elemento agregador possível, uma ordem soberana ‘destituída de qualquer dimensão religiosa ou moral que não traduzida na sua mera existência’.” Cf. COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 98.

⁴⁹² HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 22.

⁴⁹³ O termo relativismo utilizado no texto tem a mesma conotação do termo *anarquismo* contido na obra original de Höffe.

⁴⁹⁴ “Entenda-se como ‘projeto político da modernidade’ aquela teoria crítica do direito e do estado que se empenha por uma mediação das duas tendências opostas no discurso político da modernidade, o positivismo e o anarquismo, e que para esta mediação – de certo modo, a ‘plenitude da modernidade na esfera do político’ – se apoia essencialmente no conceito de liberdade (de ação). Pontos de partida significativos para isto encontramos na filosofia kantiana do direito e do estado.” Cf. HÖFFE, Otfried. op. cit., p. 23.

Em todos estes tipos de filosofia política e teorias do direito-direito e do estado, são pensados a partir do conceito de poder e concorrência, enquanto se recorre ao conceito de justiça um significado constitutivo para o político. Direito e estado não são apenas neutralizados do ponto de vista religioso, mas também do ponto de vista moral; as teorias se inclinam para um amoralismo político e para o cinismo do poder.⁴⁹⁵

Impõe-se evitar todo o tipo de absolutização de experiências básicas (tipos legais) em detrimento de outras, o que proporciona o conseqüente isolamento do que Höffe denomina de conceitos-guia (*Direito – Estado – Justiça*). Propõe um contexto sistemático e integrado para tais conceitos, na seguinte sequência: i) o Estado está obrigado à justiça; ii) a justiça política forma a medida normativo-crítica do Direito; iii) o Direito justo é a forma legítima da convivência humana.

Daí a conclusão de Höffe de que as afirmações individuais que integram a tese-guia tripartida não são válidas isoladamente, isto é, a validade depende do seu contexto:

Somente se a justiça é compreendida como conceito jurídico e não, por exemplo, como categoria de moral pessoal, e somente se a justiça (política) depende por si da realização num estado; podem ser preservadas as intuições contidas no positivismo do direito e do estado e, ao mesmo tempo, ser impedida a consequência única de entregar direito e estado ao arbítrio dos dominadores. Do mesmo modo vale: somente se direito e estado estão obrigados originariamente à justiça, pode ser reconhecido o interesse justificado das teorias críticas, o não incondicional contra qualquer opressão, exploração e despotismo, filtrando-se, porém, aquele momento da fantasia, de acordo com o qual a convivência humana somente encontrará uma figura legítima após a eliminação de toda coerção.⁴⁹⁶

O redimensionamento do discurso da justiça significa ampliar o debate sobre a ética no Direito e do Estado. Discutir a possibilidade de uma teoria da justiça, como teoria da justiça política, que discute, sob a perspectiva ética, o exercício do poder estatal.

Quando se fala de ampliar o *debate da ética*, significa reanimar a ética filosófica, adjudicada pela Filosofia da teoria do Direito e do Estado, em que não se vê um compromisso de identificar a existência ou não de obrigações éticas, cujo reconhecimento os homens devem uns aos outros, como fator determinante (eficácia) para a intervenção do

⁴⁹⁵ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 24.

⁴⁹⁶ HÖFFE, Otfried. op. cit., p. 26.

poder do estado; assim como conceitos de justiça sem uma legitimação ética. Como adverte Höffe,⁴⁹⁷

As modernas teorias da instituição de Hobbes, passando por Gehlen e Schelsky, até Luhmann, trabalham com grandezas teleológicas formais, que, com a ideia da autoconservação, procedem da esfera do subumano e que são supostas tão sem problemas que uma reflexão ética aparece como supérflua.

Da análise atenta da obra de Höffe é possível identificar uma preocupação ética com a Filosofia no Direito, isto é, ele irá falar em uma *teoria filosófica da justiça*, alheia a receitas prontas e acabadas, pois, tem como tarefa primordial, a busca pelo conhecimento e por uma visão qualitativa das coisas, como investigação filosófica básica (crítica radical do Direito e do Estado).

4.3.2 Uma Breve Noção de Justiça Política em Höffe

Para ser possível falar em justiça (política), necessário se faz recorrer a um conceito normativo suficiente para estabelecer critérios à referida justiça, isto é, estabelecer critérios objetivos suficientes para definir o que seria justo ou injusto.

Aparece evidente no pensamento de Höffe que o critério de imparcialidade ou equidade seria um pressuposto basilar para o conceito de justiça. Esse talvez seja um dos principais problemas identificados no positivismo exegético, já que a aplicação literal da regra, sem a dimensão principiológica, carrega no relativismo um perigo muito maior do que a própria subsunção, como o próprio Höffe⁴⁹⁸ observa, dizendo que

O positivismo rigoroso toma aqui a forma de um relativismo ético-jurídico (p. ex. Kelsen, *Teoria pura do direito*, 366 e 403) para o qual, nas representações de justiça, a categoria da validade objetiva não tem significado, de modo que se torna sem sentido a busca de um conceito e critério de justiça.

⁴⁹⁷ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 27.

⁴⁹⁸ HÖFFE, Otfried. op. cit., p. 38, grifo do autor.

A imparcialidade, como princípio, seria o elemento indispensável à justiça, representada na tradição das artes com os olhos vendados e com uma balança na mão.⁴⁹⁹ A justiça, como princípio, decorre de mandamentos universais sobre os quais inexitem dúvidas, como é exemplo a vedação de ser juiz em causa própria (*nemo iudex in sua causa*) ou da necessidade de ouvir a parte adversa (*audiatur iudex in sua causa*). Tais regras de procedimento têm ínsita a ideia de dirimir conflitos sem a consideração de pessoas e, portanto, não deixando margens para escolhas (arbítrio).⁵⁰⁰

Entretanto, na contramão de uma teoria empírica de justiça (Rawls), onde a concepção de equidade e coerência passam ao largo da função normativa que se exige no Direito,⁵⁰¹ Höffe⁵⁰² irá identificar a necessidade de uma análise semântica do conceito de justiça política, afirmando

A justificação da perspectiva da justiça que falta em Rawls vai ser objeto da análise semântica. Numa análise do significado da justiça (política), respectivamente dos predicados ‘justo/injusto’, não mais se investiga que ações e princípios de ação são justos e quais são injustos. Pergunta ao contrário o que quer dizer falar de ‘justiça’, respectivamente, de ‘justo/injusto’. Em vez de perguntar o que é justo, se pondera como e com que direito se *fala* de justiça (política). Se ao ordenarmos a questão de acordo com o princípio da justiça da usual ética (jurídica) normativa, a questão do significado, sistematicamente antecipado, faz parte da meta-ética, respectivamente da semântica (jurídico)ética. Nela devemos responder à questão da legitimação ainda aberta e fundamentar uma ética efetivamente normativa.

⁴⁹⁹ Têmis (no grego Thêmis): é uma divindade grega onde a justiça é definida, no sentido moral, como o sentimento da verdade da equidade e da humanidade, colocado acima das paixões humanas. Por este motivo, sendo personificada pela deusa Têmis, esta se representa de olhos vendados e com uma balança na mão. Ela é a deusa da justiça, da lei e da ordem, protetora dos oprimidos. Na qualidade de deusa das leis eternas, era a segunda das esposas divinas de Zeus, e costumava sentar-se ao lado do seu trono para aconselhá-lo.

⁵⁰⁰ “A justiça consiste na negação de tal arbítrio; uma condição mínima de imparcialidade se designa por isso: *proibição de arbítrio*.” Cf. HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, p. 39, grifo do autor.

⁵⁰¹ Poder-se-ia identificar um problema à teoria de Rawls à violação do princípio de equidade de não ouvir a parte adversa (*audiatur iudex in sua causa*), enquanto que esta hipótese se justifica, no caso concreto, por diversas justificativas constitucionais (semânticas), em prol de bens jurídicos identificados como de maior relevância, como a própria efetividade do processo. Situação evidenciada nas medidas cautelares para a busca e apreensão de menores e ou para evitar frustrada a produção de provas. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. PEDIDO LIMINAR DE VISTORIA. Presentes os requisitos do *fumus boni iuris e periculum in mora*. Necessidade de se autorizar a vistoria no estabelecimento da ré. Caso não fosse deferida a medida inaudita altera parte, haveria a possibilidade de se frustrar a medida cautelar. Incidência do artigo 849 do Código de Processo Civil. Em decisão monocrática, dou provimento ao agravo de instrumento. Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70049333883, Vigésima Câmara Cível. Agravante: Vonpar Refrescos S/A. Agravado: Santissimo Bar e Restaurante. Relator: Glênio José Wasserstein Hekman. Julgado em 27 de junho de 2012. Porto Alegre: Diário da Justiça, 4 de julho de 2012.

⁵⁰² HÖFFE, Otfried. Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 43, grifo do autor.

Nesse contexto, não há como deixar de referir o intenso debate entre procedimentalismo x substancialismo. Os críticos do procedimentalismo sabem que o procedimento decorre do processo democrático, inclusive se apoiam nas concepções procedimentalistas do contrato social (véu da ignorância de John Rawls).⁵⁰³ Entretanto, em países como o Brasil, onde o Estado constantemente desconsidera o seu papel constitucional, não há como falar em aplicação do Direito em bases procedimentalistas como se verifica, por exemplo, na proposta habermasiana.⁵⁰⁴ O procedimentalismo pressupõe um Estado integral, exige uma sociedade organizada e atuante, bem como independente da atuação do Poder Judiciário para fazer “justiça social”.

Em termos gerais, a pretensão do procedimentalismo é justificar resultados pela via de justificar os procedimentos seguidos para obtê-los.⁵⁰⁵ Assim, se o procedimento justificado foi seguido conforme certos valores, então o resultado está justificado. Como conclusão, não são impostos fins ao procedimento: os fins serão preenchidos no caso concreto. Essa característica do procedimentalismo, porém, segundo Aguiló Regla,⁵⁰⁶ gera o seguinte dilema: a) ou se aceita a possibilidade da existência efêmera do procedimento justificado, uma vez que os resultados obtidos podem ser contraditórios com os valores que legitimavam o próprio procedimento e então acaba por legitimar qualquer resultado; b) ou se introduzem os mesmos valores que justificavam o procedimento como critérios para avaliar os resultados obtidos e então deixa de ser procedimentalista.

Na visão de Aguiló é isto que ocorre com a democracia que é, simultaneamente, um procedimento e um projeto, um fim, e em razão do caráter contínuo da ação política, os mesmos valores que servem para justificar o procedimento (penso que, aqui, um bom

⁵⁰³ Rawls, na sua teoria do contrato social, se propõe a responder de que modo podemos avaliar as instituições sociais: a virtude das instituições sociais consiste no fato de serem justas. Em outros termos, para o filósofo norte-americano, uma sociedade bem ordenada compartilha de uma concepção pública de justiça que regula a estrutura básica da sociedade. Com base nesta preocupação, Rawls formulou a teoria da justiça como equidade. Mas, como podemos chegar a um entendimento comum sobre o que é justo? Para chegar a tal resultado, ele imaginou uma situação hipotética e histórica similar ao estado de natureza (chamada de posição original) em que determinados indivíduos escolheriam princípios de justiça. Tais indivíduos, concebidos como racionais e razoáveis, estariam ainda submetidos a um "véu de ignorância", ou seja, desconheceriam todas aquelas situações que lhe trariam vantagens ou desvantagens na vida social (classe social e status, educação, concepções de bem, características psicológicas, etc.). Desta forma, na posição original todos compartilham de uma situação equitativa: são considerados livres e iguais. Cf. RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Lisboa: Presença, 2001.

⁵⁰⁴ E isso já foi exaustivamente dito pelo professor Lenio Luiz Streck. Vide: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵⁰⁵ Levando ao pé-da-letra a concepção procedimental, é dado ao juiz deixar de analisar pedido de antecipação de tutela para deferir cirurgia/medicação para bebê com iminente perigo de morte, porque a demanda não preenche os pressupostos processuais, por exemplo. Neste exemplo o juiz estará perfeitamente amparado pela legislação processual civil vigente.

⁵⁰⁶ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragments para una teoría de la constitución**. Madrid: Portal Derecho, S.A., Iustel, Biblioteca Jurídica Básica, 2007, p. 48-49.

exemplo é o da dignidade da pessoa humana que está na base do devido processo legal) servem também para avaliar os resultados alcançados e isso acaba por diluir o procedimentalismo, pois certos fins vêm ordenados e, portanto, há critérios que não dependem do próprio procedimento seguido para avaliar ditos resultados.

O substantivismo, por seu turno, propõe desenhos constitucionais e leituras constitucionais que impõem limites normativos à ação política e que estão adiante da simples proteção do procedimento considerado justificado.⁵⁰⁷ A concepção substantiva, por um lado, é estrutural e põe confiança no procedimento, mas uma confiança até certo ponto; por outro lado, justamente por ser substantiva, encarrega-se de um aspecto que, pode-se denominar de aspecto “existencial⁵⁰⁸” do Direito: os conteúdos materiais da Constituição, expressados nos direitos fundamentais, que, portanto, correspondem a verdadeiros “direitos morais”, nos moldes do que ensina, por exemplo, Ronald Dworkin e sua teoria da integridade.

Nesse aspecto, concordando com Dworkin, é possível dizer que a moralidade é veiculada pelos direitos fundamentais – ou seja, os direitos fundamentais terminam por se constituir em direitos morais – e, em especial, pelos princípios, introdutórios do “mundo prático” no Direito (Lenio Streck)⁵⁰⁹ quando da aplicação da Constituição e dos textos legais, de acordo com a perspectiva que trata Lenio Luiz Streck em a Nova Crítica do Direito⁵¹⁰ no Brasil.

A conclusão de Aguiló Regla, portanto, é a de que se deve questionar o procedimentalismo “como” uma teoria da justiça, e que a harmonização de uma teoria da autoridade com a teoria da justiça sempre será o problema do Direito e das democracias

⁵⁰⁷ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para una teoría de la constitución**. Madrid: Portal Derecho, S.A., Iustel, Biblioteca Jurídica Básica, 2007, p. 48.

⁵⁰⁸ A Constituição, diz Streck, é um existencial porque “[...] faz parte do modo-de-ser-no-mundo (autêntico ou inautêntico) do jurista/intérprete. Isso significa poder afirmar que o próprio sentido de validade de um texto jurídico tem um caráter ontológico (no sentido da diferença ontológica de que fala Heidegger). Ou seja, se ele somente tem sentido (válido) se estiver de acordo com a Constituição, ontologicamente esse sentido exurgirá da antecipação de sentido proporcionado pelo movimento da circularidade, onde o ser (o sentido) somente é ser-em, isto é, o ser é sempre o ser de um ente. Nem o texto infraconstitucional pode ser visto apartado do sentido da Constituição e nem esta (a Constituição) pode ser entendida como se fosse um ‘ser sem o ente’ (uma ‘categoria’ ou uma ‘premissa’”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2002, p. 180-181.

⁵⁰⁹ “Observe-se que Habermas concorda e acolhe o construtivismo principiológico de Dworkin, no sentido de que as normas jurídicas possuem um conteúdo moral que, *embora traduzido para o direito*, possibilita ao indivíduo atuar juridicamente por exigência moral, reconhecendo, no entanto, ao direito e às normas jurídicas, especificidades que impedem que o direito seja considerado como um caso especial de aplicação da moral.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013b, p. 158, grifo do autor.

⁵¹⁰ Consulte-se STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

constitucionais, do qual não temos como escapar. É que o ideal democrático concebido como uma superação da exclusão política leva a ver a democracia não só como procedimento (forma), senão também, e principalmente, como resultado (substância).⁵¹¹ Dito de outro modo, o Direito possui uma “dimensão de autoridade” (facticidade) e uma “dimensão de justiça” (validez). Essas duas dimensões devem ser compatibilizadas, sem que uma, portanto, se esqueça da outra.

Mas, ao se entender que o procedimentalismo deve ser visto como uma “teoria da justiça”, o acento deveria ser colocado na autoridade do Direito, o que faria com que o rosto de conteúdo moral do Direito ficasse esquecido. Em outras palavras, a justiça ficaria esquecida, sem o que não seria possível, portanto, falar em teoria da justiça mesmo. Ou seja, há um problema insolúvel, mas com o qual se tem de conviver caso se queira trabalhar com o Direito. Nem o procedimentalismo pode ser tratado como teoria da justiça e nem a justiça pode depender só da autoridade, da facticidade do Direito, ou mesmo somente dos conteúdos morais, ou seja, da justiça, da validade do Direito.

Portanto, a noção de justiça para Höffe perpassa uma efetividade que, por vezes, se perde na própria justificação formal do Direito. O exercício de uma ideia de justiça política exige uma obrigação ética, responsável, que se desdobra em uma preocupação semântica do Direito em seu tempo. Justiça, nesse sentido, é relação fática, atrelada ao contexto jurídico-social, o que permite dizer que o conceito de justiça aponta, também, para uma obrigação social.

Não é qualquer obrigação social. Há que se manter íntegra a perspectiva crítica (semântica), como menciona Höffe,⁵¹² ao se referir aos diversos tipos de obrigações sociais,

Para determinar o exato tipo de obrigação, é preciso que se distinga primeiramente entre obrigações positivas e convencionais, isto é, entre obrigações que efetivamente valem num grupo e aquelas obrigações com que perguntamos pelo que está atrás do efetivamente válido para avaliá-lo. A justiça faz parte da segunda esfera; ela não é um conceito de justiça, mas um conceito da *legitimação crítica*.

⁵¹¹ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para una teoría de la constitución**. Madrid: Portal Derecho, S.A., Iustel, Biblioteca Jurídica Básica, 2007, p. 50.

⁵¹² HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 46, grifo do autor.

4.3.3 O Mito do Positivismo Jurídico

O contexto formado pelo senso comum do Direito contém a falsa percepção do positivismo jurídico atrelado à perspectiva de justiça, isto é, bastando como elemento de validade que algo esteja adequadamente contido na lei. Quando se fala em crise (no Direito), principalmente fazendo referência à Nova Crítica do Direito de Streck (NCD), é porque existem problemas no plano semântico-interpretativo, num grau de (ausência) de fundamentação,⁵¹³ decorrente do próprio equívoco do sentido do Direito e a sua relação com a justiça.

Embora já tenha superado o positivismo exegético, isto é, a interpretação jurídica como mera descrição literal da lei, tal situação não autoriza a conformação com axiologismos realistas que conferem ao juiz a capacidade de escolher princípios, ao que se denominou de “ponderação” (Robert Alexy), de há muito denunciado por Streck⁵¹⁴ como um grave problema para o Direito, principalmente porque malfeire a democracia.

A conhecida dicotomia do Direito, que oscila entre o posicionamento teórico-dogmático e o posicionamento valorativo-psicológico, somente será enfrentada de maneira adequada e/ou bem entendida a partir do momento em que o conceito de Direito estiver atrelado à noção de justiça.

⁵¹³ “A crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, não resistiram às teses da viragem ontológico-lingüística (especialmente com Heidegger e Gadamer), superadoras do esquema sujeito-objeto. Essa viragem – que, se registre, supera o “primeiro” *linguistic turn* de viés analítico (e neopositivista) – deve ser compreendida a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*) e pela diferença ontológica (*ontologische Differenz*)”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “Letra da Lei” é uma Atitude Positivista? **Revista NEJ - Eletrônica**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr., 2010, grifo do autor.

⁵¹⁴ “No campo jurídico, o “maior avanço” parece – e apenas parece – ter sido dado por Alexy, que de algum modo pretende conciliar o método analítico da Jurisprudência dos Conceitos com os axiologismos da Jurisprudência dos Valores. Com efeito, procurando racionalizar o uso da moral corretiva (p.ex., através da Jurisprudência dos Valores, que ele buscou “controlar” racionalmente), Alexy contenta-se em dizer, em um primeiro momento, que os casos simples se resolvem por subsunção, o que quer dizer que ele acredita na suficiência ôntica da lei naqueles casos em que haja “clareza” no enunciado legal e na rede conceitual que o compõem. Ou seja, Alexy, em parte, continua apostando no exegetismo, ao menos para a resolução dos casos no âmbito das regras. Para além dessa “suficiência ôntico-exegética”, quando estiver em face de um caso difícil, apela para o outro nível da semiótica: a pragmática. Mas a palavra final será do sujeito e sua subjetividade. A ponderação alexiana, feita para resolver o problema de colisão de princípios, dependerá, ao fim e ao cabo, da discricionariedade. Portanto, dependerá do *sub-jectum*, de um *solus ipse*.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2014, p. 30, grifo do autor.

Atrelar o Direito a um interesse neutro, dissociado da aplicação, como uma característica fortemente defendida pelo positivismo kelseniano se caracteriza como um mito, enquanto amoralismo político.

Não resta dúvida de que nem toda a supressão da dimensão de justiça tem um significado positivista (legalista). Há, como subespécie do próprio positivismo (legalista), o que se denominou de positivismo realista, no qual se acredita na moral como corretiva do Direito, fruto da subjetividade e da convicção pessoal do intérprete. Não é dessa moral que se fala nessa tese, mas de uma moral crítica com uma perspectiva institucional, como observa Höffe⁵¹⁵

A tese do direito, tão conhecida quanto lapidar, encobre, porém, facilmente a circunstância de que ambos os lados, direito e moral, têm sentidos diferentes, não se tratando, por isso, nelas de um problema homogêneo. No âmbito das discussões do positivismo deve-se compreender como ‘direito’, sobretudo o direito positivo, como ‘moral’, porém, a moral crítica, não a perspectiva pessoal, mas a perspectiva institucional. Em última análise, ‘moral’ significa aqui o ponto de vista ético em face do direito e do estado, portanto a justiça política; e a tese da separação afirma a diversidade conceitual de direito positivo e de justiça política. Em geral, a tese da separação significa a demonstração de um positivismo ético-jurídico, fato pelo qual os críticos do positivismo como o Radbruch posterior (1957, 119) a condenam, substituindo-a pela clara tese contrária de que ‘direito’, também direito positivo, não pode definir outra coisa... senão uma ordem e um estatuto, que, conforme seu sentido, está determinada a servir à justiça. Denomino esta contratese crítica do positivismo um *moralismo jurídico*.

A relação entre o Direito e moral é bem elucidada por Höffe. Ao referir que Direito e moral são coisas distintas e, ao mesmo tempo, ao afirmar que o Direito não pode abrir mão da dimensão da justiça, está concluindo que há uma *diferença ontológica*⁵¹⁶ entre Direito e moral, isto é, são coisas diferentes, mas não podem ser separadas, sob pena de comprometer o sentido do Direito.

Portanto, em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito (viragem linguística e do Constitucionalismo Contemporâneo) a surrada tese da separação de Direito e moral não pode ser mais admitida, como o próprio Höffe demonstra a partir de uma alegoria, dizendo que

⁵¹⁵ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 102-103, grifo do autor.

⁵¹⁶ Vide item 2.3 (O Itinerário do Pensamento Heideggeriano).

Em apoio à tese positivista da separação, ocorre a circunstância de que pode haver leis injustas que, apesar disso, valem positivamente enquanto vigorarem. Em apoio à contratese crítica do positivismo, vem o fato de que numa ordem jurídica que pensa poder dispensar inteiramente a justiça, sem caráter de coerção, não mais se pode distinguir a força bruta de um bando de criminosos.⁵¹⁷

Também, na obra de Gustav Radbruch, referido por Höffe conforme citação abaixo, é possível verificar um pensamento dividido em duas fases bastante distintas. Na primeira fase, verifica-se um exacerbado apego em relação ao positivismo rígido. Já, em sua segunda fase, adota um posicionamento crítico ao positivismo jurídico em face do holocausto. A partir dos desdobramentos jurídicos decorrentes da Alemanha nazista que pensa no que se denominou de ‘*fórmula de Radbruch*’, posteriormente adotada em decisões constitucionais do Tribunal Alemão, do Tribunal Federal Constitucional e em sentenças do Tribunal Federal Suíço, um ideal de justiça. A fórmula de Radbruch, de acordo com Höffe,⁵¹⁸ diz que

Deve ser considerada como válida uma lei do estado, mesmo que do ponto de vista do conteúdo seja ‘injusta’, a não ser que a contradição da lei com a justiça tenha atingido uma medida tão insuportável que a lei como ‘lei errada’ deve ceder lugar à justiça.

Do prólogo da obra de Gustav Radbruch,⁵¹⁹ *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*, retira-se o comentário de María Isabel Azaretto de Vásquez:

A experiência nacionalsocialista produz uma tal impressão nele, que o obriga a repensar seu anterior positivismo, e esta reflexão o leva a rechaçá-lo, já que vê na separação do direito e da moral a base em que se apoiou o nazismo para levar a cabo, sob a aparência de legalidade, as maiores injustiças. A formação positivista dos juízes e advogados os inabilitou para defender-se contra a legalidade injusta. Isto leva Radbruch a sustentar que uma lei que contrarie os princípios básicos da moralidade não é direito, ainda que seja ‘formalmente válida’.

A denominada *fórmula de Radbruch* é então amplamente discutida pela comunidade jurídica e gera muita controvérsia. De um lado, Hart a rejeita e, de outro, críticos do

⁵¹⁷ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 103.

⁵¹⁸ HÖFFE, Otfried. op. cit., p. 105.

⁵¹⁹ RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Tradução María Isabel Azaretto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

positivismo, como Dworkin, a infirmam.⁵²⁰ De qualquer modo, a questão da justiça passa a integrar o Direito, como diz Hoffe⁵²¹

De acordo com a ideia de uma justiça que defina o direito, uma coerção social que não demonstra nenhuma relação com a justiça não é apenas eticamente condenável; ele não teria, além disso, nenhum, caráter de direito. Formulado de outro modo: sem um mínimo de justiça obrigações capazes de coerção não podem também chamar-se, em sentido positivo, ‘direito’.

Independentemente da trajetória do pensamento de Radbruch em relação ao Direito natural e/ou do próprio positivismo jurídico, há nele uma clara preocupação com o sentido do Direito, preocupação esta que transcende a qualquer forma de moralidade (imprópria) não institucionalizada no contexto político de um Estado. É por isso que não se pode abdicar da relação que se faz do Direito e do seu sentido, num contexto de fundamentação levado a sério, com a filosofia hermenêutica (Heidegger), nitidamente preocupada (na acepção de ser responsável) com os sentidos das coisas (dizer que algo é), já que o sentido de algo só é no *tempo*. Daí o título da obra maior de Heidegger *Ser e Tempo*.

Por fim, uma discussão séria acaba se concentrando nas seguintes indagações: Há necessidade de distinguir entre uma separação relativa ou absoluta de Direito e moral? E na própria definição do Direito é possível renunciar à dimensão da justiça? A resposta a tais indagações pode levar a conclusão de que o positivismo teórico-jurídico é um mito enquanto amoralismo político, isto é, não se trata tão-somente de um positivismo jurídico, mas de uma teoria analítica neutra do ponto de vista do próprio positivismo, que possui na sua gênese uma relação com a justiça.

4.4 A DIMENSÃO ÉTICA DO DIREITO E A AUTORIDADE MORAL DA CONSTITUIÇÃO

Tendo em vista todas as abordagens até aqui realizadas, é possível identificar que a temática central dessa tese tem uma nítida preocupação com o resultado da atuação jurisdicional, bem como com a crise de sentido no Direito proporcionada, em grande medida, por uma série de situações que se tornaram correntes no mundo forense, isto é,

⁵²⁰ “Com a indicação de que tais princípios são imanentes a todos os sistemas jurídicos, podia-se pensar que é rompido o princípio positivista do direito (Dreier, 892 seg., com relação a Dworkin e Alexy)”. Cf. HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 105.

⁵²¹ HÖFFE, Otfried. op. cit., p. 107.

situações cotidianas ligadas ao problema interpretativo (linguagem) que foram sendo paulatinamente absorvidas pelo senso comum dos juristas. Tudo é isso é objeto de uma profunda crítica, capitaneada no Brasil principalmente por Lenio Streck,⁵²² denunciada como um problema para o Direito.

Desde sempre se convive com um sério problema interpretativo decorrente do vexo de se viver em dois mundos, como se possível fosse viver a partir de dicotomias, separando coisas que não podem ser dissociadas, suficiente para gerar uma série de efeitos colaterais. Isso é bastante comum no Direito, verificado não só na separação entre Direito e moral, situação ora enfrentada, mas também já desgastada na separação entre fato e Direito, procedimento e substância, teoria e prática, posse e propriedade, etc.

Como já salientado no início desse trabalho, existem situações que revelam uma diferença entre coisas, como um desdobramento das vicissitudes do mundo vivido. Entretanto, tal diferença não permite dizer que deva haver uma radical separação delas, tratando-as como coisas colidentes, opostas e incompatíveis. A diferença de que se fala é devidamente trabalhada pela Filosofia, na medida em que se identifica que tal diferença é, na verdade, ontológica. As coisas são efetivamente distintas, mas se complementam, pois, a separação delas traz, como consequência inevitável, uma série de efeitos colaterais (de caráter interpretativo e comprometem a própria efetividade do Direito),⁵²³ principalmente

⁵²² “Em tempos de enfrentamento entre Constitucionalismo (Contemporâneo) e positivismo (e os vários positivismos) e tudo o que isso representa para uma sociedade díspar e carente de realização de direitos como a brasileira, é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (in)determinabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, a partir de uma dogmática jurídica refém dos positivismos exegético, fático e normativista, cujo resultado final é uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento ao esquema sujeito-objeto.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 58.

⁵²³ Este problema é verificado intensamente no contexto jurídico, podendo ser exemplificado a partir de situações cotidianas simples que acontecem no dia a dia forense. Tratar o Direito como uma ciência autônoma e independente, isto é, alheia a qualquer dimensão ética, significa negar a própria gênese do Direito e afirmar ser possível que ele possa conviver, em nome de uma legalidade estrita, chancelando arbitrariedades e ir de encontro a princípios básicos e reconhecidos como fundamentais para determinada comunidade. Também, sustentar que o procedimento e substância no processo convivem em constante queda de braço, pois são autônomos e independentes, significa dizer ser possível, em nome da efetividade do processo, se chegar ao bem da vida pretendido sem qualquer regra de procedimento previamente estabelecida (alheio à segurança jurídica e, principalmente, ao devido processo legal). De outro lado, encastelar-se às determinações do procedimento, significa completa desconsideração com a efetividade do processo (intimamente ligada aos direitos fundamentais), o que autoriza dizer que o descumprimento de uma eventual regra de pressupostos processuais seria suficiente para impedir, em sede de postulação liminar, a concessão de leito hospitalar para realizar cirurgia em paciente com sério risco de morte.

porque a diferença ontológica, como refere Paulo Rudi Schneider,⁵²⁴ é inacessível para a Ciência

A diferença ontológica é inacessível à Ciência, pelo fato de o homem perder-se nos descaminhos da fixação ôntica absolutizada; mesmo assim, está presente como elemento estruturante, anterior e não visto, mas incontornável: a própria objetivação constante é o apontar para a dimensão que nunca poderá ser objetivada. ‘Revela-se, portanto, na diferenciação das ciências, um aceno para a diferença ontológica’ (p. 142), o pensar e o falar, portanto, muito antes de qualquer objetivação em forma de objetivação, já sempre estão referidos à pré-compreensão, ao ‘espaço prévio do acontecer do ser na compreensão’ (Ibidem). ‘O ser no ente não é ele mesmo um ente’.

Pensar na diferença (ontológica) como elemento necessário para evitar a separação de coisas que não podem ser tratadas de forma autônoma, pressupõe um agir ético-moral, pois, se vincula ao cuidado e à responsabilidade como elementos essenciais para qualquer ato interpretativo – não podendo ser diferente em relação à prestação jurisdicional –; daí a importância da filosofia (heideggeriana) para uma correta compreensão hermenêutica do Direito.

Sobre o caráter moral da filosofia heideggeriana, assinala Franco Volpi⁵²⁵ ao dizer que

Obviamente, Heidegger insiste nas diferenças. Reivindica para a sua própria determinação do cuidado um nível ontológico mais profundo em relação àquele que é conseguido pelas categorias aristotélicas, afirmando que o cuidado se acha ontologicamente antes das distinções entre *praxis* e *theoria*.

Na verdade, Heidegger⁵²⁶ esclarece a partir da diferença ontológica a relação que há entre ser e ente, ou seja, a ciência positiva (Direito) e o mundo como algo indissociável,

Na realidade, todas as ciências positivas são, no fundo formas de Filosofia. Mas o são apenas se se compreenderem retamente, isto é, se forem radicalmente positivas, e então sabem que só podem ser iluminadas a partir da ideia esclarecida do ser, para a partir dele ganhar clareza para o esclarecimento investigativo do ente.

⁵²⁴ SCHNEIDER, Paulo Rudi. **O outro pensar**: sobre que significa pensar? E a época da imagem do mundo, de Heidegger. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 53

⁵²⁵ VOLPI, Franco. **Heidegger e Aristóteles**. Tradução José Trindade dos Santos. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 93, grifo do autor

⁵²⁶ HEIDEGGER, Martin. **História da filosofia, de Tomás de Aquino a Kant**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 38.

O cuidado é anterior a qualquer processo interpretativo. Prévio a qualquer dimensão prática ou teórica. Prévio porque é o próprio cuidado que dirá sobre a impossibilidade de separação dos elementos interpretativos em dimensões estanques e incomunicáveis.

Ora, afirmar que a filosofia heideggeriana é amoral ou sem qualquer preocupação ética significa um inevitável mal-entendido, já que esta inadequada interpretação desconsidera o *cuidado*, como um dos elementos centrais do pensamento heideggeriano, escancaradamente preocupado com o processo interpretativo. Nesse sentido, Luís Pedro Pereira Coutinho⁵²⁷ discorre:

Face ao exposto, e em suma, a preparatória Ontologia Fundamental de Heidegger constituirá uma antecipação do ‘pensar para dentro da verdade do Ser’ ou, de outro modo, uma antecipação do saber que é *aí*, na ‘verdade do Ser’ (não acessível na manipulação crítico-metódica verificada em momento de ‘reinado do ente’), o lugar do *autenticamente ser-se humano* e, assim, na Ética que seja verdadeiramente Ética porque *Ética originária*. Do mesmo modo, é essa Ontologia Fundamental a sede em que se pode ser pensada a experiência humana do bem (‘experiência’ no sentido hegeliano, que é também o sentido heideggeriano, isto é, enquanto ‘deixar a realidade em si demonstrar-se a si mesma e assim ser verificada na sua verdade’ e não enquanto ‘demonstração e prova de uma opinião sobre uma coisa com recurso à percepção dos sentidos’.

Na direção do afastamento do Direito da Filosofia, assim como pela própria negação da viragem linguística, obviamente que apostando todas as fichas na autossuficiência do Direito positivo como alheio a tudo, inclusive ao tempo – daí o reforço ao dualismo cartesiano – o resultado não seria outro senão o que é denominado por Coutinho, ao parafrasear Gomes Canotilho, “asfixia filosófica do Direito Constitucional”.⁵²⁸

Na verdade, o que se precisa deixar claro é que a validade ou a fundamentação da validade do Direito Constitucional, frente à normatividade escrita, somente pode ser reconhecida quando haja *autoridade moral* na normatividade em causa, isto é, a validade não constitui uma categoria distinta da *autoridade moral*.⁵²⁹

⁵²⁷ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 239-240, grifo do autor.

⁵²⁸ Vide: COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

⁵²⁹ “Falar em autoridade moral do Direito Constitucional significa, claro está, identificar a normatividade correspondente como *boa*, como sede de uma República *bem* regulada ou como projecção de *justiça*. Pelo que o nosso primeiro problema – o qual ocupa toda a primeira parte deste estudo – prende-se precisamente com a *capacidade humana* para pensar a justiça – mais rigorosamente dizendo, para *se* pensar na justiça.” Cf. COUTINHO, Luís Pedro Pereira. op. cit., p. 13-14, grifo do autor.

4.4.1 A Parametricidade Moral

Ao realizar uma linha evolutiva das construções políticas fundamentais do homem, Luís Coutinho verifica em Hobbes um traço marcante ao projetar uma imagem do homem como politicamente relevante. Tal situação se segue com Locke em que “o homem politicamente projectado numa ordem de ‘direitos naturais’ assume como sua parametrização moral centrada na ideia de igualdade fundamental entre os homens”⁵³⁰.

Portanto, é possível reconhecer que há uma parametrização moral centrada no valor dos homens, isto é, reconhece-se que os homens merecem respeito e tal se constitui um eixo fundamental de conhecimento moral. Como registra Coutinho,⁵³¹

A identidade dos homens, o seu sentido de orientação no mundo, não se define senão por via da sua orientação em relação ao bem. Para os homens, é impossível viver sem enquadramentos ou parâmetros morais nos quais se definem o respeito que dedicam aos outros seres humanos, aquilo que consideram conferir-lhes dignidade e aquilo que consideram uma vida com sentido.

Até mesmo diante de situações limites de terror de violações de direitos humanos, fundadas na relação de poder de homens sobre homens, não se pode transcender os limites impostos pela condição humana. Como refere Coutinho,⁵³²

Qualquer poder, para ser obedecido, para ser compreendido por aqueles cuja obediência convoca, terá necessariamente de se colocar em relação com os parâmetros morais que consubstanciam uma identidade. Nenhum poder poderá deixar de definir-se – desde logo, de institucionalizar-se – a partir de tais parâmetros, ainda que procure interferir nos mesmos, recentrando-os.

Na verdade, inexistente poder político moralmente neutro, tanto para o bem como para o mal. Hannah Arendt⁵³³ sustentou que a propaganda nazista, que muito apelava para a lealdade de seu povo, não trilhou o caminho da neutralidade moral, mas, ao contrário, concentrou-se no que o homem tem do seu valor e do valor dos outros homens, aquilo que nuclearmente o parametriza: a identidade. É a captura do homem a partir do seu interior.

⁵³⁰ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 63.

⁵³¹ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. op. cit., p. 66.

⁵³² COUTINHO, Luís Pedro Pereira. op. cit., p. 72.

⁵³³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

Nem mesmo o sistema de normas baseado em uma pretensa pureza do Direito ao nível de uma *Teoria Pura* (Kelsen) deixa de ser questionável, mesmo que se diga que a preocupação kelseniana não estava relacionada com a aplicação do Direito. E, isso soa estranho da mesma forma como se possível fosse desatrelar o referente de sua referência, como observa Coutinho⁵³⁴ ao dizer que “como se o Direito pudesse pensar-se ou tornar-se acessível, ignorando-se o facto de o mesmo ser obedecido por homens, tal como estes são e não podem deixar de ser”.

Parece impossível conceber o Direito enquanto objeto suscetível de ser pensado na sua exterioridade, sem referência à interioridade dos homens que nele se reconhecem. Ora, a pretensão de pureza almejada por Kelsen é a negação da própria gênese formadora do Direito.

Oportuna a citação de Coutinho⁵³⁵ no ponto que

O Direito – mesmo o ‘Direito do mais forte’, caso esse ‘Direito’ se possa qualificar como ‘Direito’ – será sempre moralmente referido, será sempre referido aos homens, aos inescapáveis enquadramentos morais dos homens, ainda que, porventura, não aos homens enquanto dotados de valor intrínseco e universal. E considerando que o ‘Direito’ se torna assim incompreensível sem referência aos mesmos enquadramentos e à substância ou substâncias que os preenchem – não havendo ‘*puros deveres jurídicos*’ –, estes nunca constituirão, como pretendeu Kelsen, elementos ‘estranhos’ ao ‘Direito’ ou ao pensamento que o toma por seu ‘objecto’. Constituirão sempre um horizonte sem referência ao qual o ‘Direito’ não pode ser verdadeiramente compreendido ou acedido.

Na verdade, a maneira tradicional de construção dos sistemas jurídicos, principalmente com o iluminismo e o conseqüente positivismo jurídico, sempre operou com o poder político de uma maneira artificial e exterior em relação ao homem. Daí a constatação sobre o fracasso de Hobbes no ponto onde deveria estar a própria finalidade de seu projeto: não consegue explicar como se gera a aceitação (por falta de legitimidade) de um poder supremo por parte daqueles que estão obrigados a obedecer.

É do fracasso (de legitimação) do mito político iluminista que se pensa a Constituição como expressão de um grupo homogêneo, mais abrangente e integrativa. Como leciona Coutinho,⁵³⁶

⁵³⁴ COUTINHO, Luís Pedro Pereira., **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 92.

⁵³⁵ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. op. cit., p. 93, grifo do autor.

⁵³⁶ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. op. cit., p. 100.

A presença de uma Constituição (de uma Constituição reentrante num ‘conceito absoluto’ e não meramente ‘relativo’ de Constituição), quanto ‘situação total de unidade e ordenação políticas’, releva da existência mesma de uma correspondente ‘situação total’, tendo o ‘Dever Ser’ a sua origem numa parametrizadora ‘magnitude do Ser’.

Daí a expressão de Coutinho ao abordar a Constituição como um ideal de integração comunitária, enquanto realidade fenomenológica, capaz de formar uma identidade (comunidade de valores), ao dizer “que há-de encontrar-se expresso na Constituição como ‘plasmação normativa’ de um processo de integração”.⁵³⁷

O reconhecimento do ideal de integração comunitária pelo próprio Direito e o exercício de pensar o sentido e o fundamento das coisas, revela um agir ético que se verifica, não só na filosofia heideggeriana, assim como na própria diferença ontológica existente entre moral e Direito. Nesse aspecto, Coutinho⁵³⁸ alinha

E quanto o homem ocidental se questiona sobre *o como* do *quê* que é enquanto ente parametrizado na ‘igualdade fundamental de todos na humanidade comum’, o que está em causa senão o clarificar-se, a esse mesmo homem, que o Ser é *o como* e *o que* do seu ente (da sua identidade) e, simultaneamente, que, ele mesmo, enquanto ser em cujo modo-de-ser o Ser está em causa, é *o como* e *o que* desse desvelamento (*o como* e *o que* da ‘verdade da certeza do seu ente’ que é concomitante ‘verdade do Ser’, uma verdade bem distinta da que ilusoriamente alcançaria na manipulação crítico-metódica do seu eu enquanto ‘*fundamentum absolutum inconcussum*’)? De outro modo, em que culmina aquele questionar senão em o homem ocidental admitir-se pensar o ser do seu ente como autenticamente Ser-aí (autenticamente *Da-Sein*), sendo *aí*, no homem, o *Ser* (o ‘Verbo feito parametrização moral’ que, no culminar de um processo histórico de aprendizagem, consubstancia a sua eticidade, a qual é também a sua humanidade alcançada àquele mesmo ‘princípio da perfeição na natureza humana’)?

Em meio ao contexto interpretativo, como já referido ao longo desse trabalho, o *como* (hermenêutico) sempre estará exercendo alguma influência decorrente da própria linguagem. E a moral, assim como o próprio significado linguístico, não pode ser controlada pela subjetividade humana (moral prática), pois os significados linguísticos são o resultado da interação dialógica humana. Como refere Chris Lawn,⁵³⁹ ao citar Hans-Georg Gadamer,

⁵³⁷ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 119.

⁵³⁸ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. op. cit., p. 247, grifo do autor.

⁵³⁹ LAWN, Chris. **Comprender Gadamer**. Tradução Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 114.

Ninguém sabe como e por que a linguagem muda; ele está, de certa forma, democraticamente além da compreensão das obstinadas subjetividades humanas. A linguagem muda constantemente de acordo com as infinitas trocas dialógicas dentro do contexto da tradição e história, e estas mudanças estão além do controle dos indivíduos.

Portanto, na mesma linha de Gadamer, compreende-se a moral(lidade) como inerente à própria linguagem, como um significado que existe e impõe a sua autoridade. Autoridade que, para Gadamer, nada tem a ver com obediência cega aos comandos, mas se relaciona com conhecimento. Como alude Chris Lawn,⁵⁴⁰

Gadamer alega que a autoridade genuína do professor, ou qualquer outra pessoa em posse de autoridade real, não acontece por mérito do investimento do poder social, mas sim da habilidade de levantar questões e fazer com que certos tópicos pareçam cruciais, importantes e merecedores de considerações (porque eles nos levam ao âmago daquilo que nós somos, dentro dos nossos limitados horizontes culturais).

É possível relacionar a autoridade de que trata Gadamer, pela própria legitimidade que advém de um contexto de merecimento e de democracia, com a moral institucional decorrente de um contexto político-democrático, principalmente porque ambas estão sedimentadas em um processo dialógico e pluralista, que passa ao largo da vontade individual de quem quer que seja. Nesse aspecto, Gadamer⁵⁴¹ refere

É claro que não podemos esperar que a ciência moderna e seus progressos vão fundamentar uma nova moral. De fato, a difamação de toda autoridade não é o único preconceito consolidado pela *Aufklärung*. Ela levou também a uma grave deformação do próprio conceito de autoridade. Sobre a base de um esclarecedor conceito de razão e liberdade, o conceito de autoridade acabou sendo referido ao oposto de razão e liberdade, a saber, ao conceito da obediência cega. Conhecemos esse significado a partir da terminologia da crítica às ditaduras modernas. Todavia, a essência da autoridade não é isso. Na verdade, a autoridade é, em primeiro lugar, uma atribuição a pessoas. Mas a autoridade das pessoas não tem seu fundamento último num ato de submissão e de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento e de conhecimento: reconhece-se que o outro está acima de nós em juízo e visão e que, por consequência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao nosso próprio juízo. Isso implica que, se alguém tem pretensões de autoridade, esta não deve ser-lhe outorgada; antes, autoridade é e deve ser alcançada. Ela repousa sobre o reconhecimento e, portanto, sobre uma ação da própria razão que, tornando-se consciente de seus próprios limites, atribui

⁵⁴⁰ LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 56.

⁵⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 370-371, grifo do autor.

ao outro uma visão mais acertada. A compreensão correta desse sentido de autoridade não tem nada a ver com a obediência cega a um comando. Na realidade, autoridade não tem a ver com obediência, mas com *conhecimento*.

A falsa percepção do conceito tradicional de autoridade, assim como o próprio dualismo⁵⁴² metafísico, leva ao esquecimento do ser e ignora a diferença ontológica. Coutinho⁵⁴³ enfrenta o problema ao dizer que

O pensamento de Heidegger, pelo contrário, não é *niilismo* e a sua referência a um ‘velamento do Ser no nada’ deve-se ao facto de o homem ‘vaguear pelo ente’, ‘perdendo o rastro do Ser’. Aquilo que precisamente Heidegger denuncia e aquilo que patenteia como raiz do ‘desastre ético e político’ que experimenta.

4.4.2 A Autoridade da Constituição

Em tempos de democracia e de república, o conceito de autoridade se aproxima em muito às concepções gadamerianas, legitimada no próprio reconhecimento e totalmente alheia a qualquer forma de autoritarismo. Nessa linha, Coutinho pontua que “a autoridade da Constituição é imputada ao facto de a mesma provir de um Povo (Povo-com-P-maiúsculo) que, a nível originário, projecta sua Vontade constituinte (Vontade-com-V-maiúsculo), vinculando tanto a geração presente como as gerações futuras, tanto as maiorias como as minorias”.⁵⁴⁴

Notadamente que a ideia de povo, acima referido como “Povo-com-P-maiúsculo”, integra uma noção diversa da tradicional doutrina da soberania popular, isto é, que aposta na participação política do povo de uma maneira eminentemente formal, apenas como soberania legislativa legitimadora.

⁵⁴² “E isso constitui a superação do paradigma da filosofia da consciência, isto é, compreender que não há dois mundos, não há espaço para os dualismos metafísicos, enfim, não há um sujeito separado de um objeto. Ser e ente não são idênticos (não estão colados, não há imanência); mas também não estão cindidos. É a diferença que faz a diferença entre a hermenêutica e as demais teorias discursivo-procedurais e que é condição de possibilidade para alcançar a resposta correta.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 220.

⁵⁴³ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 265, grifo do autor.

⁵⁴⁴ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. op. cit., p. 272.

Na Revolução Americana (1776), há uma superação da tradicional concepção de soberania popular, pois a efervescência de movimentos revolucionários recusou a homogeneização de poderes sob uma abstrata autoridade popular. Como refere Coutinho,⁵⁴⁵

O ênfase revolucionário numa doutrina de igualdade democrática continuava a 'resultar pervertido, sendo identificado, simplesmente, com a capacidade de atrair votos e, assim, permitindo aos homens mais inaptos ascender a posições de influência, nas quais davam curso às mais irrestritas inclinações a maus hábitos'.

É possível afirmar, portanto, que o exemplo da Revolução Americana proporcionou uma ruptura com a instaurada doutrina de soberania popular (formal), principalmente porque o clima da revolução fez a América temer os tradicionais abusos de poder de poucos sobre muitos. O contexto de força política exercido pela Revolução Americana é explicitado na passagem de Coutinho:

O 'medo que os poucos tinham do poder dos muitos', se resultara crucial na formação de um novo entendimento do político, já manifestado nos Estados que haviam procurado isolar o Povo na sua Majestade, resultou essencial 'na promoção do desejo por um novo governo central', não tendo sido 'a pressão de cima, respeitante à manifesta debilidade da Confederação, que impulsionou o movimento federalista, mas sim a pressão de baixo, relativa aos problemas políticos existentes nos Estados, que possibilitou a reforma constitucional'.⁵⁴⁶

A noção do constitucionalismo americano, apesar da relutância inicial de muitos anti-federalistas que apostavam na independência dos interesses estaduais, acabou prevalecendo no âmago da Declaração de Independência. Assim, o exemplo americano acabou influenciando o próprio constitucionalismo europeu do pós-guerra, como ressalta Coutinho,⁵⁴⁷ referindo-se à Segunda Grande Guerra, dizendo que

Foi aquele crime que se encontrou na raiz do constitucionalismo europeu do pós-guerra, ditando finalmente a definitiva importação para a Europa da ideia americana de uma *crente* (ou *crida*) normatividade constitucional, assim conformadora do corpo político.

⁵⁴⁵ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 288.

⁵⁴⁶ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. op. cit., p. 290.

⁵⁴⁷ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. op. cit., p. 316, grifo do autor.

Embora muito se diga sobre a influência americana na erupção da Revolução Francesa, o Povo operante em uma efetiva democracia dualista é um legado americano que foi apenas tardiamente incorporado no contexto político europeu. Nesse aspecto, Coutinho⁵⁴⁸ comenta ao dizer que

É como se a Europa tivesse aprendido com os americanos qual o ‘sinal típico das revoluções’ sem, no entanto, ter aprendido mais nada, o que se manifestou ‘na incapacidade da Revolução Francesa em se estabilizar numa Constituição e, conseqüentemente, no facto de a Constituição de 1791 ter permanecido uma ‘folha de papel, de maior interesse para os eruditos e para os especialistas do que para o povo’.

Na verdade, Coutinho⁵⁴⁹ traz a lição de que a concepção mais abrangente de Constituição, a partir do modelo americano, está na veneração por uma fundação de um *Povo-com-P-maiúsculo*. E, isso traz uma distinção bastante importante, principalmente ao comparar o modelo americano de constituição com o modelo francês

A aprendizagem do significado americano de Constituição foi, como sabemos, feita na Europa com sangue. E expressa-se de forma particularmente representativa na Constituição de Bona, cuja origem em nada importou uma sacralização da vontade popular. A Constituição de Bona – como as restantes Constituições europeias do pós-guerra – conhece uma *radicação moral*, emerge de uma ‘tomada de consciência’. Assim, num sentido não diferente do americano, e de nenhum modo menos revelador, a fundação de uma nova ordem política reportou-se originariamente a um parametrizador ‘princípio’, a uma ‘visão holística da dignidade humana’.

Entretanto, a ideia de *Vontade Geral* que norteou as principais construções constitucionais, pelo princípio da soberania popular, parece não possuir mais condições de justificar, por si só, uma Constituição normativa. E a noção de contrato social passa a receber a ideia de contínua atualização, que se fundamenta pela contínua pergunta pelo sentido das coisas.

Corroborando que o interesse comum é que irá determinar os rumos dos ideais institucionais salvaguardados pela Constituição, Coutinho⁵⁵⁰ se refere a Rousseau dizendo que ele

⁵⁴⁸ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 317-318.

⁵⁴⁹ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. op. cit., p. 325, grifo do autor.

⁵⁵⁰ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. op. cit., p. 352.

Foi claríssimo ao afirmar ‘o que torna geral a vontade é menos o número de vozes que a exprimem do que o interesse comum que as une: porque, nesta instituição, cada qual se submete necessariamente às condições que impõe aos outros: coincidência admirável do interesse e da justiça que dá às decisões comuns um carácter de equidade’.

Daí a distinção de Dworkin sobre *concepção majoritária* que se caracteriza por ser puramente procedimental, no sentido de ser independente das demais dimensões da moralidade política; ao passo que a *concepção comunitária de democracia* (*Communal conception*) não torna a democracia alheia à moralidade política; nesta concepção, se faz necessário uma teoria da participação igualitária para decidir se uma decisão é ou não democrática; e, também, não permite que se distancie dos ideais de justiça, liberdade e igualdade. Isto é, na concepção comunitária, a democracia é um ideal substancial e não meramente procedimental.⁵⁵¹

Nesse ponto é possível afirmar com Coutinho, ao citar Rousseau, que ele não admitiria uma noção de *vontade geral* como uma nua *vontade de todos*, enquanto moralmente descomprometida e alheia à comunidade política, porque, segundo ele, a leitura do contrato social rousseauiana deve considerar o seu carácter crítico-sociológico:

Não pode, neste contexto, deixar de se convocar a admirável leitura de Smend, autor que correctamente assinalou que a rousseauiana ‘teoria do contrato social não é apenas uma construção mítica da história e um instrumento útil na crítica do Estado e na fundamentação jurídica; é também a tentativa de lograr uma compreensão sociológica, ou melhor, fenomenológica’. Rousseau, com a sua ‘vontade geral’, terá logrado representar um ‘contrato social em movimento’, sendo o seu pensamento verdadeiramente revolucionário, já que ‘o Direito natural anterior a Rousseau’ havia sido ‘incapaz de chegar a uma concepção dinâmica, em virtude da mentalidade estática tradicional’. Este mesmo ‘contrato social em movimento’ ou ‘vontade geral’, reunindo-se em torno de um ‘bloco de ideais incontestáveis’, é a ‘vontade política homogénea’ que, podendo manifestar-se de ‘forma oculta e silenciosa’ (sendo, nesse caso, uma vontade latente), ‘serve de suporte ao Estado’, revê-se na Constituição como ‘plamação normativa’ de um ‘processo de integração’; exerce a ‘força’ de se subordinar a essa Constituição, sendo ‘o acto fundacional’ imprescindivelmente ‘renovado a cada momento’, ‘a energia integradora desse acto inicial novamente actualizada a cada momento’.⁵⁵²

⁵⁵¹ “Antes está em causa aquilo que Dworkin designa como uma ‘concepção comunitária de democracia’ (*Communal conception*) enquanto contraposta a uma mera ‘concepção estatística’ (*statistical conception*)”. Cf. COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 352.

⁵⁵² COUTINHO, Luís Pedro Pereira. op. cit., p. 356-357.

É factível perceber em Rousseau a relação intertemporal entre o *dito* e o *não dito*, isto é, na própria dimensão temporal da vida o não dito está muito mais alinhado a uma concepção integral de compreensão do que o que já está determinado, principalmente porque é na *Ideia futura* que se torna possível compreender a dinâmica realidade vivida.

A capacidade interpretativa, assim como a própria parametricidade moral da Constituição, permite que se faça esta aproximação entre o Direito e a filosofia fenomenológica, já que entre elas há uma diferença, como já dito, que é ontológica. Nesse mesmo sentido, Coutinho⁵⁵³ alinha dizendo que

Mantemos que a autoridade da Constituição, enquanto *autoridade moral*, depende de facto de a mesma reflectir uma *paramatrizadora sabedoria*, uma *substantiva justiça* comunitariamente comungada. O que afirmamos deve-se equacionar, sobretudo, num plano descritivo, ou melhor dizendo, ‘fenomenológico’, tal como exprimiu Semnd.

Stephen Guest⁵⁵⁴ ressalta a posição de Dworkin para um sentido comunal de democracia, pois ela oferece um entendimento melhor da ideia de ‘vontade geral’ de Rousseau. Para ele, Dworkin aposta em uma ação coletiva integrada, dizendo que “O tipo integrado coloca peso na importância do indivíduo ao mesmo tempo em que nega que a ação coletiva seja apenas estatística”. Isto é, Dworkin rejeita a versão monolítica de comunidade, simplesmente porque ela supervaloriza a importância da coletividade, em detrimento do indivíduo.

O que é importante nesse contexto é que Dworkin não aposta em uma igualdade decorrente do poder político. Para ele, segundo Ghest,⁵⁵⁵

A igualdade do poder político não faz sentido e, diz ele, a igualdade de influência significaria restrição das convicções e ambições das pessoas de uma maneira que lhes negaria o valor moral que lhes deve ser conferido em uma democracia.

Não é demasiado sempre lembrar que, muito mais do que preocupar-se com uma teoria da decisão, esse trabalho visa a alertar para uma preocupação mais abrangente, qual seja: a prestação jurisdicional não se compatibiliza com atos de escolha, pois, embora se possa afirmar que o julgador jamais conseguirá ser totalmente isento, a decisão judicial

⁵⁵³ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 360, grifo do autor.

⁵⁵⁴ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 98.

⁵⁵⁵ GUEST, Stephen. op. cit., p. 99.

prescinde de elementos de convicção pessoal do juiz, uma vez que a comunidade jurídica deve fazer valer a autoridade moral (Constituição).⁵⁵⁶

Do mesmo modo, Lenio Streck⁵⁵⁷ enfrenta a questão do Direito e da moral ao citar Habermas e João Maurício Adeodato, respectivamente, dizendo

Por isso, o avanço representado por esse importante fenômeno que atravessa o direito da fase do Estado Democrático de Direito: a moral deixa de ser autônoma- corretiva, para se tornar cooriginária ao (e com o) direito. Tem-se, assim, a todo momento, como pano de fundo, a recorrência da discussão acerca da relação “direito-moral”. Afinal, está-se a tratar de uma questão eminentemente paradigmática. Tudo porque “as questões jurídicas e as questões morais têm relação com os mesmos problemas: *como ordenar legitimamente as relações interpessoais, como coordenar entre si as ações por intermédio de normas justificadas e como solucionar consensualmente os conflitos de ação a partir de princípios normativos e regras intersubjetivamente reconhecidas*. De forma distinta, direito e moral se referem aos mesmos problemas”. Essa “origem comum” e a “mesma preocupação” será o sustentáculo *dessa nova forma de “relacionamento” entre direito e moral nas sociedades democráticas exurgidas a partir do segundo pós-guerra*: “O postulado inicial aqui é que não apenas aquilo que tradicionalmente faz parte da moral, mas também o que hoje se chamam o político e o jurídico pertencem ao significado do termo ética. Isso não implica dizer que normas morais, normas de trato social, normas religiosas, normas jurídicas e políticas não se distinguem, *mas apenas vêm confirmar sua origem comum, os limites imprecisos entre elas e, principalmente, sua função social semelhante*”.

Embora repetindo, reforça-se a ideia de que noção ou concepção comunitária de democracia não pode ser dissociada da ideia de vontade geral de Rousseau, pois

⁵⁵⁶ “A substantiva justiça vive nas convicções dos homens – depende da respectiva qualidade de ‘participantes morais’ numa comunidade, para recorrer à expressão de Dworkin – e, se aí expirar, nenhuma Constituição poderá salvá-la, nenhum tribunal encontrará em si a força para impor as normas que a plasmam. Recordando novamente Rousseau, ‘jamais haverá uma boa e sólida Constituição que não aquela em que a lei reina no coração dos cidadãos: se a força legislativa não chegar aí mesmo, as leis serão sempre evadidas’.” Cf. COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 361.

⁵⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, , 2011, p. 227, grifo do autor.

incompatível com uma mera estatística de democracia, a qual, como se sustenta ao longo deste trabalho, mostra-se insuficiente para uma efetiva e democrática justiça.⁵⁵⁸

A concepção comunitária de democracia é de suma importância, também, para demonstrar uma das ideias centrais desta tese, isto é, a indissociabilidade que há entre Direito e moral. Não basta que a maioria seja vencedora, situação que por si só já estaria democraticamente reconhecida. O Direito não pode se contentar com um grau de superficialidade de justiça, principalmente porque uma comunidade política, ao reconhecer todos os membros como participantes morais, não pode se eximir da responsabilidade de considerar todos os membros dessa mesma comunidade, sem exceção.

Decorrente do dever moral exigível em toda a democracia, as instituições políticas precisam encarar os seus membros da sua comunidade com igual consideração, isto é, a Constituição, além de preservar a estabilidade social das maiorias através de série de mecanismos (controle de constitucionalidade, remédios constitucionais, etc.), também deve possuir mecanismos que possibilitem ser *contramajoritária*, como refere Streck⁵⁵⁹

A regra contramajoritária, desse modo, vai além do estabelecimento de limites formais às denominadas maiorias eventuais; de fato, ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, representado pelo compromisso – no caso brasileiro, tal questão está claramente explicitada no art. 3º da Constituição – do resgate das promessas da modernidade, que apontará, ao mesmo tempo, para as vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais) e para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social), até porque cada norma constitucional possui

⁵⁵⁸ A leitura de alguns dispositivos legais pode causar uma profunda desconfiança em relação ao próprio Direito. A denominada *Ditadura da Maioria*, termo utilizado por Maria Helena Diniz quando faz referência às comuns atitudes desarrazoadas de uma maioria de poucos, com fundamento no seu suposto poder ilimitado, previsto no artigo 1.351 do Código Civil Brasileiro e que acarretam a violação de direitos de condôminos, abuso de direito (art. 187 do CCB) por conta do locupletamento indevido. Vale, por oportuno, trazer à colação os argumentos de Maria Helena Diniz em favor da salvaguarda dos direitos da minoria. Para tanto, a doutrinadora cita J. Nascimento Franco: “Segundo J. Nascimento Franco: ‘Ponto dos mais delicados é o da preservação do direito da minoria, quando um grupo ou alguns poucos condôminos possuem diversas unidades autônomas e, por isso, podem direcionar as deliberações da Assembleia segundo seus interesses’. E continua referindo exemplos de como o direito comparado combate que a vontade da “ditadura da maioria” prevaleça: “Na Itália, a jurisprudência abrandou o sistema para evitar a maioria de um só contra todos. No direito espanhol, a doutrina a considera não democrática e sim norma plutocrática. E arremata dizendo: “O critério de se admitir poder absoluto à maioria de um só, ou de poucos, inspira-se numa legislação antidemocrática que se põe à contramão do direito moderno, que ampara a minoria contra o arbítrio da maioria”. O que se depreende da situação posta em análise em cotejo com a doutrina de Maria Helena Diniz é que resta aos condôminos que formam a minoria transferir ao Judiciário a responsabilidade de garantir o respeito e a observância aos seus direitos já consolidados. Veja-se: não é o caso de não se concordar com aumentos de taxa condominial, o que é perfeitamente viável de ser alterado por assembleia condominial, mas é o caso de não se concordar que a *minoria pague o condomínio da maioria*. Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 4, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 238-239, grifo do autor.

⁵⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76-77, grifo do autor.

diversos âmbitos eficaciais (uma norma pode ser, ao mesmo tempo, programática no sentido clássico, de eficácia plena no sentido prestacional ou servir como garantia para garantir o cidadão contra os excessos do Estado). Por isto, o alerta que bem representa o paradoxo que é a Constituição: uma vontade popular majoritária permanente, sem freios contramajoritários, equivale à *volonté générale*, a vontade geral absoluta propugnada por Rousseau, que se revelaria, na verdade, em uma ditadura permanente.

A igualdade de que se fala vem bastante lúcida nas considerações de Coutinho,⁵⁶⁰ principalmente quando se refere a um dos objetivos principais da democracia

O de que as decisões colectivas sejam adaptadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas encarem todos os membros da comunidade [...] com igual consideração e respeito (*equal concern and respect*)’ – [...] enquanto ‘participantes morais’ numa comunidade política.

A concepção comunitária de democracia para ser corretamente entendida leva necessariamente a uma concepção constitucional, como ressalta Coutinho⁵⁶¹ ao se referir a Dworkin. Precisamente porque Dworkin, ao se reportar ao que denominou de

Ideal de governo, não o faz apenas em relação à necessária subordinação à lei, mas, principalmente à subordinação a um princípio, isto é, a igualdade fundamental de um cidadão se concentra precisamente na vigência de uma *Constituição de princípio*.

Portanto, as decisões tomadas pela maioria somente se justificam como válidas e devem ser respeitadas, na medida em que não violam princípios, pois, de outro modo, a consequência é a própria violação da Constituição, que os constitui. No ponto, Coutinho⁵⁶² diz

O respeito pela regra da maioria pressupõe, ele mesmo, o respeito ‘pela igualdade de estatuto dos cidadãos’, não sendo o ‘governo da maioria’ sustentável como um valor em si. E não há, conseqüentemente, ‘nenhuma razão para que um procedimento não minoritário não seja empregado em circunstâncias específicas, nas quais se revele mais favorável à protecção e promoção do estatuto da igualdade que constitui a essência da democracia.

⁵⁶⁰ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 362, grifo do autor.

⁵⁶¹ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. op. cit., p. 363, grifo do autor.

⁵⁶² COUTINHO, Luís Pedro Pereira. op. cit., p. 363.

O procedimento contramajoritário, utilizando-se da expressão de Streck, abrange a concepção comunitária de democracia descrita por Dworkin que, ao fim e ao cabo, vem ao encontro da ideia de “vontade geral” esboçada por Rousseau, devidamente contemporizada com uma concepção (moral) de Constituição. Dizendo de outro modo, a lógica democrática somente tem sentido se não desprezar a lógica constitucional. Coutinho⁵⁶³ explicita melhor

Procedimentos contra-maioritários serão os mais aptos a garantir uma ‘essência da democracia’ que não reside simplesmente num ‘governo da maioria’, mas antes num ‘governo do, pelo e para o povo no seu conjunto’ – o qual, correspondentemente, exija que ‘cada cidadão detenha, não apenas uma igual parte no governo, mas um igual lugar na sua consideração e respeito.

Cabe, por oportuno, novamente mencionar a obra de Coutinho⁵⁶⁴ ao abordar a concepção constitucional de democracia em Dworkin

Dworkin precisa que uma ‘concepção constitucional de democracia’, enquanto ‘concepção comunitária’, releva da existência de uma ‘acção colectiva comunitária’ (*comunal collective action*). O que isto quer dizer, em Dworkin, é que a Constituição constitui a *âncora moral* a que os diferentes cidadãos, enquanto ‘participantes morais’ de uma comunidade, se reportam quando agem colectivamente, sendo conseqüentemente a ‘acção colectiva’ a acção de ‘uma entidade distinta (o povo como tal) e não a acção de um conjunto de indivíduos’. Pelo que este ‘povo como tal’ – *enquanto comunidade de participantes morais e não enquanto mera soma estatística dos seus membros* – pode, por vezes, ‘falar’ mais adequadamente através de estruturas institucionais e procedimentais de índole contra-maioritária, especificamente ‘calculadas’, na sua independência, de modo a garantir que não seja posta em causa a fundamentalmente igualitária ‘essência da democracia’.

Portanto, a concepção comunitária de democracia referida, expressa, como conceito nuclear, a participação moral (*moral membership*), encontrando nela o seu alicerce para uma verdadeira democracia. Isto é, o dever de reconhecimento igualitário de todos os membros de uma comunidade instituída. Como refere Coutinho,⁵⁶⁵ se faz necessário uma

Parametrização em que seja representada ‘a igualdade fundamental de todos na humanidade comum’ –, a qual surja reflectida na *sua* Constituição enquanto conseqüente lugar de *autoridade moral*, assim continuamente

⁵⁶³ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 364.

⁵⁶⁴ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. op. cit., p. 364, grifo do autor.

⁵⁶⁵ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. op. cit., p. 368-369, grifo do autor.

reconhecido enquanto susceptível de vincular tanto o presente como o futuro, tanto as minorias como as maiorias circunstanciais que se formam em cada momento.

4.5 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIMENSÃO MORAL DO DIREITO EM RONALD DWORKIN

A aproximação à obra de Ronald Dworkin é importante e se justifica na medida em que o jusfilósofo norte-americano expressa nitidamente a preocupação com uma teoria democrática de decisão jurídica. A preocupação decorre do *cuidado*. A responsabilidade traduz um agir moral, pois a decisão jurídica é apresentada como uma questão de democracia, o que permite uma aproximação com a perspectiva adotada no Brasil, por Lenio Streck.⁵⁶⁶

4.5.1 Considerações Introdutórias

A tarefa central da teoria jurídica contemporânea é ser normativa, no sentido de que deve fornecer critérios para a decisão. A decisão, no entanto, não passa ao largo do domínio da moral, principalmente porque são necessários *juízos morais objetivos*.⁵⁶⁷ O Direito, do ponto de vista interpretativo, pode ser reconhecido como uma subdivisão da moralidade política, sem que isso prejudique a sua autonomia. O Direito, como um conceito interpretativo, busca na responsabilidade e no sentido das coisas – preconizado por Heidegger – o caminho adequado para se manter o mais próximo possível da verdade.

⁵⁶⁶ “Permito-me insistir nesse ponto –, discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia. Consequentemente, deveria ser despiciendo acentuar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma “proibição de interpretar”. Ora, interpretar é dar sentido (Sinngebung). É fundir horizontes. E o direito é composto por regras e princípios, “comandados” por uma Constituição. Assim, afirmar que os textos jurídicos contêm vaguezas e ambiguidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais “abertos” em termos de possibilidades de significado, não constitui novidade, uma vez que até mesmo os setores mais atrasados da dogmática jurídica já se aperceberam desse fenômeno. O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende – e não pode depender – de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete. Ora, fosse isso verdadeiro, teríamos que dar razão a Kelsen, para quem a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade. Isso para dizer o mínimo!” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013a, p. 95.

⁵⁶⁷ Juízos morais objetivos é a expressão utilizada por Dworkin para exemplificar alguns direitos reconhecidos que independem da criação concreta da lei, como na seguinte passagem: “Nenhuma delas argumenta que a teoria dominante é falha porque rejeita a idéia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado, anteriores aos direitos criados através da legislação explícita”. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 130.

Nesse contexto, com Dworkin, é possível falar em uma *epistemologia da responsabilidade*⁵⁶⁸ toda a vez que o indivíduo se lança com o propósito de realizar uma prática interpretativa, seja ela qual for. Investe-se num propósito e assume-se a responsabilidade de promover o sentido mais adequado (valor), considerando-se a situação concreta posta em jogo. A relação interpretativa, inexoravelmente, possui pontos de contato com a Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, como assenta Hommerding.⁵⁶⁹ Principalmente em relação à linguagem e, também, da *autoridade da tradição*, aspectos que se ligam, por exemplo, a ideia do *romance-em-cadeia* abordada por Dworkin.

Superadas algumas considerações iniciais, impõe-se salientar o pensamento de Dworkin, principalmente ao que tange à abordagem defendida nessa tese, quando se aposta na defesa da leitura moral da Constituição. Isso significar dizer que toda a interpretação jurídica e, por via de consequência, as decisões judiciais, devem acontecer a partir de princípios. Portanto, a adequada interpretação da Constituição e a decisão judicial democraticamente correta precisa respeitar algumas premissas. Necessita de um procedimento constitucionalmente adequado, por meio do qual se garanta a todos o que Dworkin chama de *participação moral*. Também, a decisão deve estar fundamentada numa interpretação responsável, isto é, dirigida à integridade do Direito.

Mencionar sobre a responsabilidade da decisão, assim como preocupar-se com o procedimento, como participação (efetiva) de todos, torna o processo interpretativo do Direito inseparável da leitura moral da Constituição, o que ratifica ainda mais a co-originariedade entre Direito e moral.

Como visto no tópico anterior, Dworkin⁵⁷⁰ sustenta como fundamento do conceito de Direito a democracia constitucional ou comunitária, onde se faz necessário haver

⁵⁶⁸ Epistemologia da responsabilidade é uma locução que pode ser facilmente relacionada à obra de Dworkin, na medida em que manifesta uma nítida preocupação fenomenológica do direito, sem impor a sua teoria como uma verdade absoluta, o que se depreende das seguintes passagens: “Não faz parte da minha teoria afirmar, por exemplo, que existe algum procedimento mecânico para demonstrar quais direitos políticos, preferenciais ou jurídicos um indivíduo possui”; “Convém repetir aqui o que afirmo naquele capítulo: nem os direitos ali descritos nem o método utilizado para defende-los pretendem excluir outros direitos ou outros métodos de argumentação”. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 19-20.

⁵⁶⁹ “Dworkin ha propuesto la lectura moral de la Constitución norte-americana, proponiendo interpretar determinados dispositivos de la Constitución, sobre todo la Declaración de los Derechos, como referencias, no a las concepciones específicas, sino a principios morales abstractos que deben ser incorporados como límites a los poderes del Estado, y ha articulado algunas interpretaciones filosóficas de los diversos conceptos que ha desarrollado, como el próprio concepto de Derecho que, para él, es um ‘concepto interpretativo’. Bajo esa perspectiva, la interpretación constructiva propuesta por Dworkin es perfectamente compatible con la hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, siendo esta última la mejor manera de interpretar su interpretación constructiva.” Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y derecho como integridad**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 191.

⁵⁷⁰ DWORKIN, Ronald. op. cit.

harmonia e interdependência entre soberania popular e respeito aos direitos individuais. Portanto, o Estado somente encontra justificativa moral e política na medida em que se compromete a tratar a todos com *igual consideração e respeito* (*Right toe qual concern and respect*): “Esse direito, que é o mais fundamental de todos, é uma concepção nítida do direito à igualdade, que chamo de direito à igual consideração e respeito”.⁵⁷¹

Dworkin sustenta que as cláusulas constitucionais que tratam de direitos individuais sejam lidas, não como formulações específicas, mas como proclamações de princípios morais de decência e justiça. Na verdade, ele insere a moralidade política no âmago do Direito Constitucional. A democracia é encarada como um empreendimento governado por princípios, assegurando a todos os cidadãos que suas controvérsias serão encaradas como uma questão de princípio, abrangendo não só o procedimento, mas principalmente o conteúdo das controvérsias.

A tese dworkiniana sobre os direitos individuais se aproxima em muito da filosofia heideggeriana dos indícios formais, principalmente no aspecto da caracterização do direito como formal, assim como pela impossibilidade de se verificar o conjunto de direitos possíveis (indicação), o que somente se torna possível pela justificação do caso concreto (fenomenologia). No ponto, Dworkin refere⁵⁷²

Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. Sem dúvida, essa caracterização de direito é formal, no sentido de que não indica quais direitos as pessoas têm nem garante que de fato elas tenham algum. Mas não pressupõe que os direitos tenham alguma característica metafísica especial. Portanto, a teoria defendida nestes ensaios distingue-se das teorias mais antigas que se apoiam em tal suposição.

Os argumentos de princípio de que Dworkin se refere para qualquer intento interpretativo, além de superar a já desgastada relação positivista (H. L. A. Hart) de regras de natureza primária e secundária ou de que uma regra pode ser obrigatória: i) porque é

⁵⁷¹ Conveniente transcrever a nota de rodapé feita pelo tradutor da obra de Dworkin, na página descrita: “essa expressão faz parte do vocabulário técnico de Dworkin. Esse conceito indica que o sistema jurídico deve incorporar ‘o princípio de que as pessoas têm o direito a serem tratadas como iguais perante a lei’ ou, mais precisamente, que ‘as leis não devem estar constituídas de maneira que coloque pessoas em desvantagem [umas em relação às outras] porque qualquer razão irrelevante, arbitrária e, portanto, insultante, como a de que elas têm a pele negra”. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 16.

⁵⁷² DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 15.

aceita; ii) porque é válida, possui um nítido viés crítico aos procedimentos ditos mecânicos de interpretação do Direito, o que corrobora mais uma vez a preocupação moral e responsável de uma teoria da decisão jurídica.

Dworkin realiza uma interessante abordagem das teorias gerais de justiça e relação delas com as instituições, estabelecendo uma posição filosófica entre teoria moral e intuição moral. Para tanto, utiliza da técnica do equilíbrio pressupondo o que denominou de *teoria da coerência da moralidade*, a partir de dois modelos: i) natural; ii) construtivo. A distinção de Dworkin serve para definir de forma bastante clara que a relação do Direito e da moral que se busca demonstrar não decorre de um processo natural ou arbitrário, mas, principalmente, decorre de um processo construtivo e complexo característico da própria tradição.

Os dois modelos que Dworkin⁵⁷³ utiliza de forma alegórica para explicar a posição filosófica de modelos de justiça diametralmente opostos, assim como para infirmar o equilíbrio pressuposto na sua teoria da coerência da moralidade, merecem transcrição:

As teorias da justiça, tais como os dois princípios de Rawls, descrevem uma realidade moral objetiva; em outras palavras, não são criadas por homens ou sociedades, mas sim descobertas por eles, assim como se descobrem as leis da física. O principal instrumento dessa descoberta é uma faculdade moral que pelo menos alguns homens possuem, que produz instituições de moralidade política em situações determinadas, tal como a intuição de que a escravidão é injusta. Essas intuições são indícios da natureza e da existência de princípios morais mais fundamentais e abstratos, da mesma forma que as observações físicas são indícios da existência e da natureza das leis fundamentais da física. O raciocínio moral ou filosófico é um processo de reconstrução dos princípios fundamentais pela correta ordenação dos juízos particulares, assim como um naturalista reconstrói a forma de um animal inteiro a partir dos fragmentos dos ossos que encontrou. O segundo modelo é bem diferente. Trata as instituições de justiça não como indícios da existência de princípios independentes, mas antes como traços estabelecidos de uma teoria geral a ser construída, como se um escultor se propusesse a esculpir o animal que melhor se ajusta à pilha de ossos que por acaso encontrou. Esse modelo 'construtivo' não pressupõe, como faz o modelo natural, que os princípios de justiça tenham uma existência fixa e objetiva, de modo que as descrições desses princípios devam ser verdadeiras ou falsas de alguma maneira padronizada. Não pressupõe que o animal que se amolda aos ossos realmente exista. Parte do pressuposto diferente – e, sob certos aspectos, bem mais complexo – de que homens e mulheres têm a responsabilidade de adequar os juízos particulares que lhes servem de base para a ação a um programa coerente de ação ou, pelo menos, que as autoridades que exercem o poder sobre outros homens tenham esse tipo de responsabilidade.

⁵⁷³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 250.

A partir das palavras de Dworkin sobre a relação entre dois modelos: um natural e outro construtivo; não resta dúvida que a sua teoria se filia ao segundo modelo, que valoriza a complexidade do mundo da vida, prioriza a responsabilidade do intérprete lançado no intento interpretativo, de modo integrado e coerente na construção dos sentidos.

É possível concluir mais uma vez a respeito da preocupação (moral) que alguns autores, utilizados como base teórica nessa tese, demonstram de forma inequívoca. Embora repetindo, não há como negar o nítido viés moral heideggeriano ao preocupar-se com o sentido das coisas a partir da temporalidade (Ser e Tempo), como um ato de *cuidado*. Do mesmo modo, a ocupação de Gadamer com a *tradição histórica* e a repercussão dela no sentido da *autoridade*, a *fusão de horizontes* e a *história efetual*. E, com Dworkin, não parece ser diferente, já que se dedica integralmente a um propósito moral bastante claro: a busca da verdade pela democracia. E, para tanto, propõe que os direitos sejam levados a sério.

4.5.2 Levando os Direitos a Sério

A ideia que ocupa o 7º capítulo, o qual repete o título da própria obra, *Levando os direitos a sério*,⁵⁷⁴ inicia realizando uma série de perguntas a respeito do reconhecimento de direitos individuais por parte do Estado (governo ou *government* em que Dworkin se refere aos três poderes: judiciário, legislativo e executivo). Na verdade, o presente tópico não implica saber se os cidadãos possuem direitos morais frente a seu governo, já que, segundo Dworkin,⁵⁷⁵ essa questão estaria superada há muito tempo, principalmente em relação aos EUA: “Neste ensaio, não me preocuparei em defender a tese de que os cidadãos têm direitos morais contra seus governos; ao contrário, pretendo explorar as implicações dessa tese para aqueles, inclusive o atual governo dos Estados Unidos, que afirmam aceitá-la”.

Uma discussão bastante acirrada está em saber quais direitos particulares os cidadãos possuem, indaga Dworkin. Será que o cidadão, por exemplo, possui ampla liberdade para manifestação pública, mesmo em condições que perturbem a ordem pública? São questões complexas que fundem problemas jurídicos e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa, muitas vezes, da resposta a problemas morais, isto é, saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens.

⁵⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁵⁷⁵ DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 284.

As perguntas propostas por Dworkin⁵⁷⁶ realmente entrelaçam questões jurídicas e questões morais de alta complexidade. Entretanto, não é porque se está diante de casos difíceis que se estará autorizado a resolvê-las de qualquer modo. Daí a preocupação moral dworkiniana em “levar os direitos a sério”, como se transcreve abaixo:

Embora o sistema constitucional acrescente alguma coisa à proteção dos direitos morais contra o governo, está longe de garantir esses direitos, ou mesmo de estabelecer quais são eles. Isso significa que, em determinadas ocasiões, uma outra instância que não o Legislativo terá a última palavra nestas questões, o que dificilmente poderá satisfazer alguém que considere que tal instância esteja profundamente equivocada. Sem dúvida, é inevitável que alguma instância do governo tenha a última palavra sobre que leis serão efetivamente implementadas. Quando os homens discordarem sobre os direitos morais, nenhuma das partes tem como provar seu ponto de vista e alguma decisão prevalecer, se não quisermos que a anarquia se instale. Mas esse exemplo de sabedoria ortodoxa ser o início, e não o fim, de uma filosofia da legislação e da aplicação das leis. Se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções.

A expressão “levar os direitos a sério” utilizada por Dworkin contém uma nítida preocupação com o caminho que se deve trilhar para chegar a uma decisão jurídica. Na verdade, como bem registra Dworkin, inexiste uma única resposta, assim como nenhuma decisão jurídica constitui necessariamente a decisão correta. Entretanto, o caminho trilhado deve ser coerente acima de tudo, fazendo com que as decisões sejam realmente consistentes e harmônicas com as convicções estatuídas na Constituição.

O tema se aproxima bastante daqueles casos em que uma decisão pode ser tomada de duas maneiras e, por óbvio, há igualmente a metade de chance de se obter uma resposta certa ou errada, como no caso do genro que mata o sogro e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ficou incumbido de decidir se o genro (autor do crime) teria ou não direito à meação da herança de sua esposa, já que casado pelo regime da comunhão universal de bens com a filha da vítima.⁵⁷⁷

A ação intentada em primeiro grau foi julgada extinta em face da coisa julgada, tendo a autora interposto recurso de apelação, o qual foi provido para desconstituir a

⁵⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 286.

⁵⁷⁷ Acórdão proferido pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do recurso de apelação cível. Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70005798004. Apelante: Édila G. M. de L. Apelado: José G. de L. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 9 de abril de 2003.

sentença. Em novo pronunciamento, o juízo *a quo* julgou improcedente o pedido deduzido pela autora que visava excluir de sua meação o cônjuge responsável pelo homicídio de seu pai.

Em sede de apelação, sustentou a apelante os seguintes argumentos 1) o apelado foi condenado por homicídio qualificado (motivo torpe) de seu sogro, pai da apelante, devendo, por isso, ser excluído da partilha de bens do divórcio, pois o patrimônio lá dividido é oriundo, exclusivamente, do inventário do de cujus; (2) por não haver previsão legal, deve ser utilizada a analogia a fim de integrar a norma jurídica, no presente caso; (3) para suprir tal lacuna, deve incidir o art. 1595, inc. I, do Código Civil, bem como a jurisprudência e o Direito Internacional.

O Desembargador Relator desproveu o apelo, entendendo que não há respaldo legal para a tese da analogia suscitada pela apelante, diante das hipóteses taxativas de exclusão por indignidade, as quais recaem sobre aqueles que “tentaram ou participaram de tentativa contra a vida daqueles de cuja sucessão se tratar”. A Desembargadora Presidenta abriu a divergência, sustentando que fere a moral comum que o apelado se beneficie da sua conduta, aderindo à corrente do “Direito Alternativo”, provendo o recurso de apelação. Já o Desembargador Vogal encaminhou voto em idêntico sentido, dando provimento ao apelo diante da possibilidade de criação judicial de mais uma hipótese de exclusão da indignidade.

Feito um breve sumário do caso, o exercício convida à reflexão hermenêutica em torno da fundamentação empregada pelo Tribunal de Justiça. A resposta lançada pelo Tribunal de Justiça pode ser considerada válida à luz do Direito? O percurso argumentativo é de fundamental importância para o intérprete, de modo que a resposta correta ou constitucionalmente adequada deve estar alicerçada em argumentos de princípio e não de política ou de moral (Dworkin), sob pena de fragilizar-se a autonomia do direito.

Isso porque, o Direito não se confunde com a moral, tampouco a moral assume um papel corretivo daquele; ambos são co-originários (Habermas/Streck), ou seja, a sua comum origem faz com que a institucionalização da moral no Direito por intermédio dos princípios leve o intérprete a “fechar” a interpretação, conforme destacam Lenio Streck e Luigi Ferrajoli.

É possível sustentar a premissa segundo a qual os votos dos Desembargadores estão centrados em versões do positivismo jurídico, quais sejam, o positivismo exegético, o positivismo axiológico e o positivismo fático (realismo jurídico).

Nesse sentido, o Desembargador Relator⁵⁷⁸ determina o rumo de sua decisão pelo caminho legalista (positivismo exegético), sustentando que “O fundamento da apelante para ver seu ex-marido excluído da partilha na ação de divórcio (processo nº 11488 – autos em apenso), não encontra respaldo legal, pois pretende aplicar, por analogia, o art. 1595, inc. I, do CC”.

Destacou, ainda, que

A legislação ora sob foco traz uma sanção – exclusão da herança – aos que tentaram ou participaram de tentativa contra a vida daqueles de cuja sucessão se tratar”, e que o objetivo da lei foi no sentido de que “a regra da indignidade recaísse tão-só naqueles possuidores de laços de sangue e/ou de extrema afeição com o autor da herança, a ponto de serem penalizados por atos atentatórios a sua vida, honra ou liberdade.

A decisão do Desembargador Relator aposta na hipótese de reduzir/exaurir o Direito a partir da disposição da própria regra. O voto em debate passa ao largo da responsabilidade que é inerente à própria jurisdição, isto é, pautada pela imparcialidade do juiz como detentor de atividade típica do Estado, mas que, não se limita a uma função formal, devendo estar comprometida com a concepção de *justiça política*.⁵⁷⁹

A *resposta correta*, termo cunhado por Dworkin, significa zelar pelo caminho (mais democrático) a ser trilhado na obtenção da resposta jurisdicional, a qual não se compatibiliza com a vontade do intérprete. Nesse contexto, ser moral no Direito é ser responsável, ter cuidado com os elementos racionais de fundamentação de toda a decisão judicial.

Do ponto de vista prático-político, o positivismo teórico permanecerá refém de sua própria epistemologia e alheio à justiça, pois um discurso de justiça se compreende certamente por si mesmo, como um princípio epocal que se manifesta pela linguagem, completamente alheio à vontade de quem quer que seja. Daí é possível identificar a importante diferenciação entre moralidade política e moralismo.

⁵⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70005798004. Apelante: Édila G. M. de L. Apelado: José G. de L. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 9 de abril de 2003.

⁵⁷⁹ “Em todos estes tipos de filosofia política e teorias do direito-direito e do estado, são pensados a partir do conceito de poder e concorrência, enquanto se recusa ao conceito de justiça um significado constitutivo para o político. Direito e estado não são apenas neutralizados do ponto de vista religioso, mas também do ponto de vista moral; as teorias se inclinam para um amoralismo político e para um cinismo do poder.” Cf. HÖFFE, Otfried **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 24.

Dizer que a jurisdição deve se limitar tão-somente ao regramento disponível é negar a aplicação normativa da Constituição e, dessa forma, repriminar o positivismo que há muito foi superado pela viragem linguística.

Cabe transcrição de trecho da decisão que, muito respeitando posicionamento diverso, representa grave equívoco constante na fundamentação

A legislação ora sob foco traz uma sanção – exclusão da herança – aos que tentaram ou participaram de tentativa contra a vida daqueles de cuja sucessão se tratar. Em outros termos, como frisou o Ministério Público (fls. 543/549), quis a lei que a regra da indignidade recaísse tão-só naqueles possuidores de laços de sangue e/ou de extrema afeição com o autor da herança, a ponto de serem penalizados por atos atentatórios a sua vida, honra ou liberdade.⁵⁸⁰

Ademais, afirmar o “sentido” que o legislador quis dar à regra é transcender a qualquer método interpretativo porque se caracteriza por extrema subjetividade (relativismo), o que não é admissível em uma democracia, simplesmente porque, decisões dessa natureza, se revestem da mais pura arbitrariedade.

A Desembargadora Presidente desta apelação, tem como ponto de apoio o positivismo axiológico, admitindo claramente a fragilização da autonomia do Direito em função da moral como juízo próprio de convencimento, que, ao fim e ao cabo, assume um papel corretivo e externo. A argumentação pauta-se, ainda, na corrente do Direito Alternativo, a qual se justificava na fase anterior à Constituição de 1988, sobretudo em virtude da restrição de direitos fundamentais promovida pelo regime militar brasileiro. Todavia, a partir da CF/88, o discurso jurídico deve voltar as suas baterias para a consolidação da “legalidade constitucional” (Elías Díaz/Lenio Streck). Vale trazer a lume alguns trechos do voto da Desembargadora:

[...] se há omissões na identificação das pessoas integrantes do suporte fático, de tal omissão não se ressentem os princípios, que devem sempre ser identificados para serem invocados quando se verifica uma lacuna na lei. Assim, se há omissão de norma legal, deve sempre que prevalecer o princípio consagrado pelo legislador que, indiscutivelmente, é o de não permitir a quem atenta contra a vida de outrem possa dele receber alguma coisa, seja como sucessor, seja como cônjuge ou companheiro do sucessor, Essa é a intenção do legislador e a função da Justiça é exatamente fazer incidir a orientação ditada pela lei. Aliás, para isso é que somos juízes, para

⁵⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70005798004. Apelante: Édila G. M. de L. Apelado: José G. de L. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 9 de abril de 2003.

fazer justiça segundo os princípios que regem o sistema jurídico. Não somos, como dizia Montesquieu: *la bouche de la loi*, juízes que simplesmente se limitam a repetir e aplicar a norma contida no elenco legal, permitindo que se conviva com a injustiça. Somos Juízes de Direito, integramos um Tribunal de Justiça. Confesso que fere meu senso de justiça fazer uma injustiça dessa ordem. No dia em que tomei posse como magistrada, jurei fazer justiça, não aplicar a lei de forma mecânica e casuísta. Se para isso, quem sabe, tiver que afrontar a lei, a dar ensejo talvez de ser acusada de ter me tornado adepto da nominada “justiça alternativa”, paciência. Se for esse o qualificativo que mereço, vou aceitar, mas não posso permitir é o locupletamento de alguém com a própria torpeza.⁵⁸¹

Por seu turno, o Desembargador Vogal alicerça sua decisão em uma espécie de positivismo fático ou realismo jurídico, aceitando, inclusive, a tese segundo a qual pode o juiz criar nova hipótese legal de exclusão da herança por indignidade. Recorre aos “princípios gerais de Direito” para sustentar, a partir do voto da Desembargadora Presidenta, uma criação judicial do Direito. A esse respeito, argumenta que:

Parto da análise que foi feita pela eminente Des. Maria Berenice, da Lei de Introdução, que diz, no conhecidíssimo art. 4º, que, quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito e atenderá, como proclama o art. 5º, os fins sociais e as exigências do bem comum. Uma das características de todos os diplomas materiais - e foi também o caso do código em vigor - é a preservação do sentido ético das suas regras. No código, como foi acentuado por todos os comentadores e por aqueles que vinham acompanhando toda a discussão do atual Código Civil, é o princípio ético que prevalece, como por exemplo, no caso dos contratos, o princípio da boa-fé. Não há por que, lá como aqui, deixar-se de divisar, no caso concreto, a aplicação do princípio ético, do princípio do senso comum, do princípio da equidade, ancorado nos princípios gerais do Direito, já que a aplicação da analogia é dificultada, podendo-se utilizar os princípios do Direito e dos costumes. Então, é o sentido que adoto, aceitando a tese sustentada da tribuna de que o meeiro não deixa de ser um legatário *ex legis*; portanto, aplicando-se também a indignidade no caso da sucessão legítima, pode-se construir uma nova hipótese de que ali se incluem também outras pessoas que, aproveitando-se diretamente do resultado do seu inexplicável gesto, venham a matar os autores da herança.⁵⁸²

A questão acerca de como os juízes decidem os casos, tratada por Dworkin em sua construção teórico-integrativa, leva em conta alguns critérios, tais como a coerência e a

⁵⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70005798004. Apelante: Édila G. M. de L. Apelado: José G. de L. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 9 de abril de 2003, grifo do autor.

⁵⁸² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70005798004. Apelante: Édila G. M. de L. Apelado: José G. de L. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 9 de abril de 2003, grifo do autor.

integridade, comparando o Direito a uma espécie de romance em cadeia (*chain novel*), no qual o juiz deve levar em conta os precedentes dos juízes que já se pronunciaram, a lei, o Direito, e dar prosseguimento, como se fosse o escritor de um romance. Dworkin⁵⁸³ tece críticas às correntes doutrinárias do convencionalismo e do pragmatismo, apontando suas insuficiências na construção de uma teoria do Direito.

Na perspectiva do convencionalismo, o Direito é aquilo que realmente é, e não o que os juízes pensam ser. Referida corrente faz o Direito depender de convenções sociais distintas, designadas convenções jurídicas, ou seja, de convenções sobre quais instituições deveriam ter o poder de elaboração das leis, e de que maneira.

Já o pragmatismo baseia-se na negativa de que as pessoas tenham quaisquer direitos, contrapondo os direitos das pessoas àquilo que seria pior para a comunidade, ou seja, em face dos interesses da maioria, apenas porque uma legislação estabeleceu, ou porque juízes decidiram que outras pessoas teriam tal direito. O principal defensor do pragmatismo, na atualidade, é Richard Posner,⁵⁸⁴ juiz nos Estados Unidos e o propulsor da corrente Direito e Economia. O pragmatismo aceita que uma decisão seja razoável à luz dos interesses conflitantes no caso em questão, ainda que uma decisão razoável não seja necessariamente uma decisão “correta”.⁵⁸⁵

A *coerência*, portanto, pressupõe a análise ampla do Direito e a sua reconstrução histórico-institucional, de modo que os casos futuros tenham um tratamento semelhante aos casos enfrentados pelos juízes, dentro da cadeia interpretativa. É uma relação de conexão entre a decisão judicial e o próprio Direito.

Para além da coerência, a *integridade* obriga que os juízes levem em conta princípios como a justiça, a equanimidade ou o “jogo limpo” (*fairness*)⁵⁸⁶, o devido processo legal para a tomada de decisão, a qual, além de ser coerente com a sua história institucional, deve ser justa. Além disso, deve o juiz observar a comunidade de princípios, de modo a afastar um indesejável subjetivismo no ato de julgar.

A perspectiva dworkiniana do *romance em cadeia* (*chain novel*) compara o juiz a uma espécie de romancista, que deve dar prosseguimento a uma obra coletiva, razão pela

⁵⁸³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo, Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 141-142

⁵⁸⁴ O referido autor se posiciona em favor de um “ceticismo moral pragmático”, contrapondo-se àquilo que denomina de “moralismo acadêmico”, destacando que “a moral é um fenômeno local, ou seja, não existem “universais morais interessantes”. Cf. POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 6-11, grifo do autor.

⁵⁸⁵ POSNER, Richard A. **Como deciden los jueces**. Tradução Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 278-279.

⁵⁸⁶ A expressão *fairness* deve ser compreendida como *justiça* ou *equanimidade*.

qual não pode desprezar o contributo dos juízes que o antecederam, na análise dos precedentes, da lei e do Direito. Nesse ponto, lembra Eros Grau⁵⁸⁷ que o Direito é alográfico, ressaltando a diferença entre texto e norma, entre o autor e o intérprete.

Outro traço nítido do positivismo é a desvinculação entre o Direito - mais precisamente, a ciência do Direito - e a moral, compreendidos com espaços independentes e sem qualquer conexão, nomeadamente em virtude das lições de Hans Kelsen. Há, em síntese, quatro teses sobre a relação entre o Direito e a moral⁵⁸⁸: a) Vinculação (jusnaturalismo); b) Separação (positivismo jurídico – Kelsen, Hart, Ferrajoli, entre outros); c) Complementaridade (Alexy)⁵⁸⁹; d) Co-originariedade (Dworkin, Habermas e Streck): Institucionalização da moral no Direito e não uma “pretensão corretiva”.

A tese da separação entre o Direito e a moral, sustentada pelo positivismo, não encontra ressonância no constitucionalismo contemporâneo, haja vista que a moral e o Direito são co-origenários, isto é, trata-se da institucionalização da moral no Direito (Dworkin-Habermas). Não há cisão estrutural entre Direito e moral. Vale dizer que não se está falando da moral individual, mas da moralidade política ou da moral crítica, isto é, um *a priori compartilhado*. Por isso que os princípios “fecham” a interpretação ao invés de abri-la (Streck).

O Direito deve ser interpretado com coerência e integridade, a partir da concepção da “unidade do valor”. É preciso conferir autonomia ao Direito de modo a evitar que argumentos de política ou de moral possam fragilizá-lo, máxime na atual quadra, caracterizada pelo fato de que a sociedade parou de se questionar (Castoriadis). A coerência é uma valiosa ferramenta contra a discriminação, ao passo que a integridade no Direito impõe à jurisdição que trate as pessoas com igual consideração e respeito.

Há, pois, uma responsabilidade política da jurisdição, na linha de Dworkin, na consecução dos direitos humanos e fundamentais. Isso porquanto a reconstrução da história institucional do Direito não pode ficar refém de esquemas subsuntivos, sob pena de cair no “agulhão semântico” (Dworkin), em um gradual “descolamento” entre o texto e a norma e, por óbvio, com a faticidade dos acontecimentos sociais. Afinal, qual a resposta correta?

⁵⁸⁷ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 82-83.

⁵⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Direito**: Dicionário de Filosofia Política. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010a, p. 147-148.

⁵⁸⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, em especial p. 151-152, onde o autor refere que o Direito formula uma “pretensão à correção”.

A chave de leitura está justamente na tese dos direitos, propugnada por Ronald Dworkin. Segundo o referido jusfilósofo, é necessário fazer uma distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política: decidir por política implica atender a determinadas metas ou conveniências, ao passo que decidir por princípio leva ao cuidado com os direitos, os quais devem ser levados a sério pelo intérprete!

Toda interpretação é imbuída de um propósito, devendo procurar uma reconstrução da história institucional, a partir da coerência e da integridade do Direito, compreendido como uma prática social argumentativa e, ao mesmo tempo, como um todo coerente e íntegro. Não há, pois, espaço válido para relativismos ou ceticismos a partir de argumentos metajurídicos de política ou mesmo de moral, sob pena de uma fragilização da autonomia do Direito e, com isso, da democracia.

O texto é estático, ao passo que a norma é dinâmica, salienta Müller⁵⁹⁰ e sua teoria estruturante do Direito. A norma é composta pelo programa normativo e pelo âmbito da norma, este último um autêntico recorte da realidade social, a permear o processo de construção interpretativa.

Reportando-se ao caso concreto, o artigo 1591, inciso I, do Código Civil de 1916, tinha a seguinte redação: “Art. 1.595. São excluídos da sucessão (arts. 1.708, IV, e 1.741 a 1.745), os herdeiros, ou legatários: I - que houverem sido autores ou cúmplices em crime de homicídio voluntário, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar”.⁵⁹¹

A esse respeito, vale lembrar que, no caso *Elmer (Riggs v. Palmer)*, tratado por Dworkin em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, envolvia situação na qual o neto assassinou o avô e buscava herdar o acervo do *de cuius*, valendo-se justamente da ausência de previsão legal a respeito do assunto. Todavia, o princípio que veda que uma pessoa se beneficie de sua própria torpeza ou da proibição do locupletamento ilícito, decorrente da ideia de igual consideração e respeito devido aos cidadãos que compartilham uma *comunidade de princípios*, mereceu acolhimento no referido caso para afastar o neto da sucessão hereditária, por indignidade.

A decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no caso do genro que mata o sogro e que pretende sua meação na herança, em face do regime da comunhão universal de bens, não observou a perspectiva traçada pelo *fairness*, compreendido como

⁵⁹⁰ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 160 e MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 192-193.

⁵⁹¹ BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

equanimidade (“jogo limpo”), tampouco a coerência e a integridade do Direito. O caso concreto revela nítida frustração ou ruptura de expectativas legítimas normativas, porquanto o Direito é um complexo coerente e íntegro de regras e princípios, os quais são *padrões interpretativos de moralidade política* que, em síntese, *fecham a interpretação*, como lembram Ferrajoli e Streck.

A pretensa moral adotada pelo TJRS foi a decorrente do senso comum ou de uma moral vulgar, ou seja, o senso de justiça do magistrado, quadro que possibilita a adoção de juízos discricionaristas do tipo “decido conforme a minha consciência” (Streck). A reconstrução da história institucional tem uma valiosa dimensão temporal, pois deve projetar os limites da interpretação para os casos futuros, o que não foi alvo de preocupação no caso em tela. Se diante da ausência de regra, admitir-se a solução discricionária adotada pelo positivismo jurídico, em especial por Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito* (oitavo capítulo), e por Hart em sua obra *O Conceito de Direito*, o qual admite o poder discricionário judicial em face da *textura aberta da norma*, haverá uma nítida fragilização da autonomia do Direito, que cederá lugar às “escolhas” subjetivas do julgador.

Lenio Streck,⁵⁹² em sua obra *Verdade e Consenso*, assinala a existência de cinco princípios ou padrões interpretativos para a resposta constitucionalmente adequada. Assim, a teoria do Direito e da Constituição reclama os seguintes parâmetros hermenêuticos: a) a preservação da autonomia do Direito; b) o estabelecimento de condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; c) a garantia do respeito à integridade e à coerência do Direito; d) o dever de fundamentação das decisões judiciais; e e) a garantia de que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.

Em sua tese de doutoramento, Motta⁵⁹³, partindo do referencial teórico da *Crítica Hermenêutica do Direito*, de Streck, e da obra de Dworkin, afirma que a resposta correta ou boa resposta tem uma dupla dimensão (procedural e substancial), ressaltando a importância de uma *teoria da responsabilidade moral* como virtude no ato de julgar, ou seja, aquilo que Dworkin denomina de *epistemologia moral*. Dessa maneira, a título de ilustração, na questão alusiva às ações afirmativas e à política de cotas raciais nas universidades, os juízes

⁵⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 585-587.

⁵⁹³ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014.

de uma Corte poderiam chegar ao mesmo resultado assistindo a um programa de televisão ou atirando uma moeda para o alto, no tradicional jogo do “cara-ou-coroa”.

Vale trazer a lume o seguinte recorte do pensamento do autor:

[...] não há como *demonstrar* que um argumento moral é correto; não há como sustentá-lo sem pressupor ou aceitar outros argumentos morais. O que se pode, repete-se, é exigir de quem o formula a referida *responsabilidade*. Insistindo no exemplo acima, nós podemos estar certos, por hipótese, com relação à justiça das cotas raciais tendo formado a nossa opinião num jogo de *cara-ou-coroa*, e estarmos errados, quanto a este mesmo assunto, depois de uma demorada reflexão. Contudo, teríamos sido *irresponsáveis* no primeiro caso e *responsáveis* no segundo. E a distinção entre um e outro argumento passa a ser o tema dessa almejada *teoria da responsabilidade*. É o que o autor chama de *epistemologia moral*. Em síntese, é uma espécie de *teoria da responsabilidade moral*, mediante a qual possamos *conferir* se nosso raciocínio moral é bom ou mau – o que, também, diga-se, é uma *questão moral substantiva*. Utiliza-se *parte* de uma teoria geral do valor para conferir a *integridade* do raciocínio no restante. O ponto defendido por Dworkin, aqui, já deve ter ficado claro: ele está defendendo que o raciocínio moral deve ser *interpretativo*.⁵⁹⁴

Por conseguinte, à luz das razões esposadas, a decisão adotada pelo Tribunal de Justiça no caso do genro que assassina o sogro e que pretende a meação da herança, em que pese tenha atingido a solução acertada ao caso, não se orientou pelos ideais de *coerência, integridade, responsabilidade e de accountability hermenêutico*, em face da fragilidade dos fundamentos adotados, apostando no poder discricionário judicial e na “consciência do justo” por parte do magistrado.

Da passagem ilustrativa acerca do julgado acima tratado, é possível perceber nitidamente a relação feita por Dworkin⁵⁹⁵ entre princípios de integridade política: *princípio legislativo*, que roga aos legisladores que zelem por um conjunto de leis moralmente coerentes; *princípio jurisdicional*, que demanda que a lei, tanto quanto possível seja vista como coerente nesse sentido.

⁵⁹⁴ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014, p. 40-41, grifo do autor.

⁵⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo, revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 213.

4.5.3 A Integridade e Coerência como Princípios Políticos (Moral)

A noção de integridade trabalhada por Dworkin em sua obra *Império do Direito* deve ser pensada da forma mais abrangente possível. Como já referido, possui em grande medida uma aproximação com a hermenêutica filosófica de Gadamer em relação à tradição histórica, principalmente porque visa respeitar ou resguardar o conjunto das construções institucionais que vão se sedimentando ao longo da história. Essa preocupação com a integralidade no Direito expressa, na verdade, um agir responsável que se traduz num comportamento moral.

A defesa da intervenção da jurisdição constitucional efetiva como a defesa da própria democracia é um exemplo desse compromisso moral. O grau de democracia de Estado pode ser medido pelo grau de efetividade, por exemplo, com o que se denomina de *jurisdição constitucional das liberdades*, isto é, controle de constitucionalidade efetivo e remédios constitucionais processuais (ações constitucionais) que servem para a proteção das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Não há uma relação de oposição entre democracia e direitos individuais, uma vez que estes são constitutivos daquela. Preservar a Constituição é proteger a integridade desse arranjo.

As liberdades vinculam-se à sua proteção e ao seu reconhecimento. A proteção jurisdicional é essencial para a concretização dos direitos e das liberdades reconhecidas em constituições, convenções, tratados, leis, etc. O objetivo é salvaguardar os direitos do homem e as liberdades fundamentais.⁵⁹⁶

A jurisdição das liberdades é a atividade jurisdicional destinada à tutela das normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais da pessoa humana.⁵⁹⁷ O poder público é parte integrante das ações constitucionais, pois os processos decorrentes do ajuizamento das ações constitucionais caracterizam-se por envolverem, numa das partes, o Estado, o poder público.

Afinal, para que se prestam as ações constitucionais? Prestam-se para “tutelar os jurisdicionados frente à conduta de quem age em nome do Poder Público ou quem ao agir interfere em uma esfera demarcada pelos direitos consagrados constitucionalmente como fundamentais”.⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 264.

⁵⁹⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. op. cit., p. 269.

⁵⁹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 7.

A moralidade do Direito, a racionalidade do Direito e a sua autonomia não resultam apenas do fato da positivação de exigências morais de racionalização nas Constituições. Resultam, principalmente, da circunstância de haver procedimentos instituídos para a autoregulação e autocontrole da fundamentação do Direito de acordo com esses padrões morais de racionalidade. “A legitimidade do direito está intimamente relacionada com a sua procedimentalização; não está no conteúdo das normas de direito, mas nos procedimentos que fundamentam alguns de seus possíveis conteúdos”.⁵⁹⁹

Mas o que a Constituição tem a dizer sobre o processo jurisdicional democrático? Uma interpretação fiel a Ronald Dworkin aponta que se responda a essa pergunta mediante uma “leitura moral” do texto constitucional. A sugestão de Dworkin⁶⁰⁰ é a de que todos os operadores do direito interpretem os dispositivos constitucionais considerando que eles fazem referência a “princípios morais de decência e justiça”, isso como forma de inserir a “moralidade política no próprio âmago do direito constitucional”.

De acordo com Dworkin, não se trata de uma novidade, mas de algo que já acontece naturalmente. Na medida em que os juristas seguem (qualquer) uma estratégia coerente para interpretar a Constituição, já estarão – segundo ele – fazendo uso da leitura moral a respeito dos valores que julgam estar inseridos no texto constitucional.⁶⁰¹ Com essa chamada “leitura moral”, Dworkin apenas dá uma roupagem mais específica à postura interpretativa do Direito que pontua toda a sua obra. Para ele, no particular, trata-se de interpretar determinados dispositivos da Constituição norte-americana (sobretudo a *Bill of Rights*) como referências a princípios morais abstratos, que devem ser incorporados como limites aos poderes do Estado.

Em síntese, Dworkin sustenta que os princípios estabelecidos na Declaração de Direitos, tomados em conjunto, comprometem os Estados Unidos da América com os seguintes ideais jurídicos e políticos: o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo *status* moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar a

⁵⁹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 14-15.

⁶⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

⁶⁰¹ DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 3.

todas com a mesma consideração (*equal concern*); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins.⁶⁰²

É importante ter o seguinte aspecto bem presente: a teoria política de Dworkin está centrada na chamada “instituição dos direitos *contra* o Estado”, que tem no respeito à igualdade (decorrente da soma entre os ideais de dignidade humana e igualdade política) a sua pedra angular. Daí a frequente referência à garantia da igual consideração e respeito (*equal concern and respect*), sem a qual não há democracia.

A sugestão de leitura de dispositivos constitucionais como “referências a princípios morais”, a serem “incorporados como limites aos poderes do Estado”, tem repercussões importantes na *interpretação construtiva*⁶⁰³ do que a Constituição determina no campo da produção da decisão judicial. Parece correto afirmar que, a partir da teoria dworkiniana, as cláusulas constitucionais que pontuam o processo jurisdicional, como a do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório⁶⁰⁴ e da ampla defesa (art. 5º, LV), devem ser interpretadas de modo a conformar no processo uma *forma de controle da atividade*

⁶⁰² Percebem-se, pois, bons pontos de contato entre essas premissas e a estrutura da Constituição do Brasil, do que são indícios eloquentes (ainda que não exclusivamente) os dispositivos dos Títulos I (Dos Princípios Fundamentais) e II (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do texto constitucional. E, seja como for, não pode haver dúvida de que a democracia brasileira deve conviver com a necessidade de que o Estado tenha igual interesse por seus cidadãos, sendo que este aspecto, por si só, já serve de ponte entre o Direito que se pratica no Brasil e os aportes substantivos da teoria de Dworkin.

⁶⁰³ A postura interpretativa do direito proposta por Dworkin vem caracterizada, no contexto da sua obra, na figura da *interpretação construtiva* – uma espécie de mediação entre a tradição interpretativa à qual se adere e a sua atualização conforme a moral política da comunidade. Conferir, em especial: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶⁰⁴ *Especialmente*, o princípio do contraditório. O Judiciário – e aqui o alerta é de José Rogério Cruz e Tucci – não pode desprezar a concepção ditada pela doutrina contemporânea acerca da participação conjunta e recíproca, durante as sucessivas fases do procedimento, de todos os protagonistas do processo. As partes, assim, jamais podem ser surpreendidas por uma decisão alicerçada em um fundamento ainda não debatido durante a tramitação do processo. Nesse aspecto é que, para evitar qualquer espécie de “emboscada” aos litigantes, impõe-se ao juiz, por exemplo, o dever de comunicar às partes as vertentes que ele reputa relevantes para a formação da decisão. Cruz e Tucci, nesse aspecto, referenda as lições de Giuseppe Tarzia que, escrevendo sobre o artigo 111 da Constituição italiana e o “justo processo”, adverte sobre a paridade do tratamento dispensado às partes que pode ser violado em variadas circunstâncias, inclusive naquelas em que a decisão decorre de debate ou, pelo menos, da possibilidade de debate entre as partes. Em senso análogo, lembrará também o posicionamento de Nicolò Trocker, para quem é hoje pacífico que o contraditório não compreende apenas o mecanismo pelo qual se desenvolve a atividade dialeticamente contraposta entre os litigantes. Assim, segundo a perspectiva recepcionada pelas modernas codificações processuais, o contraditório abrange um complexo jogo de interações incluindo o juiz. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC**: Lei 10.352, de 26.12.2001; Lei 10.358, de 27.12.2001; Lei 10.444, de 07.05.2002. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 100-102. Por isso é que Nicolò Trocker, aqui seguido por Cruz e Tucci, dirá que o “núcleo essencial do contraditório não se exprime na exigência de uma paridade formal das partes no processo e tampouco postula a neutralidade do juiz. Na verdade, os interessados devem-se pôr em condições de influir ativamente no juízo”. Cf. TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 385-386. E isso fica evidente ao se entender que o provimento (decisão) é decorrência da atividade discursiva das partes. As manifestações do contraditório, portanto, ainda segundo Cruz e Tucci, além de operar entre as partes, convertem-se em poder-dever do juiz, que é responsável não apenas por fazer observar, mas de observar ele próprio esse princípio/direito fundamental.

judicial (e não um *instrumento* da atividade estatal). Convém lembrar que Dworkin sempre pensou em princípios como argumentos morais em favor de direitos, e, portanto, contrários à chamada *discricionabilidade judicial* (basta lembrar seu célebre debate com Hart).⁶⁰⁵ Congruentemente, também aqui os princípios têm o sentido de “limite”, de “controle” do poder estatal.

A par disso, qualquer proposta interpretativa de perfil dworkiniano sempre pré-compreende o compromisso fundamental assumido pelo Estado Democrático de Direito, qual seja, o de que tratará os cidadãos com igual consideração e respeito. Daí a afirmação de que a democracia é “uma parceria no autogoverno coletivo, na qual todos os cidadãos têm a oportunidade de serem ativos e parceiros iguais”.⁶⁰⁶ É que para Dworkin é inerente à noção de autogoverno (própria da democracia), uma concepção de “participação moral”, na qual se estabeleça um vínculo entre um indivíduo e um grupo pelo qual seja *justo* que o indivíduo seja responsável pelos atos do grupo.

Assim, “uma comunidade política não pode fazer de nenhum indivíduo um membro moral se não der a essa pessoa uma *participação* em qualquer decisão coletiva, um *interesse* nessa decisão e uma *independência* em relação à mesma decisão”⁶⁰⁷. De fato, não há democracia sem que se assegure *participação* (“o autogoverno só é possível dentro de uma comunidade que atenda às condições da participação moral”⁶⁰⁸). E, a construção da decisão judicial é uma questão de democracia. Isso nos autoriza a dizer: não haverá processo jurisdicional democrático sem que se assegure a *participação* dos interessados na obtenção do provimento.⁶⁰⁹

Todas as perspectivas acima referidas traduzem um ideal de democracia mais abrangente, podendo ser traduzidas como um novo paradigma processual para o caso do Brasil. A partir da entrada em vigor da Lei nº 13.105/15, prevista para março de 2016, o Novo Código de Processo Civil, ao menos abstratamente, propõe um sistema participativo/cooperativo, onde todos os sujeitos processuais assumem

⁶⁰⁵ Vide: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005a, p. 497.

⁶⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 37-38.

⁶⁰⁸ DWORKIN, Ronald. op. cit, p. 36.

⁶⁰⁹ Tenha-se bem presente que a *participação*, para Dworkin, tem um perfil não apenas formal, mas *material*, defluente da cláusula da igualdade; assim, os direitos de “participar no processo político são igualmente valiosos para duas pessoas apenas se esses direitos tornam provável que cada um receba igual respeito, e os interesses de cada um receberão igual atenção não apenas na escolha de funcionários políticos, mas nas decisões que esses funcionários tomam”. Cf. DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 91.

responsabilidades⁶¹⁰ e há a possibilidade de interlocução ativa (arts. 3º, §2º, §3º, 165 e 167), ampliando-se o contraditório (art. 10) e exigindo-se fundamentação analítica (*cuidado*) das decisões⁶¹¹ (art. 489).

4.5.4 Justiça para Ouriços (*Justice for Hedgehogs*)⁶¹²

O compromisso ético de Dworkin fica mais explícito na abordagem metafórica que faz da raposa em relação ao ouriço. Já se explicitou sobre o compromisso moral do jusfilósofo norte-americano, preocupado com a democracia (substancial), assim como a sua defesa em ratificar esse compromisso democrático a partir das premissas da coerência e da integridade. Entretanto, em *Justiça para Ouriços* persegue, na mesma linha responsável e ética, o que denominou de *unidade de valor*.

Veja-se que é bastante fácil especular a respeito de definições de valores políticos, tais como liberdade e igualdade ou democracia e justiça, como se eles fatalmente caminhassem em direção ao acirramento de um conflito entre eles. Nesse aspecto, concentra-se a ideia central a respeito da *unidade de valor*. Dworkin⁶¹³ sugere que as definições de conflito entre valores políticos não sejam aceitas, principalmente porque, segundo ele, a condição necessária para se chegar à verdade, passa pela unificação da perspectiva moral representada pelos próprios valores políticos.

⁶¹⁰ Cooperação não deve ser vista como mera colaboração, mas como corolário do contraditório, isto é, garantia de influência e em respeito ao princípio da não-surpresa. A decisão, portanto, é correta, não porque é justa, mas porque há um ambiente procedimental que possibilita que cada uma das partes possa contribuir para a solução da lide.

⁶¹¹ Responsabilidade da prestação jurisdicional. (In)coerência de posicionamentos alheios ao caso concreto e à utilização de precedentes sem responsabilidade. Fortalecimento da integridade das decisões a partir da proibição da utilização mecânica de precedentes (Novo CPC, arts. 932, incs. III e IV, 926 e 1.036 – *commomlização* do Processo Civil). Cf. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 de fev. de 2016.

⁶¹² “Este livro defende uma grande antiga tese filosófica: a unidade do valor. Não se trata de uma defesa dos direitos dos animais ou de um apelo ao castigo dos gestores gananciosos de fundos. O seu título remete para uma frase de um antigo poeta grego, Arquíloco, tornada célebre por Isaiah Berlin. A raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma coisa muito importante. O valor é uma coisa muito importante”. Cf. DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 13.

⁶¹³ “Afirimo que, na moralidade política, a integração é uma condição necessária da verdade. Só conservaremos concessões finalmente convincentes dos nossos vários valores políticos se as nossas concessões *realmente* se ajustarem. É a raposa que triunfa demasiado facilmente: é a sua vitória aparente, agora largamente celebrada, que não tem valor. Cf. DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 17.

A integração dos valores políticos como uma unidade de valor, pensada por Dworkin, também é verificada na pesquisa de Motta,⁶¹⁴ merecendo transcrição:

É dessa ambiciosa empreitada que trata a *tese da unidade do valor*, na visão apresentada por Dworkin. E o ponto de partida não poderia ser mais generalizante: o autor não se limita a tratar de valores e conceitos políticos e jurídicos. Avançando para um campo bem mais familiar à filosofia moral do que ao direito, o autor norte-americano começa seu *Justice for Hedgehogs* afirmando que as verdades a respeito das noções de *bem viver*, de *ser bom*, ou do que *é maravilhoso*, são não só coerentes, mas também se apoiam reciprocamente. Isto é, o que pensamos a respeito de qualquer uma dessas coisas pode aparecer como um argumento decisivo em qualquer discussão sobre as demais. Há harmonia e não conflito. Seguindo essa linha, Dworkin visa a ilustrar a unidade entre os valores *morais* e *éticos*: descreve uma teoria sobre o que é *viver bem* (Ética) e sobre aquilo que, se quisermos *viver bem*, nós devemos fazer e deixar de fazer pelos outros (Moral). A ideia central, como se vê, é a de que os valores morais e éticos dependem uns dos outros. E para defender esse argumento, Dworkin parte do ponto de que a responsabilidade intelectual a respeito do valor é, em si, um valor importante, o que o leva a discutir temas tão (aparentemente) diversos como a metafísica do valor, o caráter da verdade, a natureza da interpretação, as condições genuínas de acordo e discordância, o fenômeno da responsabilidade moral, o problema do livre-arbítrio e mais outros tantos assuntos que dizem respeito às teorias ética, moral e jurídica.

Dworkin⁶¹⁵ não ignora que a ideia de conflito entre valores políticos decorre da própria dinâmica interpretativa com que se compartilham os conceitos, assim como são partilhadas práticas sociais e experiências que determinam, por vezes, os próprios conceitos. Entretanto, é possível superar esse nível interpretativo com a própria integração dos conceitos, sustentando que:

A defesa de uma concessão particular de um valor político como a igualdade ou a liberdade deve assentar em valores que estão para além dele próprio: seria flacidamente circular recorrer à liberdade para defender uma concessão de liberdade. Portanto, os conceitos *devem* estar integrados uns nos outros.

Nesse ponto, antecipa-se a noção de que a hermenêutica filosófica de Gadamer contribui fortemente para se compreender as principais ideias de Dworkin, principalmente em relação à interpretação. É notório que ao fenômeno interpretativo acorram um sem

⁶¹⁴ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014, p. 25, grifo do autor.

⁶¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 19.

número de posicionamentos e a partir disso, que não é de hoje, o problema interpretativo relacionado à discricionariedade. Nesse aspecto, tanto Dworkin como Gadamer, concordam que o sentido das coisas (valor) não deve decorrer da vontade exclusiva do intérprete, o qual não possui autoridade/legitimidade (moral) para “distribuir” significados. Daí a preocupação gadameriana com a *autoridade da tradição*, que em alguma medida possui pontos de toque com a ideia do *romance em cadeia* de Dworkin, simplesmente porque se identifica nitidamente uma mesma preocupação: os efeitos colaterais da subjetividade.

Como já defendido ao longo dessa tese, o *como* interpretativo é condição de possibilidade para se falar em verdade. O mesmo entendimento pode ser observado no tópico *verdade e valor*, presente no capítulo primeiro, de *Justice for Hedgehogs*. Dworkin⁶¹⁶ alinhava o entendimento que

A moralidade política depende da interpretação e que a interpretação depende do valor. Parece absurdo para muitos grandes filósofos – e, para muitas pessoas – supor que existem valores ‘por aí’, no universo, à espera de serem descobertos por seres humanos que têm alguma faculdade misteriosa de apreensão do valor.

Como um círculo, os problemas identificados na Filosofia, ao longo desse trabalho, se desdobram com Dworkin em relação ao problema da indeterminação interpretativa decorrente da subjetividade conceitual. A objetividade conceitual é determinante para o êxito interpretativo, principalmente quando se está diante da política e não da vida privada. No ponto, Dworkin⁶¹⁷ diz que “A política é coercitiva: só podemos estar à altura da nossa responsabilidade como governantes ou como cidadãos se supusermos que os princípios morais, e outros em nome dos quais agimos ou votamos, são objetivamente verdadeiros”.

Os valores morais não decorrem da vontade adjudicadora, mas possuem independência na medida em que a sua unidade é suficiente para mantê-los interligados e apoiando-se mutuamente.⁶¹⁸ Não há como se trabalhar com uma unidade de valor sem que se acredite na verdade. Ela existe e tem relação concreta e objetiva com o mundo das

⁶¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 19.

⁶¹⁷ DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 21.

⁶¹⁸ “Suponha-se que os valores estão realmente ‘por aí’, à espera de serem descobertos; suponhamos que são, à sua própria maneira, tão brutos como gases e pedras. Não haveria razão para pensar que esses valores brutos estão sempre muito bem interligados na forma mutuamente adequada que os ouriços imaginam. Pelo contrário, seria mais plausível que os valores entrassem em conflito entre si – tal como parecem realmente fazer, por exemplo, quando é um ato de bondade mentir a alguém ou quando a polícia só pode salvar algumas pessoas de uma morte terrível torturando outras pessoas.” Cf. DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 22.

peessoas.⁶¹⁹ Portanto, a verdade não é estranha ao domínio da moral, sendo imprescindível que se façam juízos morais objetivos. O Direito é um conceito interpretativo e, no domínio da interpretação, são as ideias de *responsabilidade* e de *valor* que aproximam o argumento da verdade.

O desacordo interpretativo, como já referido, é algo inerente à própria natureza humana, reconhece Dworkin. Entretanto, impõe-se que se tenha bem definido quais os critérios objetivos mínimos que se encontram em jogo. A preservação e o cuidado com tais elementos expressam um agir responsável, trazem estabilidade (coerência) e legitimam toda e qualquer decisão.

Ronald Dworkin⁶²⁰ trata a teoria da responsabilidade moral como *epistemologia da moral* (teoria moral substantiva). Ao lançar-se a uma prática interpretativa (um gênero interpretativo), atribui-se a esta um propósito e assume-se a responsabilidade de promover aquele valor. Como adverte:

Apesar de não podermos esperar o acordo de nossos concidadãos, podemos, porém, pedir-lhes responsabilidade. Portanto, temos de desenvolver uma teoria da responsabilidade que tenha força suficiente para poder dizer às pessoas: ‘Não concordo consigo, mas reconheço a integridade do seu argumento. Reconheço a sua responsabilidade moral.

De acordo com a leitura moral, as decisões jurídicas devem ser geradas por princípios. A interpretação construtiva da Constituição leva à tese de que uma decisão jurídica e democraticamente correta deve ter a sua legitimidade confirmada de dois modos: por um lado, deve ser produto de um procedimento constitucionalmente adequado, por meio do qual se garanta, aos interessados, aquilo que Dworkin chama de participação moral; por outro, a decisão deve estar fundamentada numa interpretação que, dirigida à integridade, honre a responsabilidade enquanto virtude. A isso demos o nome de dupla dimensão da resposta correta.

A extensão da responsabilidade pelas ações das pessoas passa pela dimensão ética e moral. As várias responsabilidades e obrigações para com os outros decorrem de uma

⁶¹⁹ “Os juízos de valor são verdadeiros, quando são verdadeiros, não em virtude de alguma correspondência, mas sim face à defesa substantiva que deles pode ser feita. O domínio moral é o domínio do argumento, e não do facto bruto e material. Por conseguinte, não é implausível – bem pelo contrário – supor que não existem conflitos, mas apenas apoio mútuo nesse domínio. Ou, o que significa o mesmo, que todos os conflitos que consideramos insolúveis mostram não falta de unidade, mas uma unidade de valor fundamental, que produz esses conflitos como resultados substantivos.” DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 23.

⁶²⁰ DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 24.

responsabilidade pessoal pela sua própria vida. A dignidade e o respeito, por exemplo, são condições indispensáveis para se viver bem. Portanto, a premissa primeira está em tomar uma decisão ética para si próprio. Num segundo momento, mas não menos importante, vem a dimensão moral, que compreende, como afirma Dworkin,⁶²¹ o imperativo categórico kantiano: “baseio-me principalmente na tese de Immanuel Kant segundo a qual só podemos respeitar adequadamente a nossa própria humanidade se respeitarmos a humanidade nos outros”.

Dessa forma, também no aspecto ético-moral de Dworkin é possível verificar uma integridade na perspectiva de responsabilidade pessoal com um ideal de vida digna e com respeito (ideal de vida boa), aliado a uma concepção responsável e preocupada com a sorte dos outros, ou seja, somente se estará agindo por princípio moral dispensando às outras pessoas o mesmo tratamento que se espera receber.⁶²²

A ideia de valor pensada por Dworkin se afina em grande medida com a ideia de sentido das coisas pensada por Heidegger. Ambos reconhecem que o valor e o sentido não podem ser “adjudicados” de maneira a contentar a vontade ou os interesses de alguém, simplesmente porque a discricionariedade não é bem-vinda, tanto para a filosofia existencial, como para a própria concepção democrática de uma teoria da decisão (Dworkin), como se verifica:

Não se percebe por que razão os defensores da autenticidade estavam tão ansiosos por rejeitar a inteligibilidade do valor objetivo; por que razão apresentavam a autenticidade como um substituto dos valores objetivos, que eles afirmavam serem apenas mitos. Insistiam que só as explicações naturalistas são competentes para explicar por que razão as pessoas aderem às convicções que têm, e reconheciam que nenhuma explicação desse tipo poderia também justificar essas convicções. Por conseguinte, rejeitavam todo o valor objetivo. Mas não podiam negar a fenomenologia inevitável do valor nas vidas das pessoas. Por isso, declaravam que somos nós – seres

⁶²¹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 26.

⁶²² “Dworkin entende que as lições de Kant a respeito da dignidade humana são ainda mais persuasivas, portanto, quando entendidas como afirmações interpretativas que ligam Moral e Ética. Com o objetivo de localizar a moralidade na Ética, Dworkin reformula os princípios éticos que apresenta (respeito próprio e autenticidade) da seguinte maneira: por um lado, o homem deve tratar a si próprio como um fim em si mesmo e, por conta disso, deve tratar os demais da mesma maneira (como fins em si mesmos). Deve, pois, respeitar a sua própria humanidade respeitando a humanidade dos outros. Por outro, deve tomar a liberdade, igualmente, como um fim em si mesmo. O homem deve endossar os valores que estruturam sua vida. Esse é, em definitivo, o conceito de autonomia que Dworkin desdobra da filosofia kantiana e, à sua maneira, endossa. Segundo o autor norte-americano, Kant não concebia a autonomia como uma liberdade para perseguir quaisquer inclinações que possamos ter, mas, isso sim, como liberdade dessas inclinações. Nós somos autônomos quando observamos a lei moral e não um objetivo em particular.” Cf. MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014, p. 45-46.

humanos que desejam valor – quem cria esse valor para nós próprios, por atos de vontade e deliberação. Esta estratégia falha porque não justifica a fenomenologia que a inspira. Criamos as nossas vidas, mas fazemos isso visando o valor e não tentando inventá-lo. De outro modo, a luta pela autenticidade que esses filósofos enaltecem seria estéril ou inútil. Não conseguimos evitar, na forma como pensamos, a ideia de que o valor existe independentemente da nossa vontade ou da nossa deliberação.⁶²³

Assim, falar em autenticidade, enganosamente pensada como um rompimento com a tradição, pressupõe o compromisso de reconhecimento com o *estado de coisas*. Considerar o contexto de significação que impele todos a seguirem em frente, sem possibilidade de eventual retrocesso, isto é, o fenômeno capaz de impulsionar e reconhecer as coisas com um grau suficiente de objetividade. Como menciona Dworkin,⁶²⁴ “As pessoas não podem inventar estilos de vida completamente novos: vivemos todos numa cultura ética que fornece sempre a paleta de valores éticos reconhecíveis a partir da qual se podem extrair possibilidades”.

O compromisso de que Dworkin⁶²⁵ trata em relação à autenticidade, assim como quando aborda em relação à responsabilidade, contém a exigência de assumir com *dignidade*⁶²⁶ tudo aquilo que se faz, pois isso, segundo ele, não decorre de um gosto ou vontade, mas de uma virtude necessária, dizendo que

Devemos procurar os valores certos para as nossas vidas, a narrativa certa e não apenas qualquer narrativa. De outro modo, seríamos eticamente livres de escolher qualquer vida desde que o princípio dessa vida fosse coerente, uma vida de indolência total e absoluta, por exemplo.

Embora Dworkin faça a distinção entre ética (como viver bem) e moral (como devemos tratar as outras pessoas), não é demais lembrar que, na verdade, ele possui uma preocupação central de integrá-las (o que denominou de *Ética da dignidade*). Não apenas a

⁶²³ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 221-222.

⁶²⁴ DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 219.

⁶²⁵ DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 221.

⁶²⁶ Dworkin, ao explorar as dimensões de dignidade humana, chega a um ponto de integração entre valores morais e responsabilidade ética. A dignidade pressupõe respeito próprio e autenticidade. Chega-se ao conteúdo da moralidade a partir da dignidade. Nesse sentido, a dignidade exige ser responsável pelas próprias ações. Como assevera Dworkin: “Só posso tratar um ato como meu, como decorrente da minha personalidade e do meu caráter, se me considerar por ele responsável em termos de juízo. As pessoas que culpam os pais, as outras pessoas ou a sociedade em geral pelos seus próprio erros, ou que recorrem a alguma forma de determinismo genético para se absolverem de alguma responsabilidade pelas suas ações, têm falta de dignidade, uma vez que a dignidade exige ser responsável por aquilo que se faz. A expressão ‘A responsabilidade é minha’ é um exemplo importante de sabedoria ética.” Cf. DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 218.

incorporação de uma na outra, mas uma integração mutuamente sustentável, em que a ideia de viver bem possa ajudar a perceber quais são as responsabilidades morais das pessoas, assim como por que razão elas devam ser boas.

Como refere Francisco Motta,⁶²⁷ Dworkin faz a unificação da moral e da ética a partir da filosofia moral kantiana, dizendo

É nisso que se fia Dworkin para formular o que chamou de *Kant's principle* (o princípio de Kant): uma pessoa pode atingir a dignidade e o autorrespeito que são indispensáveis para uma vida de sucesso *apenas se* demonstrar respeito pela humanidade em si mesma, em todas as suas formas. Esse é, finalmente, o seu modelo para a unificação entre ética e moralidade.

Assim, para Dworkin, a concepção de *dignidade humana* é alcançada na medida em que são harmonizados dois princípios: respeito próprio e autenticidade. Daí a integração prometida: chega-se ao conteúdo da moralidade a partir da dignidade. A ação será equivocada caso comprometa a dignidade dos outros.

Não há dúvida, portanto, da dimensão moral da obra de Dworkin e a sua correlação com o Direito. E, para o autor, a resposta sobre a pergunta *Por que ser moral?* está na integração entre moralidade e ética – mais especificamente, com a ética da *dignidade*. Segundo sua visão, os homens são atraídos à moralidade da mesma forma como são atraídos às dimensões do respeito próprio. No ponto, comenta Francisco Motta⁶²⁸

Dworkin entende que as lições de Kant a respeito da dignidade humana são ainda mais persuasivas, portanto, quando entendidas como afirmações interpretativas que ligam Moral e Ética. Com o objetivo de localizar a moralidade na Ética, Dworkin reformula os princípios éticos que apresenta (respeito próprio e autenticidade) da seguinte maneira: por um lado, o homem deve tratar a si próprio como um fim em si mesmo e, por conta disso, deve tratar os demais da mesma maneira (como fins em si mesmos). Deve, pois, respeitar a sua própria humanidade respeitando a humanidade dos outros. Por outro, deve tomar a liberdade, igualmente, como um fim em si mesmo. O homem deve endossar os valores que estruturam sua vida.

Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin apresenta a relação entre Direito e moral. O Direito é concebido como um *ramo* da moralidade política; a moralidade política, como um

⁶²⁷ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014, p. 50, grifo do autor.

⁶²⁸ MOTTA, Francisco José Borges. op. cit., p. 46.

ramo de uma moralidade pessoal mais abrangente; e esta, por sua vez, seria um ramo de uma teoria ainda mais compreensiva do que seja *viver bem*. A isso o autor norte-americano deu o nome de *tree structure* (estrutura de árvore).

A distinção, portanto, entre o que se denomina de *interpretativismo dworkiniano* (visão unitária do direito co-originário da moral) e o positivismo, está exatamente na posição neutra defendida pelo positivismo jurídico que sustenta uma independência completa entre Direito e moral, sustentando que tal independência é necessária para manter a autonomia do Direito.

Neste aspecto, Francisco Motta⁶²⁹ apresenta argumentos que infirmam a teoria interpretativista como aquela que melhor compreende a ideia democrática de direito:

Temos que o interpretativismo fornece as bases para uma decisão jurídica democraticamente consistente, ao considerar, como fonte normativa, os princípios que forneçam a melhor justificativa moral das regras positivadas. Isso porque a legitimidade do Direito *deve ser confirmada em princípios* (igualdade e autogoverno, estes defluentes dos princípios da dignidade humana). Não se encontra esta preocupação nas versões do positivismo jurídico que trabalhem com a chamada *teoria das fontes* (vale como direito aquilo que passe pelo filtro regra de reconhecimento; trata-se, pois, de uma questão de fato e de aceitação, de prática e de costume, não de conteúdo). Nestas, pode-se facilmente confundir validade com eficácia. De resto, concorda-se com Dworkin quando este afirma que *positivismo inclusivo* (que aceita a inclusão de alguns critérios morais de juridicidade) *é positivismo nenhum*. Com relação à segunda questão, a resposta pode ser obtida com o auxílio de Habermas. Ao conceber o Direito como uma subdivisão da moralidade política, Dworkin não deixa de delimitar as especificidades do sistema jurídico, justamente, a partir da *institucionalização*; para Habermas, semelhantemente, é a *positividade* do Direito que demarca a obrigação jurídica da obrigação moral. Entenda-se: tanto para Habermas quanto para Dworkin o componente moral da obrigação jurídica é o que garante a sua legitimidade; mas esta é uma condição *necessária* (e não suficiente), na medida em que se devem como diz Jeremy Waldron, de eventos do passado ligados à institucionalização/positividade.

Acertadamente, Dworkin concebe a interpretação como um fenômeno social. E isso só é possível porque há práticas ou tradições interpretativas passíveis de serem compartilhadas, as quais admitem diversos gêneros interpretativos, cada uma delas buscando um tipo determinado de *verdade*. Portanto, quando intencionalmente se lança a uma prática interpretativa, aceita-se a *responsabilidade* de promover um determinado *valor*.

⁶²⁹ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014, p. 274-273, grifo do autor.

Isto é: quando algo é interpretado, também se está interpretando a própria prática interpretativa em que se está inserido (a interpretação é interpretativa *all the way down*).

Ao contrário do que se possa pensar, Dworkin não propõe a chamada *estratégia do valor* com o intuito de fornecer uma descrição psicológica de como pensam os intérpretes. Principalmente porque ao longo de todo esse trabalho, reuniram-se concepções filosóficas voltadas para o combate ao psicologismo. Sua ideia está voltada para a *reconstrução*, mediante a qual se expõem as premissas submersas (*o não dito*) que sustenta as propostas de interpretação. É perceptível, aqui, uma forte imbricação das teses dworkinianas a respeito da interpretação com o apoio da Hermenêutica Filosófica (Gadamer).

Quando o intérprete é levado a explicitar suas premissas de forma racional (ou seja, quando provoca seus pré-juízos), ele certamente terá de buscar argumentos e convicções que não tinha de antemão; tais reformulações reconduzem ao *círculo hermenêutico*,⁶³⁰ isto é, prática interpretativa que visa à verdade⁶³¹ voltada para o todo a partir de suas partes e das partes voltadas para o todo.

No ponto, merece transcrição as palavras do próprio Gadamer⁶³²

A reflexão hermenêutica de Heidegger tem o seu ponto alto não no fato de demonstrar que aqui preza um círculo, mas que este círculo tem um sentido ontológico positivo. A descrição como tal será evidente para qualquer intérprete que saiba o que faz. Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de instituições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas mesmas’ (que para os filólogos são textos com sentido, que tratam, por sua vez, de coisas). Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão ‘heróica’, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente ‘a tarefa primeira’, constante e última’. Pois o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das idéias que lhe

⁶³⁰ “O método de Schleimacher era sensivelmente distinto de todos aqueles previstos pela tradição anterior. Era um *método circular*, através do qual o intérprete se movimentaria do todo para a parte e da parte para o todo, de modo a apurar sua compreensão a cada movimentação efetuada. Ao final deste procedimento, que Schleimacher denominou de *Círculo Hermenêutico* o sentido original estaria preservado e a compreensão encontraria nele aquilo que o próprio autor imprimiu.” Cf. OLIVEIRA, Rafael, Tomaz. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 147, grifo do autor.

⁶³¹ “A *experiência hermenêutica é a revelação da verdade*. Hoje o intérprete não pode perceber a natureza do que aqui se entende por – revelação da verdade, sem que haja uma nova fundamentação da objectividade nem uma nova definição de verdade. A verdade não pode ser entendida como correspondência de um juízo com um *facto*; a verdade é a emergência dinâmica do ser à luz da sua manifestação. A verdade nunca é total nem totalmente destituída de ambiguidade; a emergência no sentido da *desocultação*, é sobretudo a ocultação simultânea da verdade em toda a sua plenitude inesgotável.” Cf. PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Rio de Janeiro: Edições 70, 2011, p. 246, grifo do autor.

⁶³² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 355-356.

ocorrem. Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.

Gadamer critica duramente o projeto da modernidade calcado na autoridade da razão, onde o método seria suficiente para dar conta de todas as respostas. A preocupação demonstrada por Gadamer, assim como pelo próprio Dworkin, é de caráter ético-moral na medida em que *pre-ocupa-se* com o rumo interpretativo das coisas.

Negar a *Aufklärung* e apostar tão-somente na tradição também não é seguir o rumo certo. Como sugere Motta,⁶³³

O adequado é conjugá-las. Leciona Silva Filho⁶³⁴ que o que está em questão no nosso comportamento diante do passado é como ele nos condiciona (o estarmos dentro de uma tradição), e não o estarmos dele distantes; interessa o fato de sermos, em nossa atividade compreensiva, interpelados pela tradição.

Portanto, a tradição deve ser encarada de uma forma racional, isto é, considerada como um fenômeno que integra o processo interpretativo, sem jamais duvidar da sua *autoridade*, no sentido gadameriano, como bem registra Dworkin⁶³⁵ ao trabalhar os conceitos de interpretação, dizendo

Não nego o que é óbvio, isto é, que os intérpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa à qual não podem escapar totalmente. A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes [...]. Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas.

Por fim, impõe-se analisar algumas situações concretas, tratadas com o nome de *cases*, de modo a ser possível verificar alguns pontos defendidos nesse trabalho.

⁶³³ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 96-97.

⁶³⁴ Cf. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **O anjo da história e a memória das vítimas**: o caso da ditadura militar no Brasil. Justiça e Memória. Para uma crítica ética da violência. Org. Carlos M. Bartolomé Ruiz. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

⁶³⁵ DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 74-75.

Principalmente, que o Direito vem estruturado a partir de princípios, cuja amplitude somente será verificada no caso concreto, considerando-se que as regras jurídicas são indícios formais e inexistente um catálogo taxativo deles. O que há são valores institucionalizados, espécie de parametrização moral ou justiça política, que atuaram de modo a manter a coerência e a integridade, levando os direitos a sério.

5 CONCLUSÕES

À luz do que foi exposto, principalmente diante do problema interpretativo que há no Direito (problema), assim como da necessidade de caracterização do Direito como indício formal e da impossibilidade de sua aplicação dissociada da perspectiva moral (hipóteses), é possível definir algumas conclusões que deixam claro os pressupostos metodológicos que sustentam a reflexões deste trabalho, senão vejamos:

Em tempos de crise no Direito, impõe-se estreitar com ele a relação da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger. Utilizou-se o método dos indícios formais, como método filosófico suficiente para reaproximar a interpretação jurídica da fenomenologia da faticidade, isto é, da aplicação do Direito do caso concreto.

Os indícios formais foram pensados na Filosofia, em um momento de profundas divergências a respeito da importância da experiência e da realidade fática para o contexto interpretativo, principalmente após o grande espaço que as teorias subjetivistas acabaram conquistando no início do século XX, período pós-primeira grande guerra.

A transposição da Filosofia para o Direito no Brasil não deve ser considerada como novidade, pois juristas de nomeada já realizaram essa tarefa com muito êxito. De qualquer modo, o enfoque não visa unicamente identificar o caráter *proibitivo-referencial* do Direito, reclassificando-o como indicação de algo (ainda não exaurido, pois dependente do caso concreto para tanto), mas passa, também, pela análise da prática interpretativa do Direito como uma atitude de natureza moral.

A preocupação central que assola a comunidade jurídica está em reafirmar a conquista de direitos e principalmente confirmar o avanço da era das Constituições. A defesa da democracia, portanto, se constitui como um ideal a ser perseguido de maneira intensa, com o intuito de evitar que a atuação do poder pelo Estado possa comprometer o processo contínuo de democratização. Tal preocupação não é nova e se apresenta bem evidente nos modelos de Controle de Constitucionalidade, caudatários de uma nítida preocupação com a democracia e com o abuso do poder estatal.

A NCD (Nova Crítica do Direito), de Lenio Streck, demonstra-se suficiente para produzir a ruptura necessária com o *locus* interpretativo da tradição jurídica brasileira e o seu *modus operandi*, mais especificadamente relacionado com o senso comum dos juristas e com a convivência acrítica do que se denomina de *discricionariedade/protagonismo judicial*.

O método dos indícios formais, portanto, se desenvolve como contraveneno para combater a representação metafísica da modernidade, sendo utilizado pelos caminhos da filosofia hermenêutica no Direito. Impõe-se reafirmar uma postura crítica capaz de suplantar teorias analíticas e adjudicadoras de sentido, intensamente prejudiciais à democracia, na medida em que, de modo impositivo e autoritário, desconsideram a *linguagem* (Gadamer) como condição de possibilidade para desvelar o sentido das coisas.

Heidegger preocupou-se com o problema decorrente da interpretação dissociada da faticidade, daí a importância do estudo de um método fenomenológico capaz de resgatar o mundo vivido: O método das indicações formais. Concomitantemente a isto, e com um caráter complementar, é sabido que a formação do sentido interpretativo das coisas não é uma tarefa individual e nem se compadece com arbítrio. Ao contrário, deve se dar no entrelaçamento da tradição com a visão daquilo que se apresenta no caso concreto, respeitando a intersubjetividade e a complexidade que caracterizam o mundo.

Para além disso, há um sentido moral que provém da natureza das pessoas (existencial) e que constitui o âmago das instituições e da própria sociedade, algo que transcende qualquer racionalidade, pois, pela linguagem, exsurge como co-originário à vida humana e, conseqüentemente, ao Direito.

Daí a importância da abordagem dos indícios formais como parâmetro filosófico-interpretativo à aplicação do Direito. Se há um problema semântico (fundamento) na aplicação da regra jurídica, impõe-se sua definição como indicação de algo, isto é, sem o *conteúdo* exaurido. Indicar significa dar uma direção mínima sem, contudo, definir qual o sentido prévio de algo, o qual somente será possível na aplicação, dando-se ênfase ao caso concreto como o lugar de ocorrência da complexidade da vida.

O desenvolvimento do método fenomenológico heideggeriano, calcado na experiência da vida fática, valoriza o cotidiano e o mundo vivido (faticidade), pano de fundo para qualquer processo interpretativo verdadeiro e comprometidos com ideais democráticos (igualdade e liberdade).

A presença da Filosofia ganha importância ímpar na abordagem crítica do Direito. Sua gênese está ligada à existência e à reflexão, isto é, decorre do próprio viver no cotidiano (situação histórica) e não se coaduna com posturas arbitrárias ou previamente delimitadas. A Filosofia não se constitui como uma disciplina inventada para ser introduzida nesse ou naquele ramo do conhecimento como adorno.

O indício formal apresenta-se, como referido, em seu caráter *proibitivo-referencial*, fundamental para evitar que o pensamento humano caia na velha armadilha do infinitismo,

tentativa vil de afastar uma complexidade que é inerente à própria natureza das coisas, criando de forma artificial axiomas que obnubilam qualquer processo interpretativo.

Daí a importância da valorização do cotidiano. A hermenêutica da faticidade possui um claro *locus* interpretativo calcado no acesso à vida fática, que também pode ser descrito como uma aproximação direta aos fenômenos da vida, ou seja, permitindo a desvinculação necessária naquilo que é dado ou está posto. Nesse aspecto, integra-se a valorização da singularidade que é inerente e se manifesta em cada situação concreta, assim como se considera os componentes históricos que integram a formação do sentido das coisas.

Utilizando-se da contribuição do referencial teórico da hermenêutica filosófica (Hans-Georg Gadamer), da filosofia hermenêutica (Martin Heidegger) e da ideia do Direito como Integridade (Ronald Dworkin), esse trabalho se direciona a identificar, a partir da noção de co-originariedade entre Direito e moral, a presença da ética do *cuidado* no processo de ressignificação de conceitos jurídicos, principalmente porque devem produzir justiça a partir de um ambiente cada vez mais democrático e com prestação jurisdicional adequada à uma Teoria da Decisão (Dworkin-Streck).

Afirmar que o Direito deve se conformar ao método dos indícios formais significa dizer que, não só leis, regras e demais institutos normativos, que se encontram pairando de forma estática sob a órbita jurídica de uma comunidade, são indicativos de algo, mas, também, a própria normatização do Direito, decorrente da aplicação jurídica feita pelos tribunais, se conforma na sua natureza meramente indicativa.

Não há como conceber qualquer forma de definição (jurídica), independentemente de sua formação, que não seja uma mera indicação de sentido, repita-se: indicação. Indicar não quer dizer determinar, ao contrário, significa dizer que o mundo se encontra em um contínuo fluxo temporal, e o pano de fundo interpretativo será sempre o caso concreto, também denominado de faticidade.

Tratar situações análogas como idênticas não se apresenta como a melhor forma de lidar com a interpretação jurídica. Assim como inexiste uma pessoa igual à outra, pela simples razão que a vida é única e singular; os processos judiciais se apresentam como invólucros, contendo em seu interior situações concretas que diferenciam pela própria singularidade das pessoas.

A *commomlização* do Direito traz a sua contribuição necessária em tempos de constitucionalização do processo, contemplando princípios que devem ser respeitados sob pena de comprometer os conceitos de prestação jurisdicional e distribuição de justiça com

equidade (integridade e coerência). Entretanto, por mais avançada que uma comunidade jurídica esteja em relação ao sistema de precedentes, jamais se eximirá de respeitar o direito próprio do jurisdicionado em ver a sua singularidade respeitada. Nesse aspecto, andou bem o legislador pátrio ao introduzir no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) o artigo 489, §1º.⁶³⁶

Portanto, a transposição do *método das indicações formais*⁶³⁷ para o Direito constitui a filosofia hermenêutica como condição de possibilidade para construir pontes entre a Filosofia e o Direito, isto é, dando condições para que o Direito possa transcender sobre a sua própria objetividade.

Os indícios formais, assim, relacionam-se à análise do próprio método fenomenológico descrito por Heidegger, em especial em *Ser e Tempo*. Os indícios filosóficos não têm a pretensão de representar provas universais e necessárias de uma categoria, de um existencial próprio do *Dasein*. São encontrados no desvelar e encobrir próprios do método hermenêutico de Heidegger e de sua concepção de verdade. Tais indícios filosóficos são indícios formais de como o *Dasein* opera. São questões relativas à organicidade, às ciências neurológicas, à psicologia empírica, que são ciências que trabalham diretamente com o “objeto ser humano” e que podem ser redirecionadas segundo o modelo dos indícios formais da fenomenologia.

Para Heidegger a consciência não consiste no fundamento absoluto da realidade, principalmente no momento em que aposta na faticidade e critica a tentativa de fundamentação teórico-cognitiva da realidade. Tudo, então, passa a poder ser visto, num plano transcendental, a partir da constituição existencial do *Dasein*.

⁶³⁶ Art. 489 São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Cf. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 de fev. de 2016.

⁶³⁷ O método dos indícios formais se constitui como um instrumento filosófico suficiente para recolocar a faticidade no centro interpretativo, ou seja, livrar o processo interpretativo das amarras da subjetividade e da consciência. Para tanto, dirá que um conceito, na verdade, não carrega todo a sua carga de significabilidade, pois apenas indicia para algo ou para uma direção. Portanto, o conceito somente irá exaurir a sua potencialidade de significação na *applicatio*.

O método dos indícios formais não é, assim, apenas uma teoria, mas muito mais uma realização de vida na travessia do tempo, a indicação formal é investimento passivo que se desdobra numa postura de escuta, sem, contudo, desconsiderar o modo de ver teórico anterior, mas precisamente o conserva como exemplo de elucidação do caráter existencial do que foi, do que é e do que será. A antecipação de sentido e a posição prévia têm relevância única na fixação de sentido do método das indicações formais, pois é a partir delas é que se possibilita criar uma perspectiva a respeito de um âmbito determinado, de uma visão de mundo.

Nesse sentido, pensar o Direito com a perspectiva do *cuidado*, isto é, incorporando ao contexto legislativo uma ética da responsabilidade, onde o conceito de justiça e a própria democracia passam a ser uma exigência indispensável, pode ser traduzida como a dimensão moral do Direito. Isso pode ser exemplificado com a mudança de paradigma verificada no Novo Código de Processo Civil, nitidamente preocupado com a superação de série de problemas ligados à concepção demasiadamente formalista⁶³⁸ do Código de Processo Civil de Buzaid.

Na verdade, a superação da dimensão procedimental do processo como um fim em si mesmo não significa a negação do formal, principalmente porque não há mérito (substância) se não houver o procedimento. Entretanto, valorizar a dimensão substancial buscando *a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*⁶³⁹ significa implantar uma postura ético-moral no direito, já que a prestação jurisdicional não deve se distanciar da democracia e da justiça como valores previstos na Constituição, isto é, prestada em tempo razoável, com imparcialidade e aplicada de modo integral e irrestrito.

A relação de complementariedade entre Direito e moral é uma constatação lógica que passa a vigorar na medida em que se superou o positivismo exegético. A defesa da intervenção da jurisdição Constitucional efetiva, assim como a defesa da própria democracia é um exemplo desse compromisso moral. O grau de democracia de Estado pode

⁶³⁸ Novo formalismo do processo vem expresso no art. 4º do Novo CPC, cumprindo o que já determinava o art.5º, LXXVIII, da Constituição da República, sobre a duração razoável do processo. Complementarmente, os artigos 6º, 64, §4º, 139, III, 218, §4º e 1.029, § 3º, CPC, corrigem problemas de excesso de formalismo, como a primazia do julgamento de mérito, máximo aproveitamento processual, ampliação da fungibilidade recursal, dispensa de preliminar de repercussão geral no Recurso Especial, aproveitamento dos efeitos da decisão proferida por juízo incompetente e a desnecessidade de ratificação do recurso interposto antes da intimação da decisão recorrida. Cf. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 de fev. de 2016.

⁶³⁹ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Cf. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 de fev. de 2016.

ser medido pelo grau de efetividade, por exemplo, com o que se denomina de *jurisdição constitucional das liberdades*, isto é, controle de constitucionalidade efetivo e remédios constitucionais processuais (ações constitucionais) que servem para a proteção das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Não há uma relação de oposição entre democracia e direitos individuais, uma vez que estes são constitutivos daquela. Preservar a Constituição é proteger a integridade desse arranjo.

A moralidade do Direito, a racionalidade do Direito e a sua autonomia não resultam apenas do fato da positivação de exigências morais de racionalização nas Constituições. Resultam, principalmente, da circunstância de haver procedimentos instituídos para a autoregulação e autocontrole da fundamentação do Direito de acordo com esses padrões morais de racionalidade.

Para Dworkin,⁶⁴⁰ a “leitura moral” do Direito não se trata de uma novidade, mas algo que deve acontecer naturalmente. Na medida em que os juristas sigam (qualquer) uma estratégia coerente para interpretar a Constituição, já estarão – segundo ele – “fazendo uso da leitura moral a respeito dos valores que julgam estarem inseridos no texto constitucional”. Com essa chamada “leitura moral”, Dworkin apenas dá uma roupagem mais específica à postura interpretativa do Direito que pontua toda a sua obra. Para ele, no particular, trata-se de interpretar determinados dispositivos da Constituição norte-americana (sobretudo a *Bill of Rights*) como referências a princípios morais abstratos, que devem ser incorporados como limites aos poderes do Estado.

A sugestão de leitura de dispositivos constitucionais como “referências a princípios morais”, a serem “incorporados como limites aos poderes do Estado”, tem repercussões importantes na *interpretação construtiva*⁶⁴¹ do que a Constituição determina no campo da produção da decisão judicial. Parece correto afirmar que, a partir da teoria dworkiniana, as cláusulas constitucionais que pontuam o processo jurisdicional, como a do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), devem ser interpretadas de modo a conformar no processo uma *forma de controle da atividade judicial* (e não um *instrumento* da atividade estatal). Convém lembrar que Dworkin sempre pensou em princípios como argumentos morais em favor de direitos, e, portanto, contrários à chamada

⁶⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3.

⁶⁴¹ A postura interpretativa do direito proposta por Dworkin vem caracterizada, no contexto da sua obra, na figura da *interpretação construtiva* – uma espécie de mediação entre a tradição interpretativa à qual se adere e a sua atualização conforme a moral política da comunidade. Conferir, em especial: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

discricionariedade judicial (basta lembrar seu célebre debate com Hart).⁶⁴² Congruentemente, também aqui os princípios têm o sentido de “limite”, de “controle” do poder estatal.

A preocupação com a moral no Direito decorre do próprio contexto formado no senso comum do direito e a falsa percepção do positivismo jurídico atrelado à perspectiva de justiça, isto é, bastando-se como elemento de validade o simples fato de algo estar adequadamente contido na lei. Falar em crise (no direito), principalmente fazendo referência à Nova Crítica do Direito de Streck (NCD), é porque existem problemas no plano semântico-interpretativo, num grau de (ausência) de fundamentação,⁶⁴³ decorrente do próprio equívoco do sentido do direito e a sua relação com a justiça.

Embora já se tenha superado o positivismo exegético, a interpretação jurídica como mera descrição literal da lei, tal situação não autoriza a conformação com axiologismos realistas que conferem ao juiz a capacidade de escolher princípios, ao que se denominou de “ponderação” (Robert Alexy), de há muito denunciado por Streck⁶⁴⁴ como um grave problema para o Direito, principalmente porque malfez a democracia.

A conhecida dicotomia do direito, que oscila entre o posicionamento teórico-dogmático e o posicionamento valorativo psicológico, somente será enfrentada de maneira adequada e será bem entendida, a partir do momento em que o conceito de Direito estiver atrelado à noção de justiça (Direito-moral).

⁶⁴² Conferir, necessariamente: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶⁴³ “A crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, não resistiram às teses da viragem ontológico-lingüística (especialmente com Heidegger e Gadamer), superadoras do esquema sujeito-objeto. Essa viragem – que, se registre, supera o “primeiro” *linguistic turn* de viés analítico (e neopositivista) – deve ser compreendida a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*) e pela diferença ontológica (*ontologische Differenz*)” Cf. STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “Letra da Lei” é uma Atitude Positivista? **Revista NEJ - Eletrônica**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan.-abr., 2010b, p. 2, grifo do autor.

⁶⁴⁴ “No campo jurídico, o “maior avanço” parece – e apenas parece – ter sido dado por Alexy, que de algum modo pretende conciliar o método analítico da Jurisprudência dos Conceitos com o axiologismos da Jurisprudência dos Valores. Com efeito, procurando racionalizar o uso da moral corretiva (p.ex., através da Jurisprudência dos Valores, que ele buscou “controlar” racionalmente), Alexy contenta-se em dizer, em um primeiro momento, que os casos simples se resolvem por subsunção, o que quer dizer que ele acredita na suficiência ôntica da lei naqueles casos em que haja “clareza” no enunciado legal e na rede conceitual que o compõem. Ou seja, Alexy, em parte, continua apostando no exegetismo, ao menos para a resolução dos casos no âmbito das regras. Para além dessa “suficiência ôntico-exegética”, quando estiver em face de um caso difícil, apela para o outro nível da semiótica: a pragmática. Mas a palavra final será do sujeito e sua subjetividade. A ponderação alexiana, feita para resolver o problema de colisão de princípios, dependerá, ao fim e ao cabo, da discricionariedade. Portanto, dependerá do *sub-jectum*, de um *solus ipse*.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 30, grifo do autor.

Atrelar o Direito a um interesse neutro, dissociado da aplicação, como uma característica fortemente defendida pelo positivismo kelseniano se caracteriza como um mito, enquanto amoralismo político. Não resta dúvida que, nem toda a supressão da dimensão de justiça, tem um significado positivista (legalista). Há, como subespécie do próprio positivismo (legalista), também denominada de positivismo realista, em que se acredita na moral como corretiva do Direito, fruto da subjetividade e da convicção pessoal do intérprete.

Dessa forma, impõe-se aguçar a preocupação com a referida “crise” instaurada no Direito, de cariz filosófico. Lenio Streck⁶⁴⁵ identifica o problema da filosofia da consciência, dizendo que

Não é possível sustentar qualquer forma de discricionariedade judicial neste momento histórico, uma vez que a discricionariedade está ligada ao subjetivismo (portanto, sujeito-objeto), avesso ao paradigma intersubjetivo. Estado Democrático de Direito e discricionariedade são incompatíveis – e essa questão é fulcral.

É nesse contexto que devem ser consideradas a proposta desta Tese: uma tentativa de aproximação da Filosofia com o Direito, deixar que ela possa trazer o caráter transcendental-ontológico, priorizando a fenomenologia da faticidade como único meio suficiente de preservar os sentidos e a sua relação com o tempo. Por fim, em meio a essa relação de preservação semântica, decorrente da própria situação concreta, deve-se estar sempre atento ao sentido histórico da tradição, como uma característica moral existencial.

Portanto, almejando demonstrar a originariedade necessária à Tese, é possível identificar pontos de ligação lógicos entre o problema interpretativo no Direito (problema), positivismo legalista e positivismo subjetivista, e as alternativas trazidas como propostas de superação desses problemas: i) a hermenêutico-filosófica dos indícios formais (hipótese), caminho metodológico alternativo para a superação do problema da metafísica da modernidade (subjetivismo-objetivismo); ii) o Direito visto como indissociável à democracia e à justiça (hipótese), isto é, verificação concreta de que a *applicatio* do Direito não se mostra possível apartada da dimensão moral da Constituição (hipótese).

Por fim, conclui-se com a certeza de se ter cumprido com todas as etapas estruturais necessárias para a Tese de Doutorado, principalmente em relação aos pressupostos metodológicos que embasam as reflexões críticas e as conclusões do trabalho.

⁶⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 65

REFERÊNCIAS

- AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para una teoría de la constitución**. Madrid: Portal Derecho, S.A., Iustel, Biblioteca Jurídica Básica, 2007.
- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- ARENHART, Lívio Osvaldo. **Ser-no-mundo e Consciência-de-si**: uma leitura dos Escritos Fenomenológicos de Martin Heidegger a partir de um conceito filosófico-analítico plausível de consciência-de-si imediata. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BARBOSA, Vivaldo. **O pensamento político**: do iluminismo aos nossos dias: entre individualismo e comunidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **As máscaras do poder**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2012.
- BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo. **Dicionário de Filosofia Política**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Tradução José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BEISTEGUI, Miguel de. **Heidegger y lo Político**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOFF, Leonardo. **Ética e Moral**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.
- BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL, **Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 02 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 7. A Pretensão de Simples Reexame de Prova Não Enseja Recurso Especial. In.: _____. **Súmulas**. Brasília, 1990.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70005798004. Apelante: Édila G. M. de L. Apelado: José G. de L. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 9 de abril de 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70050803048, Vigésima Quinta Câmara Cível. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Marilene Medianeira Lorensi. Relator: Helena Marta Suarez Maciel. Santa Maria, 3 de outubro de 2012. Diário da Justiça. Porto Alegre, 15 de outubro de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70049333883, Vigésima Câmara Cível. Agravante: Vonpar Refrescos S/A. Agravado: Santissimo Bar e Restaurante. Relator: Glênio José Wasserstein Hekman. Julgado em 27 de junho de 2012. Porto Alegre: Diário da Justiça, 4 de julho de 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação crime n. 70060566437, Quinta Câmara Criminal. Apelante: Ministério Público. Apelado: Lucas Cabreira Martins. Relator: Genacéia da Silva Alberton. Julgado em 26 de novembro 2014. Porto Alegre: Diário da Justiça, 1 de dezembro de 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus n. 70053374757, Sexta Câmara Criminal. Impetrante: Ricardo de Azambuja Gick. Paciente: Itacir da Cruz Soares. Relator: José Luiz John dos Santos. Julgado em 25 de abril de 2013. Porto Alegre: Diário da Justiça, 21 de maio de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70051376655, Sexta Câmara Cível. Agravante: Bruno Oliveira de Carvalho. Agravado: Bradesco Auto/Re Companhia de Seguros. Relator: Artur Arnildo Ludwig. Julgado em 15 de outubro de 2012. Diário da Justiça. Porto Alegre, 18 de outubro de 2015.

CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. La Hermenéutica Filosófica y el Dilema de las Decisiones ‘Objetivamente Correctas’. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**. Dirigido por Martín Laclau. n. 21, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

CABRAL, Alexandre Marques. **Heidegger e a destruição da ética**. Rio de Janeiro: Mauad UFRJ, 2009.

CASANOVA, Marco Antônio. **Comprender Heidegger**. Petrópolis: Vozes, 2009.

CASANOVA, Marco Antônio. **Nada a Caminho**: impessoalidade, niilismo e técnica na obra de Martin Heidegger. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

CHAUÍ, Marilena. **Filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição**: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Les crimes internationaux peuvent-ils contribuer au débat entre universalisme et relativisme des valeurs?** Crimes internationaux et juridictions internationales. Presses Universitaires de France, Paris, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v. 4, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DISCUSSÃO sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos”. Entrevista com Manuel Atienza. **Conjur**, Brasília, 5 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>>. Acesso em: 20 set. 2015.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DRUMMOND, John J. **Historical dictionary of Husserl's philosophy**. Lanham: Scarecrow Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana**: A Teoria e a Prática da Igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005a.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge/London. Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo, revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

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

FEIJOO, Ana Maria Lopez Calvo de; PROTASIO, Myriam Moreira. Análise existencial: uma psicologia de inspiração kierkegaardiana. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**. v. 63, n. 3, 2011.

FERDANDEZ-LARGO, Antônio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones Universidade de Valladolid, 1992.

FIGAL, Günter. **Martin Heidegger: fenomenologia da liberdade**. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Organizador Pierre Fruchon; tradução Paulo César Duque Estrada, 3. ed., Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: Complementos e índice**. Tradução de Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GHIRALDELLI JR, Paulo. **História Essencial da Filosofia**. São Paulo: Universo dos Livros, 2010.

GIANNI, Vattimo. **Creer que se cree**. 2. ed. Buenos Aires: Paidós, 2008.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GREAVES, Tom. **Heidegger**. Tradução e revisão técnica Edgar da Rocha Marques. Porto Alegre: penso, 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges, Revisão técnica Rafael Mafei Rabelo Queiroz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Da Experiência do Pensar**. Tradução Maria do Carmo Tavares de Miranda. Porto Alegre: Globo, 1968.

HEIDEGGER, Martin. **Todos nós... Ninguém**. Um Enfoque Fenomenológico do Social. Apresentação, introdução, notas e epílogo Solon Spanoudis, tradução e comentários Dulce Mara Cristelli. São Paulo: Moraes, 1981.

HEIDEGGER, Martin (GA 24; SS 1927). **The Basic Problems of Phenomenology**. Translated by Albert Hofstadter. Bloomington, Indianapolis: Indiana University Press, 1988.

HEIDEGGER, Martin. (GA 60). **Phänomenologie des Religiösen Lebens** (Wintersemester 1920/21). Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1995.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Márcia Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Los Problemas Fundamentales de la Fenomenología**. Tradução Juan José García Norro. Madri: Editorial Trotta, 2000.

HEIDEGGER, Martin. (GA 61; WS 1921-2). **Phenomenological interpretations of Aristotle**: initiation into phenomenological research. Translated by Richard Rojcewicz. Indianapolis: Indiana University Press, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **El Camino al Habla**. Tradução de Yves Zimmermann. México: Octaedros Editores, 2003a.

HEIDEGGER, Martin (1927). **Ser y Tiempo**. Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera. Madrid: Trotta, 2003b.

HEIDEGGER, Martin. **A Essência do Fundamento**. Edição bilíngue. Lisboa: Editora 70, Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2007.

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, 2008a.

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

HEIDEGGER, Martin. **História da filosofia**: de Tomás de Aquino a Kant. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin e Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010a.

HEIDEGGER, Martin. **Meditação**. Tradução Marco Antônio Casanova, Petrópolis-RJ: Vozes, 2010b.

HEIDEGGER, Martin. **Nietzsche I**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010c.

HEIDEGGER, Martin. **Interpretações fenomenológicas sobre Aristóteles**: introdução à pesquisa fenomenológica. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011a.

HEIDEGGER, Martin. **A Caminho da Linguagem**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback, 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2011b.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução e organização Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012a.

HEIDEGGER, Martin. **Ontologia** (Hermenêutica da facticidade). Tradução de Renato Kirchner, Petrópolis: Vozes, 2012b

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Barcelona: Editorial Herder, 1986.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría De La legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012.

HUSSERL, Edmund. **Investigações Lógicas**: Elementos de uma Elucidação Fenomenológica do Conhecimento. Seleção e tradução de Zeljko Loparic e Andréa Maria Altino de Campor Loparic, São Paulo: Nova Cultural, 1996.

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

JULIAN, François. **Fundar a Moral**: Diálogo de Mêncio com um filósofo das Luzes. Tradução de Maria das Graças de Souza. São Paulo: Discurso Editorial, 2001.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Contendo a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude. Tradução Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. Coleção Textos Filosóficos, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Tradução João Baptista Machado, 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KIERKEGAARD, Søren A. **O Conceito de Angústia**. Tradução e posfácio de Álvaro Luiz Montenegro Valls. Petrópolis: Vozes, 2011.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2010.

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

LOPARIC, Zeljko. **Ética e Finitude**. São Paulo: EDUC, 1995.

MACHADO, Bruno Martins. Heidegger e a Superação da crise dos fundamentos: antecedentes para a propositura de uma ontologia fundamental. **Estudos e pesquisa em psicologia**. v. 10, n. 3, dez. 2010, p. 765-780. ISSN 1808-4281.

MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem**: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

MILLER, Jonathan. **Darwin para principiantes**. Buenos Aires: Era Nascente, 2013.

MISSAGGIA, Juliana Oliveira. Indicações formais e a origem do método de Ser e Tempo. **Revista Eletrônica Intuitio/PUCRS**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jun. 2010.

MORIN, Edgar. **O Método**. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2001.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; revisão técnica de Edgar de Assis Carvalho. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Benedito. **Passagem para o poético**: Filosofia e poesia em Heidegger. São Paulo: Ática, 1995.

OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011.

PHILOSOPHIE HORS-SÉRIE MAGAZINE. Hannah Arendt: La Passion de Comprendre. Paris: Edições Philo, n. 28, jan. 2016

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard A. **Como deciden los jueces**. Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Tradução María Isabel Azaretto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Lisboa: Presença, 2001.

RORTY, Richard. **Ensaio sobre Heidegger e outros**: Escritos Filosóficos 2. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

RORTY, Richard. **Filosofia como Política Cultural**. Tradução João Carlos Pijnappel. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RÜDIGER, Francisco. **Martin Heidegger e a Questão da Técnica**. Prospectos Acerca do Futuro do Homem. Porto Alegre: Sulina, 2006.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre na Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução Lya Luft, São Paulo: Geração Editorial, 2005.

SANTOS, André Leonardo Copetti. LUCAS, Doglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Identidades, Coimbra. n. 48, jun., 1997.

SANTOS, Tânia Coelho dos. Psicologismo e mudança social. **PHYSIS Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro. v. 1, n. 2, 1991.

SCHNEIDER, Paulo Rudi. **O outro pensar**: sobre que significa pensar? E a época da imagem do mundo, de Heidegger. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

SCHNEIDER, Paulo Rudi. Notas sobre a relação entre indicição formal e experiência. **Natureza Humana**, São Paulo, v. 14, n. 1, 2012.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **O anjo da história e a memória das vítimas**: o caso da ditadura militar no Brasil. Justiça e Memória. Para uma crítica ética da violência. Org. Carlos M. Bartolomé Ruiz. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

SILVA, Ovídio A. **Baptista da. Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STEIN, Ernildo. **A Questão do Método na Filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. Porto Alegre: Movimento, 1983.

STEIN, Ernildo. **Paradoxos da Racionalidade**. Porto Alegre: Pyr Edições, 1987.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004a.

STEIN, Ernildo. **Mundo Vivido**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004b.

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

STEIN, Ernildo. **Sobre a Verdade**: lições preliminares ao parágrafo 44 de Ser e Tempo. Ijuí: Unijuí, 2006b.

STEIN, Ernildo. **Diferença e Metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008a.

STEIN, Ernildo. **Racionalidade Existência**: o ambiente Hermenêutico e as Ciências Humanas. Revisão e Organização de Rafael Tomaz de Oliveira. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2008b.

STEIN, Ernildo. **Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011a.

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

STEIN, Ernildo. **As Ilusões da Transparência**: dificuldades com o conceito de mundo da vida. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Direito. **Dicionário de Filosofia Política**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010a.

STRECK, Lenio. Aplicar a “Letra da Lei” é uma Atitude Positivista? **Revista NEJ - Eletrônica**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan-abr, 2010b.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012c.

STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme a minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013c.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Revista Ajuris**, v. 41, n. 135, set., 2014b.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC**: Lei 10.352, de 26.12.2001; Lei 10.358, de 27.12.2001; Lei 10.444, de 07.05.2002. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

VEIGA, Itamar Soares. **Cotidiano e Queda**: uma análise a partir do § 38 de Ser e Tempo. Porto Alegre: Clarinete, 2012.

VOLPI, Franco. **Heidegger e Aristóteles**. Tradução Jorge Trindade dos Santos. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **Os quadrinhos puros do direito**. Buenos Aires: Angra Impressiones, 1997.