

O FUNDAMENTO DO DIREITO EM HEIDEGGER

THE FUNDAMENT OF LAW IN HEIDEGGER

Cleyson de Moraes Mello¹

RESUMO

O artigo reflete sobre o Direito no horizonte ontológico-existencial do *Dasein*, em diálogo com a fenomenologia de Martin Heidegger.

Palavras-chave: Direito. Dasein. Fenomenologia. Autenticidade.

ABSTRACT

The article focuses on Law from Dasein's ontological-existencial perspective, in dialogue to Heidegger's phenomenological philosophy.

Keywords: Law. Dasein. Phenomenology. Authenticity.

1. A QUESTÃO DO FUNDAMENTO

Para Heidegger, o pensar filosófico é o mais digno de ser pensado. É um pensar consubstanciado pelos teoremas do círculo hermenêutico e da diferença ontológica, se impondo pela presença da lógica dos existenciais, ou seja, uma lógica oculta, uma lógica que é condição de qualquer conceito. A lógica existencial se diferencia da lógica das categorias, tendo em vista que esta relaciona-se à ontologia da coisa, àquela, à ontologia fundamental.

A filosofia hermenêutica de Heidegger pode e deve servir de vetor para todo o debate sobre a mudança de paradigma no universo jurídico, em especial, objetivando uma visão crítica ao direito vigente na busca da construção de um novo marco teórico atrelado aos fundamentos do conhecimento jurídico.

É um paradigma filosófico, visto a partir de um novo princípio epocal da filosofia, que deve ser introduzido na Filosofia do Direito, através da hermenêutica heideggeriana.

¹Possui graduação em Engenharia pela Universidade Veiga de Almeida (1993), graduação em Direito pela Universidade Estácio de Sá (1999), Mestrado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2001) e Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho (2006). Email: profcleysonmello@hotmail.com

É o ser-aí, como ser-no-mundo, que descerra as portas para uma época em que a metafísica objetivista é deixada para trás, ou seja, é a fase em que a compreensão do ser é a compreensão dos entes em seu acontecer. Isto quer dizer que a metafísica não procura mais sua fundamentação em elementos últimos. O conceito de transcendental (não-clássico) deve ser orientado pela compreensão do ser que possui uma dimensão organizadora e estruturante no ser-aí e no conceito de mundo, ou seja, guiado para bem longe da relação entre consciência e mundo, da relação sujeito-objeto.

Nas aulas ministradas por ocasião do Curso durante o semestre de Inverno de 1955/56, na Universidade de Freiburg i. Br., bem como na Conferência proferida a 25 de Maio de 1956, no Club zu Bremen, e a 24 de Outubro de 1956, na Universidade de Viena, Heidegger expõe seu pensamento sobre o princípio do fundamento. Assim, também, em seu tratado *A Essência do Fundamento*, em 1928, traça linha análoga.

Na primeira aula do citado Curso, a afirmação: “Nada é sem fundamento.”² O princípio do fundamento reza: *nilhil est sine ratione*, ou seja, nada é, na verdade, sem fundamento. Isto quer dizer: “Nada daquilo que de certo modo é, o é sem fundamento.”³ Cada ente que é de certa maneira possui um fundamento, não sendo este nem uma verificação, nem uma regra. A questão que se põe é a seguinte: sobre o que se fundamenta o princípio do fundamento? O princípio do fundamento é um princípio fundamental, ou seja, é o princípio fundamental de todos os princípios fundamentais.⁴

Dito de outra forma: o princípio do fundamento é o supremo dos princípios fundamentais.⁵ Ele se encontra numa região obscura.⁶ Nesse sentido, na sétima aula do curso, o filósofo Martin Heidegger manifesta que o princípio do fundamento “é um daqueles princípios que silenciam aquilo que lhes é mais próprio. O silenciado é aquilo que não é pronunciado. Ouvir o inexpressado exige um ouvido que cada um de nós tem e nenhum usa corretamente.”⁷

² HEIDEGGER, Martin. *O Princípio do Fundamento*. Tradução Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p.12.

³ Ibid., p.14.

⁴ Ibid., p.18.

⁵ Ibid., p.20.

⁶ O filósofo afirma: “Para onde quer que olhemos, a discussão do princípio do fundamento cai, logo nos primeiros passos, na obscuridade. [...] O claro e a luz precisam no entanto do obscuro e da sombra, senão nada haveria para elucidar.” Ibid., p.21.

⁷ Ibid., p.72.

No que concerne ao silêncio, é o esquecimento do ser enquanto somos incapazes de pensá-lo em sua essência que caracteriza a questão central da metafísica clássica. Observa-se o conhecimento humano atrelado a princípios supremos esclarecedores, claros e inabaláveis (*fundamentum inconcussum*).

No pensamento heideggeriano, *ser* e *fundamento* estão entrelaçados; *ser* é em sua essência *fundamento*. O filósofo ilumina as suas lições afirmando que, segundo o princípio do fundamento, somente o ente é respectivamente fundamentado, já que ao ser pertence fundamento. Isso quer dizer que o ser enquanto ser é fundado e apenas o ente tem sempre o seu fundamento. Por essa razão, o ser nunca pode anteriormente ter um fundamento, que o deva fundamentar. Ora, o fundamento do ser é sem-fundo (*Ab-Grund*),⁸ abissal.

Entretanto para alcançarmos a área do estado-de-coisas, na qual o princípio do fundamento é entendido enquanto princípio do ser, torna-se necessário realizar um “salto”. Segundo Heidegger, “o salto leva o pensamento sem pontes, isto é sem a constância de uma progressão, para uma área e uma outra maneira do dizer.”⁹ Dessa maneira, o princípio do fundamento não é apenas princípio como um princípio fundamental supremo; ele é um princípio no sentido insigne, já que é um salto.

No sentido de um tal salto, o princípio do fundamento é um princípio na essência do ser. Na realidade nós não podemos continuar a dizer que o princípio do fundamento é um princípio do ser, mas devemos dizer: o princípio do fundamento é um princípio no ser *como* ser, isto é como fundamento.¹⁰

Antes de atingir a essência do princípio do fundamento, nas aulas 1 a 6 por ocasião do Curso, durante o semestre de Inverno de 1955/56, na Universidade de Freiburg i. Br., nota-se desvios em torno do princípio do fundamento. Na ocasião, Heidegger destacou cinco coisas mais importantes encontradas em torno do princípio do fundamento. São elas a preparação do salto do princípio do fundamento para o princípio do ser, designadas da

⁸ Nesse sentido, destacamos o fio condutor traçado no artigo de Lenio Streck. STRECK, Lenio Luiz. *Os Métodos de Interpretação, a Metafísica e de como não há um Grundmethode na Hermenêutica: Um contributo à luz do Ontological Turn*. In: MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves (Org.) *Novos Direitos: Os Paradigmas da Pós-Modernidade*. Niterói: Impetus, 2004a. p.44-47.

⁹ HEIDEGGER, op.cit., 1999. p.83.

¹⁰ Ibid., p.84.

seguinte forma:¹¹ 1. A incubação do princípio do fundamento; 2. A ordenação do princípio do fundamento como um princípio fundamental supremo; 3. A reivindicação do princípio do fundamento como o princípio mais poderoso, que define a nossa era; 4. O fundamento como “porquê” e como “porque” e 5. A mudança de tonalidade no princípio do fundamento.

A primeira coisa principal é o período de incubação do princípio do fundamento. Nessa fase do pensamento ocidental, o ser ainda dorme. A incubação está relacionada à história da metafísica antiga e medieval que, na pergunta pelo ente enquanto tal, o ser sempre se manifestou de forma inessencial. Esta é a época enquanto o ser se subtrai. É neste retirar-se que se oculta a essência do ser.¹² A segunda coisa mencionada por Heidegger é a ordenação do princípio do fundamento como um princípio fundamental supremo. Leibniz fixou o princípio do fundamento na versão rigorosa do *principium reddendae rationis*.¹³

Nessa fase, o ente aparece como objeto e o ser chega à aparência, enquanto a objetualidade dos objetos. Esta objetualidade em relação recíproca alcança a subjetividade dos sujeitos. Ser enquanto a objetualidade dos objetos é fixado na relação com a representação do sujeito.¹⁴ O método que destina o ser na objetualidade dos objetos, que se retira na sua essência como ser, define a Era Moderna. Neste momento, o período de incubação do princípio do fundamento chega a seu fim.¹⁵

A terceira das cinco coisas mencionadas por Heidegger é a reivindicação do princípio do fundamento como o princípio mais poderoso, que define a nossa era. É a característica da Era Atômica, como aquela que está sujeita ao poder do *principium*

¹¹ Ibid., p.89-90.

¹² Ibid., p.84-85.

¹³ Segundo Heidegger, “Leibniz escreve num dos últimos ensaios (*Specimen inventorum*, Philos. Schriften ed. Gerhardt VII, 309): *duo sunt prima principia omnium tatiocinationum, Principium nempe contradictionis... et principium reddendae rationis*; ‘há dois princípios superiores para todos os procedimentos demonstrativos, o princípio – entende-se – da contradição e o princípio *reddendae rationis*. Este princípio mencionado em segundo lugar diz, *quod omnis veritatis reddi ratio potest (ib.)*, ‘que para cada verdade (isto é, segundo Leibniz, para cada verdadeiro princípio) pode ser concedido um fundamento’. O *principium rationis* é para Leibniz, pensado rigorosamente, o *principium reddendae rationis*. *Rationem reddere* significa: devolver o fundamento. Por que razão devolver e para onde dar de volta? Porque nos métodos demonstrativos, falando em geral do reconhecimento, tratando-se da *re(a)*-apresentação dos *ob*-jetos, entra em jogo este ‘devolver’. A linguagem latina da Filosofia di-lo mais claramente: o conceber é *re-praesentatio*. Aquilo que vem ao encontro, vem em direção ao eu representante, de volta para ele e é apresentado ao seu encontro, (de)posto num presente. Conforme o *principium reddendae rationis*, o representar tem de, caso pretenda que seja reconhecedora, dar de volta o fundamento daquilo que vem ao encontro ao representar, e isto quer dizer, dá-lo de volta a si mesmo (*reddere*). No representar re-cognitivo pelo *principium rationis*. O princípio do fundamento é por isso, para Leibniz, o princípio fundamental do fundamento a ser depositado.” Ibid., p.39-40.

¹⁴ Ibid., p.86.

¹⁵ Ibid., p.85.

reddendae rationis sufficientis.¹⁶ É a reivindicação à entrega do fundamento suficiente para tudo que é concebido. A natureza tornou-se um objeto e uma representação, que põem em relevo e assegura os seus fenômenos como uma existência calculável.¹⁷

A quarta coisa principal é relacionada ao fundamento como “porquê” e como “porque”. A base da reflexão está fulcrada sobre um *Aforismo de Angelus Silesius*, contemporâneo mais jovem de Leibniz. Diz o aforismo: “A rosa é sem porquê; ela floresce, porque floresce, Ela não repara em si própria, não pergunta, se a vemos.”¹⁸ Heidegger afirma: “A rosa é sem porquê, mas não sem fundamento. O “porquê” nomeia o fundamento, que sempre fundamenta assim, que ele é simultaneamente apresentado como fundamento”.¹⁹ O “porque” do aforismo indica o florescer remetendo-o a si próprio, isto é, o florescer funda-se a si próprio. O florescer é puro abrir-se-a-partir-de-si-próprio, puro brilhar. Assim, o “porque” menciona o fundamento, mas este é no aforismo o simples florescer da rosa, o ser-rosa.²⁰

A quinta e última questão apresentada é a mudança de tonalidade no princípio do fundamento. Em vez de “*Nada é sem fundamento*”, Heidegger entoou “*Nada é sem fundamento*”, ou seja, o tom deslocou do “nada” para o “é” e do “sem” para o “fundamento”. A questão é que a palavra “é” nomeia de alguma forma o ser. Destarte, o deslocamento do tom na referida frase permite ouvir uma consonância de ser e fundamento. O princípio fala agora do ser.²¹

¹⁶ Nestes lindes, Heidegger caracteriza a Era Atômica como “época planetária da Humanidade pelo fato do poder do princípio magno, do *principium reddendae rationis*, se desenvolver de um modo expatriado na área determinante da existência do homem, se não mesmo a desencadeia. Quando a palavra ‘expatriado’ (*unheimlich*) é aqui utilizada não o é em sentido sentimental. É para que pensemos literal e objetivamente que o singular desencadeamento da reivindicação à entrega (*Zu-stelling*) do fundamento ameaça tudo o que é pátrio (*Heimische*) do homem e lhe rouba qualquer fundamento e solo para o enraizamento, isto é, para aquilo a partir do qual até agora cresceu cada uma das grandes Eras da Humanidade, cada espírito aberto para o mundo, cada formação da figura humana.

Assim evidencia-se uma situação extremamente estranha do homem moderno, uma tal que vai contra todas as opiniões habituais das representações quotidianas, na qual nós vagueamos como cegos e surdos: a reivindicação do princípio magno do fundamento a ser entregue retira ao homem contemporâneo o enraizamento. Também podemos dizer: quanto mais decisivamente for forjada a corrida para a sujeição das enormes energias, através da qual a necessidade energética do homem sobre a Terra deverá ser coberta para todos os tempos, tanto mais escassa será a riqueza do homem, na área do essencial para construir e habitar. Isto é um enigmático contraste entre a reivindicação à entrega do fundamento e a perda.” *Ibid.*, p.53.

¹⁷ *Ibid.*, p.87.

¹⁸ *Ibid.*, p.67.

¹⁹ *Ibid.*, p.88.

²⁰ *Ibid.*, p.89.

²¹ Nas lições de Heidegger, interessante destacar a harmonia do sentido do princípio com seu sentido musical. Através do sentido musical entende a relação perfeita com o princípio do fundamento da seguinte forma: “Se entendermos a palavra ‘princípio’ no sentido musical, então é válido para o nosso caminho através do princípio

Portanto, poderíamos entender que o ser tem fundamento, isto é, o ser é fundamentado. Disso não existe referência com o *principium rationis*, uma vez que, segundo tal princípio do fundamento, apenas o ente é respectivamente fundamentado. Desta sorte, em consequência disso, a nova tonalidade põe a descoberto o princípio do fundamento como um princípio do ser.²²

A proposta de Heidegger é pensar o fundamento como o ser e o ser como fundamento, ou seja, isto representa não mais explicar o ser através de algo que é ente.²³ É neste momento que aparece a importância do salto como ouvir o princípio do fundamento como um princípio do ser.

O salto desprende-se de uma e a partir de uma área de desprendimento. O salto abandona esta área e não a deixa contudo atrás de si. Através do abandonar o salto recupera a área de desprendimento de uma nova forma, e decerto não apenas na margem senão necessariamente. O salto é um salto essencialmente retrospectivo. O que nós apreendemos na retrospectiva das coisas principais, tentamos manter uniforme, ao caracterizarmos o traço principal da área de desprendimento.

Esta área mostrou-se-nos como a história do pensamento ocidental. No respeito a ela falou-se de destino do ser. Aquilo que é válido ouvir na segunda tonalidade do princípio do fundamento como o princípio do ser, não é de modo algum de tal gênero, que nós ainda não o tivéssemos ouvido de todo. Isso é, pelo contrário, de um tal gênero que nos reivindica na nossa essência, bem entendido: na nossa essência. Isto quer dizer: a reivindicação do ser instala primeiramente o homem na sua essência. No destino do ser e a partir dele somos nós em primeiro lugar destinação (*geschicklich*) e como essência destinada somos obrigados a encontrar o destinado (*Schickliche*), e isto quer dizer sempre simultaneamente enredado nosso, a malograrmos o destinado.²⁴

do fundamento, aquilo que uma vez Bettina v. Arnim escreve no seu livro '*Goethes Briefwechsel mit einem Kinde*' (*Correspondência de Goethe com uma Criança*): 'Quando na música se fala de uma frase e de como ele é executado, ou do acompanhamento de um instrumento e do entendimento com o qual ele é tratado, aí eu penso exatamente o contrário, que o andamento executa o músico, que o andamento tantas vezes se apresenta, se desenvolve, se concentra, até que o espírito totalmente nele se estabelece.' (Obras Completas, ed. Oehlke. Vol. III, p.168)." Ibid., p.132.

²² Ibid., p.80.

²³ Ibid., p.103.

²⁴ Ibid., p.103.

A história do pensamento ocidental é a história do ser como retirada. A área de desprendimento é a história do pensamento ocidental, experimentada como destino do ser;²⁵ é a história do destino do ser. Um traço fundamental do ser é o seu desocultar-se. Este desocultar não é atributo do ser, senão o próprio ser, ou seja, o ser tem o seu ser próprio no desocultar-se. E dessa maneira, Heidegger afirma: “O ser não é anteriormente algo por si, que é depois em primeiro lugar realizado por um desocultar-se. Desocultar-se não é um atributo do ser, senão: desocultar-se pertence à propriedade do ser.”²⁶ Este desocultar-se perdura enquanto ocultar-se e é apenas na medida em que o homem, segundo sua essência se encontrar numa clareira do ser, será ele um ser pensante. Somente o desvelamento do ser possibilita a revelabilidade do ente. Este desvelamento, como verdade sobre o ser, é chamado por Heidegger de *verdade ontológica*.²⁷ A história do pensamento é o envio da essência do homem a partir do destino do ser.²⁸ Desta forma, o destino do ser permanece em si a história essencial do homem ocidental, na medida em que o homem histórico é necessário no habitar edificante da clareira do ser.²⁹ É no salto que encontramos o mais digno de ser pensado.³⁰

O pensar deve dar o salto sempre de novo e primordialmente. Neste sempre iniciado dar o salto não há qualquer repetição e qualquer regresso. É necessário o salto, até que o antepensar recordante no ser como ser tenha se transformado, a partir da verdade do ser, num outro dizer.³¹

Portanto, re-cordar o sido é ante-pensar no impensado a-ser-pensado.³² Isto quer dizer que em Heidegger o princípio do fundamento não é pensado conforme a metafísica clássica, mas sim pensado como um princípio histórico-ontológico. Historica-

²⁵ Ibid., p.137.

²⁶ Ibid., p.104.

²⁷ HEIDEGGER, Martin. *A Essência do Fundamento*. Tradução Artur Moreira. Lisboa: Edições 70, 1988. p.23.

²⁸ HEIDEGGER, op.cit., 1999. p.128.

²⁹ Ibid., p.137.

³⁰ Ibid., p.131.

³¹ Ibid., p.139.

³² Esta interessante frase é formulada por Heidegger na décima segunda aula do Curso referido onde o filósofo ensina que o “salto no desprendimento não desvia de si a área de desprendimento, senão que o salto torna-se ao saltar na apropriação monumental do destino do ser. O próprio salto exprime o seguinte: ele não salta nem para a fora da área de desprendimento, nem adiante para uma zona separada por si. O salto permanece salto apenas como memorial. Re-cordar, isto é o destino sido, exprime contudo: refletir, e na verdade sobre aquilo ainda impensado no sido como o a-ser-pensado. A este corresponde o pensar apenas como ante-pensado. Re-cordar o sido é antepensar no impensado a ser-pensado. Pensar é antepensar recordando. Isso não adere historicamente representado ao sido como algo passado, nem olha fixamente concebido com a impertinência do profético para um fictício futuro consciente. O pensamento recordante-antepensante é o dar o salto. Este salto é um princípio, ao qual o pensamento se submete. Ibid., p.138-139.

ontologicamente, *ser e fundamento* “são” o mesmo.³³ É neste sentido que não podemos pensar o ser a partir do ente; não podemos pensar o ser como ratio, como causa primordial, como fundamento racional, mas sim ser e fundamento como uma pertença recíproca. E na medida que o ser se desdobra como fundamento, não tem ele próprio um fundamento, porque qualquer fundamentação teria de minimizar o ser a algo como ente.

Heidegger afirma: “Ser permanece como ser, destituído de fundo. Do ser permanece o fundamento, isto é como fundamento primeiramente fundamentador, de fora e separado. Ser: o sem-fundo.”³⁴ Fundamento significa, “pensado na totalidade”, a área situada profundamente e que ao mesmo tempo sustenta.³⁵ Assim, o princípio do fundamento é sem-fundo. Portanto, o salto é um salto para o abismo, isto é, é o abissal da história da verdade do próprio ser. Em sua obra *Identidad Y Diferencia*, Heidegger questiona

¿A dónde salta el salto cuando salta desde el fundamento? ¿Salta a um abismo? Sí, mientras nos limitemos a representar el salto, y en concreto, em el horizonte del pensar metafísico. No, mientras saltemos y nos dejemos ir. ¿A dónde? Allí, a donde estamos ya admitidos: la pertenencia al ser. Pero el ser mismo nos pertenece, pues sólo em nosotros puede presentarse como ser, esto es, llegar a la presencia.

Por tanto, para experimentar propiamente la mutua *pertenencia* de hombre y ser, es necesario un salto, es necesaria la brusquedad de la vuelta sin puentes al interior de aquella pertenencia que es la primera en conceder la mutua relación de hombre y ser, y, con ello, la constelación de ambos. El salto es la puerta que abre bruscamente la entrada al dominio em el que el hombre y el ser se han encontrado desde siempre en su esencia porque han pasado a ser propios el uno del outro desde el momento em el que se han alcanzado. La puerta de entrada al dominio em donde esto sucede, acuerda y determina por vez primera la experiencia del pensar.³⁶

³³ HEIDEGGER, op.cit, 1999, p.160.

³⁴ Ibid., p.160-161.

³⁵ Heidegger explica que fundamento designa “por um lado a profundidade, por exemplo, o fundo do mar, o fundo do vale, a pradaria, um terreno e um solo em depressão, situados profundamente; no sentido mais vasto significa a terra, o solo da terra. Ainda mais primordialmente fundamento exprime ainda hoje na área linguística suabo-alemã tanto como humo. Isso é o fundo crescido, o pesado e fértil solo da terra. Um canteiro de flores, por exemplo, tem muito pouco fundo, o qual deverá primeiramente ser fornecido para um crescimento favorável. Fundamento significa, pensado na totalidade a área situada profundamente e que ao mesmo tempo sustenta. Assim falamos nós do fundo do coração.” Ibid., p.141.

³⁶ HEIDEGGER, Martin. *Identidad y Diferencia*. Tradução Helena Cortés e Arturo Leyte. Barcelona: Anthropos Editorial, 1990. p.78-79.

A diferença entre um ente e outro é a diferença ôntica e a diferença ontológica é aquela diferenciação do ente e do seu ser. É esta diferenciação entre o ente e seu ser que constitui a essência da metafísica, a sua *meta*. Nesse sentido, o filósofo afirma:

(...) la diferencia de ente y ser es el ámbito dentro del cual la metafísica, el pensamiento occidental en la totalidad de su esencia, puede ser lo que es. Por ello, el pasa atrás va desde la metafísica hasta la esencia de la metafísica.³⁷

Daí a transposição para o ser através do ente, já que quando Heidegger problematiza a diferença ontológica, está buscando, destarte, retomar a diferença metafísica entre *ser* e *ente*. Logo, ser é ser do ente, o ente é o ente do ser; *ser* e *ente* aparecem sempre no mesmo modo a partir da diferença. Por conseguinte, “lo único que está claro es que cuando se habla del ser de lo ente y de lo ente del ser, se trata siempre de una diferencia.”³⁸ “La diferencia constituye el proyecto en la construcción de la esencia de la metafísica.”³⁹

Importa destacar, ainda, que é a transcendência o recinto da questão em torno do fundamento. A transcendência heideggeriana significa ultrapassagem. O transcendente (que transcende) é o que realiza a ultrapassagem, persiste na ação de ultrapassar. Esta transcendência, na significação terminológica que importa clarificar e apresentar, significa o que é próprio do estar-aí humano.⁴⁰ Esta transcendência mediante uma análise do conceito de mundo, determina-se como ser-no-mundo do estar-aí (ser-aí, pre-sença, *Dasein*).⁴¹

2. A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA A PARTIR DO *DASEIN*

A filosofia hermenêutica de Heidegger poderá abrir novos horizontes à fundamentação jurídica a partir dos modos de ser-no-mundo do *Dasein*, sobrepujando o *como* apofântico, manifestativo, argumentativo e lógico, com um *como* hermenêutico.

³⁷ Ibid., p.115.

³⁸ Ibid., p.135.

³⁹ Ibid., p.153.

⁴⁰ HEIDEGGER, op.cit., 1988. p.33.

⁴¹ Ibid., p.85.

É uma *condição de possibilidade*, no sentido de que nos compreendemos e explicitamos em nosso modo de ser. A racionalidade proposta por Heidegger é explicitada pela fenomenologia hermenêutica que põe à vista um modo de ser fundamental do ser humano. Daí a importância da pre-compreensão.

Essa dimensão hermenêutica heideggeriana, pautada na pre-compreensão, não permite uma fundamentação última de um sistema, pois ela se dá como modo de ser do ser-aí, da condição humana de ser-no-mundo. Isso quer dizer que quando falamos em fundamento, falamos num fundamento sem fundo, um fundamento abissal.

A hermenêutica heideggeriana torna nítido que a interpretação de um texto jurídico não se dá através de um processo orientado por regras, antes tem origem no *Dasein* (ser-aí, pre-sença, estar-aí).

A compreensão encontra-se no nível ontológico, é, pois, um existencial. Daí a importância que o magistrado se insira na *situação hermenêutica*. É nesse sentido que exsurge a necessidade de se pensar o Direito a partir do *Dasein*, a partir da abertura de possibilidades, abertura de novos horizontes. O operador do direito que não se inserir em uma *situação hermenêutica* não poderá ver suficientemente longe e, por conseguinte, supervalorizará o direito positivo legalista.

Pelo contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao direito positivo, ao texto da lei, mas poder ver para além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar as mutações sociais, os novos valores, vê e dialoga com as dimensões culturais, sociais e históricas de seu tempo. Caso contrário, o intérprete estará sujeito a mal-entendidos.

O direito é produtivo e não (re)produtivo. Daí a importância do julgador inserido e compreendido no processo de criação do direito a partir de um horizonte histórico. A hermenêutica heideggeriana requer um esforço maior do intérprete jurídico que deve tomar o cuidado de impedir uma assimilação precipitada do texto legal atrelada a um passado com as suas próprias expectativas de sentido. É o desvelamento do ser. É o deixar que a pré-compreensão, os preconceitos falem por si na conformidade de uma *situação hermenêutica*. Na verdade, o que importa é que o intérprete jurídico fique atento à fusão de horizontes.

Parece-nos que no Direito ainda sobrevive a crença e a ilusão de um sistema fechado, seguro, neutro, à prova do tempo e das mudanças históricas do homem e da sociedade. Onde e como deve o magistrado buscar a fundamentação de sua decisão?

Pode-se dizer, portanto, em síntese que a fundamentação da decisão jurídica não pode ser formulada a partir de uma visão objetivista ('puro pensamento causal'), ahistórica e atemporal. Ao invés, ela deve ser conformada no espaço (*locus*) hermenêutico da juridicidade, vinculada a uma permanente reflexão crítica do homem enquanto ser-no-mundo. Isto significa dizer que as questões jurídicas concretas emergem num quadro cunhado por um horizonte hermenêutico, superando a relação sujeito-objeto.

A hermenêutica tradicional ainda é realizada em partes consubstanciada nos métodos tradicionais de interpretação (gramatical ou literal, lógico, sistemático, etc), no qual o intérprete conhecia/compreendia (*subtilitas intelligendi*), e depois interpretava (*subtilitas explicandi*), para a seguir aplicar (*subtilitas applicandi*).⁴²

É uma visão objetivista do Direito. Isto sem contar que vários operadores do Direito ainda sobrepujam a ultrapassada discussão entre *voluntas legis* (vontade da lei – doutrina objetivista) versus *voluntas legislatoris* (vontade do legislador – doutrina subjetivista). Daí que é possível entender como que a dogmática jurídica, de modo geral, encontra-se fincada no pensamento metafísico ocidental, o qual busca a similitude entre pensamento e coisa.

Isso significa que o primeiro passo no campo jurídico consiste em superar essa postura objetivante. Trata-se, pois, de uma nova fundamentação orientada pelo *Dasein*, pelo ser-no-mundo, pela pre-compreensão, pela antecipação de sentido, um projetar-se. É a hermenêutica alimentada pela ontologia fundamental ou analítica existencial.

O processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (*Auslegung*) e passa a ser produtivo (*Sinngebung*).⁴³ No campo jurídico, os casos concretos são decididos no contexto de um certo *locus* hermenêutico, quer em virtude de uma pré-compreensão jurídico-cultural do horizonte humano, quer atenta à historicidade que cunha a respectiva existência. Isto porque de acordo com a filosofia heideggeriana, a questão do sentido do ser passa necessariamente pela questão do ser-no-mundo. O homem, a partir da analítica existencial, é o próprio *Dasein*, apresenta um caráter ontológico antes de qualquer teorização.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.163.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.197.

É dentro desse contexto que a hermenêutica jurídica é constitutiva, prospectiva, com um olhar para além do direito positivo. Considerar-se-á a tensão existente entre o texto da lei e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação realizado pelo magistrado.

Qual a importância de saber qual a “vontade” do juiz (matriz subjetivista), “vontade” do legislador (matriz subjetivista) ou à “vontade” da lei (matriz objetivista)? A relação sujeito-objeto é fruto da história do esquecimento do ser na metafísica ocidental e da filosofia da consciência. A ciência natural sempre observou o homem como ente, como algo simplesmente presente na natureza. Daí o abismo entre as ciências naturais e a observação do homem. A partir desse abismo, Heidegger pergunta: “seria possível atingir desta forma o ser-homem?”⁴⁴ Dentro do projeto científico-natural só é possível ver o homem como ente natural, ou seja, “a pretensão de determinar o ser-homem por meio de um método que absolutamente não foi projetado em relação à sua essência peculiar.”^{45,46}

Daí que a ciência jurídica deve ficar desatrelada ao pensamento científico-natural e encaminhar-se em direção a um pensar filosófico, um pensar dissociado da história da metafísica ocidental que é a história do esquecimento do ser. Observe-se que este pensar deve iniciar-se logo na fase da formação acadêmica dos alunos de graduação do curso de direito e se intensificar na formação acadêmica dos futuros magistrados. Assim, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, onde a compreensão é vista como a estrutura ontológica do *Dasein*.

⁴⁴ Seminário de 2 de novembro de 1964, na casa Boss (Merdard Boss). HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon*. Tradução Gabriela Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2001. p.53.

⁴⁵ Seminário de 2 de novembro de 1964, na casa Boss (Merdard Boss). *Ibid.*, p.53.

⁴⁶ Heidegger alerta, neste caso, que “continua a questão do que tem precedência: este método científico-natural de conceber e calcular de acordo com a legalidade ou a exigência de determinar o próprio ser-homem como tal, na experiência mesma do homem? Perguntamos: em que está baseado este projeto científico-natural da natureza? Onde está sua verdade? Pode-se prová-lo? Não se pode prová-lo. Pode-se unicamente observar, como critério que mostra que o método científico-natural é adequado ao seu âmbito, os efeitos e os resultados que podem ser atingidos pelo pensamento científico-natural. Mas um efeito nunca é uma prova e muito menos um critério para um conteúdo de verdade do método que conduz ao efeito. Que sentido tem o efeito? O domínio da natureza. Nietzsche diz: “A ciência natural quer ensinar com suas fórmulas a *dominação* das forças da natureza: ela não quer colocar uma concepção ‘mais verdadeira’ em lugar da concepção empírico-sensorial (como a metafísica).

A grande decisão é: será que podemos, a partir desta forma da representação científico-natural, que foi projetada sem consideração ao ser-homem específico, observar o homem no horizonte desta ciência, com pretensão de que com isso conseguiríamos determinar o ser-homem? Ou devemos nos perguntar, de acordo com este projeto da natureza: como se mostra o ser-homem e que espécie de acesso e de observação ele exige a partir de sua singularidade?

Repetimos: a verdade de toda ciência natural está no efeito.” Seminário de 2 de novembro de 1964, na casa Boss (Merdard Boss). *Ibid.*, p.53-54.

É, pois, o processo hermenêutico o caminho a ser percorrido pelo intérprete com o objetivo de ir afinando o mérito normativo do caso jurídico a ser decidido, a partir de uma pre-compreensão, ou seja, num primeiro momento nossos pré-juízos devem se dar a partir de uma antecipação do sentido. Só num segundo momento é que será possível ensaiar a sua referência à previsão de uma ou várias normas jurídicas objetificadas no sistema jurídico, ou tomando como base um precedente jurisprudencial. Nesse segundo momento, o intérprete vai argumentativamente discernindo o caso jurídico decidendo. Não deverá o julgador arrancar do sistema jurídico abstratamente considerado, através de critérios lógicos, a decisão do caso concreto. Não há que se deduzir da norma o caso decidendo, no qual este seja pressuposto lógico daquele. Há que se ter em mente a necessidade de superação dos pressupostos da hermenêutica clássica, subsuntiva e dedutivista.

É nesse sentido que o Direito seria entendido como de-cadente e em si alienante, já que ocorreria o encobrimento do seu poder-ser mais próprio, desatrelado ao modo de ser-no-mundo. Essa alienação gera um aprisionamento do próprio julgador, uma vez que sua decisão estaria distanciada da própria pre-sença em seu sentido mais originário. Seria essa, portanto, uma visão objetivista do próprio Direito.

Daí a necessidade de se remeter o Direito a um horizonte ontológico-existencial do *Dasein*, visando ao desenvolvimento de toda uma crítica ao direito vigente e todo o empenho na construção de um horizonte novo para se repensarem os fundamentos do conhecimento jurídico, sobretudo, face à complexidade social do novo milênio.

Vê-se, portanto, a relevância da re-flexão jurídica. Refletir não é trancar-se isoladamente em um conjunto de normas em si e por si. É na reflexão do direito que se retorna ao seu fundamento sem fundo, seu abismo. Logo, a irreflexão do pensamento jurídico é um atrofiamento e um nivelamento do Direito em sua própria inautenticidade.

REFERÊNCIAS

- MORAES, Cleyson de. FRAGA, Thelma Araújo Esteves (Org.) *Novos Direitos: Os Paradigmas da Pós-Modernidade*. Niterói: Impetus, 2004a. p.44-47.
- HEIDEGGER, Martin. *A Essência do Fundamento*. Tradução Artur Moreira. Lisboa: Edições 70, 1988.

HEIDEGGER, Martin. *Identidad y Diferencia*. Tradução Helena Cortés e Arturo Leyte. Barcelona: Anthropos Editorial, 1990.

HEIDEGGER, Martin. *O Princípio do Fundamento*. Tradução Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon*. Tradução Gabriela Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Os Métodos de Interpretação, a Metafísica e de como não há um Grundmethode na Hermenêutica: Um contributo à luz do Ontological Turn*. In: MELLO, STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Recebimento: 15.10.2015

Aprovação: 11.01.2016