

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ANGELA MARTINI

O ATO DE JULGAR COMO ATIVIDADE CONCRETIZADORA DA CONSTITUIÇÃO:  
UMA PROPOSTA À LUZ DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

São Leopoldo

2006

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ANGELA MARTINI

O ATO DE JULGAR COMO ATIVIDADE CONCRETIZADORA DA CONSTITUIÇÃO:  
UMA PROPOSTA À LUZ DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Dissertação apresentada ao Programa de  
Pós Graduação em Direito da UNISINOS  
como requisito parcial à obtenção do  
Título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2006

Os avaliadores, abaixo – assinados,  
aprovam a dissertação

O ATO DE JULGAR COMO ATIVIDADE CONCRETIZADORA DA CONSTITUIÇÃO:  
UMA PROPOSTA À LUZ DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Elaborada por  
ANGELA MARTINI

Como exigência parcial para a obtenção do título de  
Mestre em Direito

EXAMINADORES:

---

---

São Leopoldo

2006

## AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, que, por meio de sua valiosa produção literária, ainda antes do meu ingresso no Programa de Pós-Graduação, reanimou em mim a crença de que a atividade jurisdicional tem força para provocar mudanças na sociedade. A ele também por ter orientado essa pesquisa.

À família e aos amigos pelas palavras não ditas e pelas que não foram ouvidas durante o tempo de dedicação ao Curso.

*No momento em que Alice passa para o outro lado do espelho, nada mais é verdadeiramente como antes.*

*(François Ost)*

## RESUMO

A atividade jurisdicional está assentada no paradigma metafísico que dita o modo reprodutivo de dizer o Direito. No uso de fórmulas silogísticas, o julgador busca recursos para prestar jurisdição e, com isso, manter-se protegido de influências externas e estranhas às questões jurídicas. Com esse operar, julga por representações que sustentam o modelo dual, espaço onde indivíduos e coisas ainda são mediados pela linguagem. A hermenêutica filosófica de fundamento heideggeriano-gadameriano promove a desconstrução desse paradigma e, nessa tarefa, propõe que os olhos do julgador descansem no uno: o homem e as coisas são enquanto vêm à palavra – só há mundo onde estiver presente a linguagem. Nesse modelo em que a mirada se volta às coisas mesmas há ambiente para a criação, para dizer o novo, em uma constante atualização impelida pelo fluir do tempo. Esse é o pensar que se acomoda ao programa inserto na Constituição Federal, quando estabelece que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático do Direito. A proposta nela guardada impõe a concretização de seu projeto que, em síntese, está assentado na garantia dos direitos fundamentais - individuais e sociais - e na democracia. Aqui o Direito tem papel transformador da sociedade e por isso exige um julgador comprometido com a aplicação da norma no seu sentido constitucional em uma relação de pertencimento: um processo de persistente criação de sentido atento à singularidade do caso concreto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Atividade Jurisdicional - Hermenêutica Filosófica - Linguagem - Jurisdição Constitucional- Estado Democrático de Direito

## ABSTRACT

The jurisprudence activity is supported in the metaphysical paradigm, which is the guide line for the reproductive way to speak about law. Using si-logistical formulas, the judge searches for resources to render jurisdiction and, with this, keep himself protected of external and strange influences to the juridical subjects. Acting like this, the judgement is for representations that can support the dual model, space where the individuals and things are mediated by the language. The philosophical hermeneutic with bases in "heideggeriano-gadameriano" promotes the deconstruction of this paradigm and, in this task, it proposes that the eyes of the judge lay at the "uno": the man and the things exist because of the language – there is only a world where the language is. In this model that the look is directed for the same things there is a space to create, to speak about what is new, in a constant actualisation impelled by time. This is the way of thinking that suits to the program inserted in the Federal Constitution, when it establishes that Brazil Federative Republic is constituted in Democratic State of the Law. Its proposal imposes the realisation of its project, which is supported in the guarantee of the fundamental-individual and social – rights and in democracy. Here, the law has the role of transforming the society and because of this it requires a judge compromised with the rule application in its constitutional sense and belonging to the society: a process of persistent creation alert to the singularity of the concrete case



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 NO PENSAR METAFÍSICO REPOUSA A JURISDIÇÃO.....</b>	<b>14</b>
<b>1.1 A HISTÓRIA (DO ESQUECIMENTO) DO SER – ONDE NASCE A METAFÍSICA .....</b>	<b>14</b>
<b>1.2 A EXPERIÊNCIA DA LINGUAGEM – DA INSTRUMENTALIDADE À PALAVRA ENQUANTO LUGAR DE SURGÊNCIA DO MUNDO.....</b>	<b>21</b>
<b>1.3 A METAFÍSICA PENSADA POR HEIDEGGER: TRANSCENDER O SER.....</b>	<b>28</b>
<b>1.4 OS INFLUXOS DO PARADIGMA METAFÍSICO NA ATIVIDADE JURISDICCIONAL .....</b>	<b>34</b>
<b>1.5 OS JUÍZES IMERSOS NO PENSAR METAFÍSICO - O MODO (REPRODUTIVO) DE DIZER O DIREITO .....</b>	<b>40</b>
<b>2 O DESPERTAR DA ATIVIDADE JURISDICCIONAL NO NOVO PARADIGMA HERMENÊUTICO .....</b>	<b>47</b>
<b>2.1 A ONTOLOGIA FUNDAMENTAL DE MARTIN HEIDEGGER – O RESGATE DO SENTIDO DO SER.....</b>	<b>47</b>
<b>2.2 A PERGUNTA PELO SER A PARTIR DO TEOREMA DA DIFERENÇA ONTOLÓGICA. CÍRCULO HERMENÊUTICO E LINGUAGEM.....</b>	<b>53</b>
<b>2.3 O CONTRIBUTO DE HANS-GEORG GADAMER.....</b>	<b>60</b>
<b>2.4 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA - AS BASES DE UMA JURISDIÇÃO CRIATIVA .....</b>	<b>71</b>
<b>3 A CONSTITUIÇÃO CONCRETIZADA NO ATO DE JULGAR .....</b>	<b>75</b>
<b>3.1 MOMENTO NOVO – A ERA DO CONSTITUCIONALISMO.....</b>	<b>75</b>
<b>3.2 O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE POLÍTICA DO JUDICIÁRIO – PROCEDIMENTALISMO E SUBTANCIALISMO .....</b>	<b>80</b>
<b>3.3 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE – A SUA SOBREVIVÊNCIA PELO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>88</b>
<b>3.4 CONTRIBUTO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA – A CONSTITUIÇÃO QUE CONSTITUI.....</b>	<b>95</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>105</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>111</b>

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação se propõe a pensar sobre a atividade julgadora como forma de concretizar a Constituição, a partir do modelo proposto pela hermenêutica filosófica de fundamento heideggeriano-gadameriano, trazendo a lume questão vinculada ao poder criativo do juiz. Eis a abreviada síntese do estudo apresentado.

O ato de julgar como atividade concretizadora da Constituição é uma proposta que nasce a partir da constatação de que, apesar de já passado mais de dezessete anos da promulgação da Lei Maior, a mesma ainda se encontra na condição de guardadora de compromissos não cumpridos, dentre eles a implementação de um autêntico (no sentido gadameriano da palavra) Estado Democrático de Direito e respectivas implicações dele advindas, vazadas, sobretudo, nas garantias dos direitos fundamentais, tanto sob o ponto de vista individual quanto social, e na democracia.

Se no Estado Liberal o foco se voltava à ação legislativa e no Estado Social ao operar executivo, com o alvorecer do Estado Democrático de Direito a tensão se assenta no Poder Judiciário. Esse deslocamento se dá, tal como explica distinta doutrina, em razão de que o modelo inserto no texto constitucional agrega um aspecto normativo à função do Direito – de mero regulador das relações sociais ele passa a atuar como transformador da realidade.

Esse movimento havido em razão da implantação do novo paradigma estatal, alterando a função da ciência jurídica, também o faz com relação ao modelo de jurisdição que nele se presta. Se o direito deve eclodir enquanto transformador do *status quo* vigente, à evidência que o juiz que o deve dizer não pode estar preso à tradição de um julgador que atua como ordinário declarador da ‘vontade da lei’, em

uma clara operação reprodutiva de sentido da norma. É preciso que se dê um passo além, na direção de um operar judicante, em que o significado é desvelado a partir de uma atuação criativa comprometida com o projeto constitucional.

Essa tarefa, que se pretende desbravadora de um caminho (ainda) pouco palmilhado, não prescinde de uma matriz teórica nova, capaz de vencer o pensar metafísico, valorizador das fórmulas silogísticas, que guia a atividade judicante. A construção de um modelo jurisdicional novo exige que também haja inovação na forma de pensar, substituindo-se a compreensão por método pela compreensão do intérprete enquanto ser no mundo.

Uma proposta à luz da hermenêutica filosófica: é nos apontamentos filosóficos de Martin Heidegger e de Hans-Georg Gadamer que o trabalho aqui desenvolvido busca aporte para construir as bases que fundam a possibilidade e a validade desse novo modelo jurisdicional.

Martin Heidegger - e o projeto que desenvolve em *Ser e Tempo* -<sup>1</sup> logra adentrar no pensar metafísico e, a partir de então, criar as bases de uma teoria que além de apresentá-lo enquanto tal irá promover a sua desconstrução. Para tanto, preocupa-se em trabalhar a questão do sentido do ser, estabelecendo a distinção entre ser e ente, a partir de uma diferença que é ontológica.

Esse plano é levado a cabo uma vez lançando mão do único ente capaz de compreender o ser – o homem - que tem Dasein, o ser-aí, enquanto abertura para o mundo – o que o faz pela via da discursividade. Em Heidegger, o homem é *poder ser*; sua ‘essência’ é a existência, e a ‘existência’ é possibilidade. A esses modos possíveis de ser no mundo, nomeia-os de existenciais e passa a examiná-los enquanto componentes da sua analítica existencial.

A situação de ‘ser-no-mundo’ pode ser designada como situação de cuidado, consigo mesmo e com o mundo, caracterizando, assim, as realizações da vida. Para o filósofo de Messkirch, não se pode pensar o cuidado de uma forma desagregada da temporalidade. O cuidado é temporal; configurado a partir do ser-no-mundo como projeto, lançado e decaído, dá uma nova concepção ao ser do homem: sua condição

---

<sup>1</sup>A síntese da estrutura sistemática de *Ser e tempo* é dada por Ernildo Stein em **Seis estudos sobre ‘Ser e Tempo’**. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p.13-14.

fática, como ser lançado e decaído na inautenticidade, e sua condição possível no seu poder ser autêntico.

Dessa forma, no esforço de superação da tradição metafísica, Heidegger estabelece a diferença ontológica entre ser e ente, vencendo a dualidade que povoou o ocidente desde Platão. Ser e ente, pois, são apresentados como uma unidade, uma dobra, um movimento de brotar de si mesmo e de se ocultar – daí o velamento e o desvelamento.

Ao lado do teorema da diferença ontológica, o filósofo da Floresta Negra vai traçar o entendimento da compreensão a partir do círculo hermenêutico. Dessa forma, só se compreende o ser a partir da estrutura ontológica do homem; só se compreende o homem, porque o ser já o constituiu. Nesse movimento circular chega-se à conclusão de que o sentido se dá porque ele faz parte da estrutura prévia da compreensão.

A linguagem assume novo foro nessa filosofia, para a qual sua concepção, enquanto mediadora entre objeto e sujeito, é substituída pela percepção de que ela é constituidora do mundo. Só há mundo porque há linguagem. As coisas só existem como tal porque vem à palavra. O acesso ao mundo se dá, portanto, pelo verbo.

A matriz teórica cunhada por Heidegger recebe seu complemento com os estudos de Hans-Georg Gadamer, que retoma a idéia de círculo da compreensão para demonstrar que o intérprete, ao ler um texto, traz consigo um projeto prévio que precisa de constante revisão, sendo necessária uma abertura tal que permita que se faça ouvir o juízo do interlocutor. Esta concepção anuncia que, quer queira ou não, o homem sofre os influxos da tradição em que se encontra inserto. Assim, a antecipação de sentido, antes de ser um ato de subjetividade, é ato de comunhão, que se dá a partir do movimento do intérprete e da tradição, processo este em contínua e constante formação.

A realidade histórica, pois, tem importância cabal para a compreensão. Entretanto, ela não se apresenta como fenômeno pronto e acabado; se o homem é um ser histórico, há um movimento de permanente constituir-se. Daí o enunciado do filósofo de que compreender é sempre um processo de fusão de horizontes, um resgate do horizonte histórico a partir do horizonte do presente.

Em Gadamer, não se identifica, como no modelo cartesiano, os três momentos da hermenêutica clássica – compreender, interpretar e aplicar. O processo se dá em uma unidade, a *applicatio*, o que importa dizer que cada texto exige uma compreensão, a cada momento e diante de cada situação concreta, concedendo espaço para o momento da criação. É justamente nesse intervalo que, em se tratando de texto jurídico, o juiz dispõe de dados para uma complementação produtiva do Direito.

A exemplo do que ocorre na filosofia heideggeriana, também em Gadamer, a linguagem tem papel fundamental. O *locus* onde se dá a compreensão é a linguagem. Ela é tomada como experiência de mundo e está em contínua construção enquanto traz o mundo à fala. Nesse proceder, ao tempo que diz encerra em si o não dito. Dessa forma, sempre haverá um além do enunciado.

A partir do título proposto (e explicado com o devido aporte teórico) é possível ver que a pesquisa pretende responder à questão referente ao modo de ruptura e transição para um novo paradigma, no qual o atuar criativo do juiz dê condições de possibilidades para a concretização da Constituição.

Nesse traçado, o primeiro capítulo cuidará de delinear o nascedouro da tradição metafísica, demonstrando como a concepção instrumental da linguagem esteve a serviço da manutenção desse legado. Estabelecido o chão que projetou o mundo ocidental em um paradigma para o qual o pensar se faz a partir de categorias fundantes e enquanto repetidor de sentidos, passar-se-á a exprimir como Martin Heidegger denunciou o modelo existente, apresentando-o como tal, e nele adentrando para vencê-lo a partir de sua ontologia fundamental. Ao cabo desse capítulo, examinar-se-ão os influxos que a atividade jurisdicional vem sofrendo em razão do pensamento metafísico e, por conseguinte, a forma reprodutiva como os magistrados vêm dizendo o Direito.

O segundo capítulo retoma a ontologia fundamental de Heidegger, nessa feita, enquanto possibilitadora do resgate do sentido do ser, oculto na tradição metafísica, a partir da analítica existencial e, sobretudo, a partir dos dois pilares de sua filosofia: a diferença ontológica e o círculo hermenêutico. Esse pensar, impensado na tradição clássica, como se verá, construiu-se sobre as bases de uma

nova concepção de linguagem. À filosofia heideggeriana e à sua concepção de compreensão acrescerá o contributo de Hans-Georg Gadamer e, a partir de então, estarão estabelecidos os fundamentos patrocinados pela hermenêutica filosófica para legitimar uma jurisdição de essência criativa.

O terceiro capítulo se ocupará de fornecer as condições de possibilidade para o triunfar desse novo modelo de jurisdição. Apresentando o constitucionalismo como momento novo, apontará o Poder Judiciário como o lugar onde a Constituição haverá de ser concretizada, sobretudo no seu sentido de transformadora da realidade social. Nessa parte do trabalho será focado o problema da legitimidade política do Judiciário, perpassado pela discussão havida entre procedimentalistas e substancialistas, bem assim acerca da sobrevivência do constitucionalismo dirigente, por força de um sentimento constitucional. Ao cabo e como arremate, no item último, será recuperada a hermenêutica filosófica para desvelar a Constituição enquanto experimento do novo.

Revela-se significativo registrar acerca da estrutura interna que se buscou construir em cada capítulo: em um primeiro momento o foco se voltará ao aporte teórico consubstanciado nas bases da hermenêutica filosófica e do neoconstitucionalismo; em um segundo instante, demonstrará, através de situações colhidas do cotidiano, como é possível prestar jurisdição sob a perspectiva produtiva e criativa.

Apontar o modelo reprodutivo de dizer o Direito como velho e inadequado ao novo paradigma instalado pelo Estado Democrático de Direito e promover a ruptura e forma de transição para esse novo, em que se institua o ato de julgar como momento de criação e concretização da Constituição: eis o objetivo fundamental desse trabalho, que teve, em seu nascedouro e em todos os seus momentos, valiosa inspiração encontrada nos estudos do Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, desbravador da designada Nova Crítica do Direito.

Ao fim, não se pode deixar de referir que, antes de tudo, essa dissertação é resultado do experimento da angústia, que se revelou na vivência, dia após dia, de uma atividade jurisdicional ainda incapaz de ser tão transformadora como se a deseja. Mas não se trata somente disso. Ela é também a expressão de cuidado com

a função judicante e o sentimento de esperança de que o novo, enquanto autêntica possibilidade, prevaleça.

## 1 NO PENSAR METAFÍSICO REPOUSA A JURISDIÇÃO

### 1.1 A HISTÓRIA (DO ESQUECIMENTO) DO SER – ONDE NASCE A METAFÍSICA

A atmosfera onde viceja a atividade jurisdicional ainda recebe sopros de um paradigma que acompanha a humanidade há vinte e cinco séculos. A metafísica assenta suas raízes no pensamento grego, com Platão e Aristóteles, vinga na Idade Média, pelas reflexões de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, e se alarga na Modernidade, de Descartes a Nietzsche. Somente na filosofia de Martin Heidegger vai encontrar o traço opositor e, com ele, a sua superação.<sup>2</sup>

A demora do paradigma metafísico na forma de pensar o ser não significa, entretanto, que o início também tenha nele se dado. Antes disso, é na filosofia pré-socrática que se albergam indícios do que mais tarde será resgatado por Martin Heidegger na formulação de sua ontologia fundamental, especificamente no que entendiam por *phýsis* os pensadores daquele tempo.

É preciso um começo. *Phýsis*, para os primeiros pensadores, *era o nome do ser*.<sup>3</sup> Ela estava presente em tudo o que os cercava, inclusive nos seus pensamentos, criações e linguagem. O termo evoca uma dupla animação: uma unidade, que integra aquilo que brota de dentro de si mesmo, indicando movimento, e aquilo que se retém e permanece, denotando repouso. Uma realidade única, que também congrega ser e pensar<sup>4</sup>, em oposição ao dualismo, que, mais tarde, vai povoar o Ocidente.

---

<sup>2</sup>Sobre a desconstrução do pensamento metafísico e o novo paradigma criado pela filosofia de Martin Heidegger, Ernildo Stein em **Diferença e Metafísica**: ensaio sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. Nele o autor, inicialmente, salienta que o filósofo diagnostica o sentido metafísico em seu verdadeiro alcance e, a partir de então, repensa a categoria metafísica de forma crítica.

<sup>3</sup>MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade**: Heidegger e a reconstrução ontológica do real. São Paulo: FAPESP: Annablume, 1999. p. 29.

<sup>4</sup>Heidegger vê a aproximação entre ser e pensar em Parmênides: "Pois o mesmo é pensar e ser". A propósito, Moira (Parmênides VIII, 34-41). In: Ensaios e conferências. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 205-226.



Essa unidade originária se faz ver no fragmento 123, de Heráclito – “o ser (o que brota) tem, em si, a inclinação para ocultar-se”.<sup>5</sup> Aqui, o que irrompe (desvela) está muito próximo do que se encobre (vela), e chega a ser pensado de fato como uma unidade, que só ocorre porque já tem o termo *alétheia* em seu horizonte. *Phýsis* e *alétheia*, no pensamento grego de que se está a cuidar, guardam profunda intimidade com o ser, concebido como o *se apresentar*, em oposição ao não-ser, que inspirava o *afastar-se da presença*.

Em Heidegger ser ente implica: apresentar-se, surgir aparecendo, propor-se, expor alguma coisa. Não-ser, ao invés, significa: afastar-se da aparição (aparecimento), da presença. Assim, o verdadeiro é, como tal, ente, o que quer dizer: o que se mostra no vigor imperante na dimensão do re-velado e chega a sua consistência no mostra-se. A verdade como re-velação não é um acréscimo ao Ser; ela pertence à essencialização do Ser.<sup>6</sup>

A compreensão do ser trazida pelos pré-socráticos, contudo, vai sobrar, em seguida, olvidada, assim permanecendo por longo tempo. Em Platão, a unidade originária, de forma mansa, cede espaço à dualidade; a diferença resta esquecida e, com ela, o ser. A compreensão de *phýsis* em Platão se dá como *idéa*. É nela que o filósofo vê o ser. Entretanto, uma e outra guardam traços distintivos daquela. Enquanto a *phýsis* é movimento que irrompe e permanece, abrindo espaço para a coisa mesma aparecer, a *idéa* é o indício do que se vê, e, portanto, não a coisa mesma.<sup>7</sup>

Esse deslocamento na interpretação tem origem na *República*, especificamente, no mito da caverna. Safranski apresenta a síntese da metáfora<sup>8</sup>, na parte que interessa, observando que enquanto a percepção exterior aprisiona aqueles que estão no interior da gruta, o sentido interno (o pensar) os liberta. É essa *capacidade contemplativa da alma* que permite a vista das coisas como realmente são. Assim, em Platão, as sombras na parede são uma cópia ruim do original. O

---

<sup>5</sup>MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade**: Heidegger e a reconstrução ontológica do real. São Paulo: FAPESP: Annablume, 1999, p. 30.

<sup>6</sup>HEIDEGGER, Martin. **Introdução à metafísica**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969. p. 129.

<sup>7</sup>MICHELAZZO, op.cit.,p. 34.

<sup>8</sup>SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2000. p. 262-264.

verdadeiro conhecimento vai além da cópia e alcança o original, aquilo que propriamente ‘é’ – a verdade absoluta das idéias.

Na dualidade estabelecida entre escuridão (dentro da caverna) e luz (o sol que brilha fora dela), não demora a conclusão de que Platão dá notória preferência à claridade<sup>9</sup>. A narrativa é construída de forma a serem dispostos os vários degraus que precisam ser vencidos até se chegar ao luminoso. A verdade, então, que antes era arrancada de seu ocultamento, e tinha nele a sua origem (alétheia), agora é acessada através dos vários passos recomendados (*idéa*). Esta passa a ser superior àquela. A verdade continua sendo alétheia, mas não com a significação que tinha outrora, na sua gênese; agora, ela denota *exatidão*. A verdade acontece na conformação havida entre o entendimento e a coisa mesma.

Com Platão, pois, inaugura-se o paradigma da metafísica. Ao cuidar da *idéa* como aquilo que verdadeiramente ‘é’, e ao lançar o ente à condição de mera cópia, porque ele somente ‘é’ parte no ser (*idéa*), o pensador grego oferece condição de possibilidade a que todo o pensamento que pensa o ser, se conforme à noção de *idéa*, tornando-se, em igual medida, paradigmático.

Na preleção *Que é metafísica?* (1929), Heidegger alerta que

pelo fato de a metafísica interrogar o ente, enquanto ente, permanece ela junto ao ente e não se volta para o ser enquanto ser. (...) Por que não pensa a metafísica na verdade do ser? (...) A metafísica expressa o ser constantemente e das mais diversas formas. Ela mesma suscita e fortalece a aparência de que a questão do ser foi por ela levantada e respondida. Mas a metafísica não responde, em nenhum lugar, a questão da verdade do ser, porque nem a suscita como questão. Ela não problematiza por que é que somente pensa o ser enquanto representa o ente enquanto ente. Ela visa ao ente em sua totalidade e fala do ser. Ela nomeia o ser e tem em mira o ente enquanto ente.<sup>10</sup>

A palavra-guia em Aristóteles é *enérgeia*, também ela representada pela dualidade sensível e supra-sensível. A presença sensível é aquela que tem um

<sup>9</sup>MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade**: Heidegger e a reconstrução ontológica do real. São Paulo: FAPESP: Annablume, 1999. p. 34-35. Os gregos tinham na palavra alétheia a concepção de verdade enquanto não-ocultamento – isso aí que foi arrancado da ocultação. Isso significa que o velado não lhes era estranho; ao contrário viam nele o lugar da origem da verdade. Nada obstante, no mito da caverna, Platão relega esse local a um espaço marginal.

<sup>10</sup>HEIDEGGER, Martin. *Que é metafísica?* Traduzido por Ernildo Stein. In: **Conferências e escritos filosóficos**, p.35- 51. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 55-57.

sentido primordial, o que subsiste por si mesmo, o singular; a presença supra-sensível é subordinada, significa o aspecto que se manifesta. Embora a divergência com Platão, que via no sensível a forma da imitação, Heidegger lembra que Aristóteles não resgatou o ser do pensamento pré-socrático, porque entre a *enérgeia* e a primordial essência do ser (alétheia/*phýsis*) está a *idéa*.<sup>11</sup> Vattimo<sup>12</sup> assinala que a concepção aristotélica do ser representa um passo para a sua identificação com aquilo que está *efetivamente presente*.

No medievo, os ensinamentos evangélicos buscam na Grécia clássica os fundamentos para sustentar a doutrina cristã. À medida que os ensinamentos de Deus se transformaram em dogmas, por ato da teologia, perpetua-se a condição metafísica. Na patrística (Séculos II e VIII) projetava-se o intento de amearhar argumentos para formar o corpo doutrinário da Igreja e, pela via oposta, afastar qualquer atentado pagão à doutrina. A base para a edificação dessas obras era colhida junto a Platão, o que significa dizer que se construiu a partir do pensamento dual da realidade – da escuridão da caverna (pecado) para a clareza do mundo (salvação). Nas *Confissões* de Santo Agostinho tem-se a paridade entre o mito platônico e a proposta cristã.

O movimento escolástico (Século IX a XV) teve em mira o tema Deus e a criação, e é em Santo Tomás de Aquino que se o vê vibrar com mais força. A inspiração é buscada em Aristóteles. A *enérgeia* (presença constante) é traduzida em realidade, que denota, tal como aquela, a esfera sensível e a supra-sensível, do singular e do geral. Esta, considerando o seu vínculo com a *idéa* platônica, conserva a noção de coisa original, causa. O ser passa a ente real e eficaz, e também aquele que traz determinados desdobramentos, é dizer, o ser é colocado entre os entes, na medida em que é concebido como o que possui a característica da presença capaz de conferi-la aos demais.

Em síntese, *o ser, interpretado no seu caráter causal, é aquele ente último, supremo, que se apresenta em toda a sua pureza e que nunca conhece senão a sua*

---

<sup>11</sup>MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade**: Heidegger e a reconstrução ontológica do real. São Paulo: FAPESP: Annablume, 1999. p. 46.

<sup>12</sup>VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10 ed. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 93. O autor afirma que Aristóteles concebe o ser em dois sentidos: como *que coisa* (essência) e como *que* (existência efetiva).

*sempre realização*,<sup>13</sup> - o ente nomeado Deus, o princípio e a causa única e universal dos demais entes. Quanto ao homem, fica-lhe reservada uma posição especial entre Deus e as demais criaturas; ele vive no espaço da realidade sensível, mas tem acesso ao supra-sensível. É o real eficaz, que tem seu fundamento descansando no real supremo. A mesma dualidade vista em Platão e Aristóteles.

Tem-se, então, que o trânsito do medievo para a modernidade se fez sem ruptura. René Descartes manteve a tradição dual da realidade. A agora designada *res cogitans* (supra-sensível) continua com a marca legada pela época que a precedeu, qual seja, o espaço que há entre Deus e as demais coisas; a marca distintiva está, entretanto, não no fato de ser o homem filho de Deus, mas na circunstância de possuir a capacidade de pensar. A essência do homem é dada pela faculdade do pensamento. O sensível, ao seu tempo, é nomeado de *res extensa*, e se opõe à essência cogitante. Paulatinamente, o pensamento se afasta do princípio Deus, e passa a ver na razão o fundamento inconcusso, que se impõe de forma absoluta.

O modo de pensar, agora, se faz fundado na representação, primeiro, enquanto capacidade de encerrar o objeto em sua similitude, depois, como a capacidade de produzir a imagem da coisa, tornando o homem que calcula 'certo do existente'. Stein, invocando a sempre filosofia de Heidegger, esclarece que o pensar por representação permanece na seara da objetivação.<sup>14</sup> Somente o que pode ser convertido em objeto é capaz de existência, e o ser do ente será interpretado com o auxílio da matemática, conferindo-lhe o atributo de certeza. Em outras palavras, a característica constitutiva do ser é a certeza.

Como desdobramento dessa premissa, se extrai o entendimento de homem enquanto sujeito (consciência) – existente onde se fundam os demais existentes, de acordo com o seu ser e a sua verdade – e de mundo enquanto imagem, apta a ser aprisionada pelo homem (objeto). O homem como princípio fundamental de todos os entes assim se mantém em Kant, Hegel e Nietzsche, expirando no pensamento deste último.

---

<sup>13</sup>MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade**: Heidegger e a reconstrução ontológica do real. São Paulo: FAPESP: Annablume, 1999. p. 54.

<sup>14</sup>STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**: filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 57.

Com a célebre frase *Deus morreu... E fomos nós que o matamos*, Nietzsche comunica que o mundo do supra-sensível esmoreceu, levando consigo a capacidade de representação sobre a qual se apoiava a compreensão da realidade. Com isso, o homem perdeu as referências normatizadoras que o guiavam – tudo se torna nada (*nihil*). Entretanto, o universo supra-sensível não desaparece; os antigos padrões são substituídos por outras formas de absoluto. Os valores antes conhecidos cedem espaço à vontade de potência, enquanto a nova essência do ser humano se liga à idéia de um super-homem.

Franca D'Agostini pontua que o niilismo, enquanto condição de um mundo sem verdade, acabou por ser partilhado pela filosofia contemporânea, no instante em que passou a refletir sobre o 'fim de valores', a 'morte de Deus' ou a 'crise da razão'. A partir dele, acrescenta, ou o pensamento se encaminha para a reconstrução da razão ou se dirige para uma tomada de consciência do fim da 'aventura metafísica', no sentido de sua ultrapassagem.<sup>15</sup>

Nada obstante, embora a crítica à filosofia platônica e aos valores cristãos, e apesar do esforço para tentar vencer a metafísica, Nietzsche é tido por Heidegger como o último herdeiro deste pensamento, porque não conseguiu superar o niilismo, porque não conheceu sua essência, nem a própria metafísica: *Isto porque a essência do niilismo está ligada à essência da metafísica, em virtude desta interpretar o ser do ente como 'nada'. Daí que a metafísica, na sua essência, é também niilismo. Ela é o nihil – pois na sua interpretação do ente, nada fica do ser, nada brilha de sua luz, nada aparece de sua vontade.*<sup>16</sup>

Em vastíssimas linhas, esses são os traços centrais da origem e do desenvolvimento do paradigma metafísico, que, tendo se desenvolvido por vinte e cinco séculos, encontrou na ontologia fundamental de Martin Heidegger a sua vencedora. Para travar esse embate, todavia, o filósofo teve que, antes de qualquer teorização, nela adentrar.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup>D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e continentais**. Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 66-68.

<sup>16</sup>MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade**: Heidegger e a reconstrução ontológica do real. São Paulo: FAPESP: Annablume, 1999. p.156.

<sup>17</sup>STEIN, Ernildo, em **Diferença e Metafísica**: ensaio sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000 observa que a história da metafísica é sempre uma história viva – ela é passado-

À guisa de arremate dessa primeira parte, tenha-se a síntese da questão metafísica na voz de Michelazzo. Segundo ele, a unidade originária dos pré-socráticos, em que se tinha a distinção e a pertença do real a um só tempo, como uma dobra, cinde-se, abrindo-se um abismo entre as duas realidades e configurando uma situação de opostos, cada um com suas leis. O que outrora pertencia à mirada do uno, agora se faz na dualidade. O sensível e o supra-sensível não mais estão separados enquanto pertença, mas divididos em blocos adversos, nos quais já pertinência e tensão se foram.

Nesse espaçar, perde importância a dimensão do sensível, porquanto foi relegada à condição de aparência, imitação. O supra-sensível, outrossim, angaria extensão, uma vez que é tido e visto como o único real. É onde habitam os entes, figuras exemplares, modelos, referências aos entes finitos da realidade sensível. *Refere-se a uma única idéia, a idéia das idéias, o ente dos entes, o ente número um, (...) a causa primeira e universal de tudo aquilo que vem a ser o que 'é'.*<sup>18</sup>

O ente supremo, o *um*, é a pedra do alicerce da construção do pensar metafísico. É o que se conhece por fundamento último, aquele lugar que não pode ser ultrapassado, porque nada existe além dele. Os entes mais gerais são, no dizer do autor supracitado, as vigas e as colunas, que, partindo do alicerce, montam o edifício. Daí o remate de que a obra metafísica é linear, fechada e previsível e, ainda, firme, absoluta e inabalável.<sup>19</sup>

Nos paradigma das filosofias da consciência, teoriza Ernildo Stein, *o ponto de partida é de certo modo absoluto, o que permite a produção de um observador imparcial dos passos que a consciência realiza através das figuras que se sucedem.*<sup>20</sup>

---

presente. Sempre há uma sobra que não se conseguiu extrair e que precisa ser atualizada. (...) A desconstrução é realizada de dentro para fora. p. 49-50.

<sup>18</sup> MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade**: Heidegger e a reconstrução ontológica do real. São Paulo: FAPESP: Annablume, 1999. p. 41.

<sup>19</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>20</sup> STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre 'ser e tempo'**. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 53.

## 1.2 A EXPERIÊNCIA DA LINGUAGEM – DA INSTRUMENTALIDADE À PALAVRA ENQUANTO LUGAR DE SURGÊNCIA DO MUNDO

Ao longo do seu percurso, a história do ser, na tradição metafísica, contou com importante aliada: a linguagem. O *Crátilo*, de Platão, é o mais antigo tratado sobre o tema herdado pelo Ocidente. No escrito, guarda-se a discussão entre Crátilo e Hermógenes, mediada por Sócrates; aquele defende a tese de que as coisas têm seu nome dado de acordo com a sua natureza; este sustenta a posição de que o significado é dado pela convenção e pelo uso. A solução adotada pelo *Sócrates platônico* é intermédia – os nomes são criados pelo onomaturgo (convenção), mas também se referem à natureza da coisa nomeada.

Àquele tempo vigorava o pensamento objetivista, ou seja, a concepção de que as coisas possuíam qualidades, relações e diferenças entre si. Cabia ao espírito captar essa ordem objetiva e traduzi-la por uma expressão reta, adequada. Não sobram dúvidas, pois, acerca do caráter instrumental da palavra, o que conduz também ao entendimento de que, em Platão, há uma isomorfia entre a estrutura gramatical e a estrutura ontológica – entre linguagem e ser.<sup>21</sup>

Entretanto, apenas essa afinidade não basta, e o filósofo admite também a existência de convenção na formação da palavra; não uma convenção arbitrária, mas algo que se dá em conformidade com os costumes do uso da língua. Ela somente poderá ser usada com eficiência quando uma comunidade obtiver o sentido comum e observar as mesmas regras.

Essa evidente noção de instrumentalidade da linguagem traz consigo um efeito importante, que, pode-se dizer, já está a serviço da metafísica. Trata-se da noção de que as coisas, por elas mesmas, são conhecidas independentemente da linguagem, porquanto essa carrega em si a potencialidade para o erro. A tese fundamental de Platão e de toda a filosofia do Ocidente está em que *na linguagem não se atinge a verdadeira realidade e que o real só é conhecido verdadeiramente*

---

<sup>21</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 20.

*em si sem palavras, isto é, sem mediação lingüística.*<sup>22</sup> A partir dessa funcionalidade instrumental-designativa, o desdobramento não pode ser outro: Platão começa a esconder o ser.<sup>23</sup>

Aristóteles, a exemplo do que fizera Platão com suas reflexões sobre a linguagem, também combatia os sofistas, na medida em que acreditava que a elocução não poderia tudo dizer sobre qualquer coisa. Entretanto, o filósofo, se não a concebia como categoria autônoma, também não a identificava com a *physis* pré-socrática.<sup>24</sup> O pensamento aristotélico se movia, pois, no mesmo ritmo do platônico, a saber, também ele dispensava à linguagem um papel secundário; entretanto, ela, ao invés de mostrar as coisas pela *mímesis*, o fazia pela significação. Em Aristóteles, então, a palavra só tem possibilidade de sentido, na medida em que transparece a essência das coisas. Se ela é ambígua, é porque as coisas não se mostram de uma forma clara, não simplesmente porque o discurso tem limites inatos.

O pensamento de Aristóteles, segundo Manfredo de Oliveira, move-se em uma dupla direção: por um lado, ele acentua a diferença entre linguagem e ser, com o que aprofunda a concepção designativa da linguagem, revelando sua função secundária. Entretanto, por outro, a linguagem não é imagem (reprodução do real), mas seu símbolo, e por isso ela não o manifesta, mas o significa. O discurso em geral é distinguido da proposição, porque esta diz algo a respeito de algo, é o singular, em oposição àquele, que é universal. Daí o entendimento de que a proposição é o lugar da verdade. O que vai conferir unidade à significação das palavras é a essência das coisas – *a análise dos fundamentos da linguagem desemboca assim numa ontologia, pois, em última análise, é a unidade do que é que legitima a unidade da significação.*<sup>25</sup>

A outra dimensão do pensar aristotélico se dá no fato de o filósofo conceber que, apesar da distância entre o ser e a linguagem, não há outra forma de ter

---

<sup>22</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 22.

<sup>23</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.118.

<sup>24</sup>Idem, p.120.

<sup>25</sup>OLIVEIRA, op. cit., p. 28-31. O autor traz o seguinte exemplo: o que vai garantir o significado da palavra cão é o mesmo que faz cão ser cão.



acesso àquele senão que por via desta. Há um caráter de obrigatoriedade da mediação lingüística para se ter acesso ao ser. Enquanto se fala acerca das coisas, já sempre se tem uma pré-compreensão do real. Assim, além da linguagem ser necessária para expressar a coisa, ela também o será para sua própria constituição.

Em suma, no pensamento de Aristóteles se vê uma gênese platônica, que pensa o enunciado enquanto instrumento, mas também se observa o apontar para uma percepção moderna, segundo a qual só há ser, se mediado pela linguagem, embora tenha sido a concepção designativa a que influenciou sobremaneira o Ocidente.<sup>26</sup>

Ainda nesse flanco que conta a trajetória da linguagem, importante observar o papel que ela desempenhava junto aos estóicos, para quem somente o individual é real. Em contrapartida, o universal, a essência, não tem qualquer valor enquanto designativos da existência real. A exemplo dos sofistas, eles têm o interesse voltado à constituição de uma teoria do discurso, donde ser importante ressaltar que propuseram uma ruptura entre as palavras e as coisas.<sup>27</sup>

Em Santo Agostinho, as palavras são consideradas signos que não remetem a coisas, senão que a outros signos. Nesse movimento, a significação, ao invés de se dar na referência signo-coisa, ocorre na via signo-signo. Não há, pois, relação direta entre o enunciado e o real, o que há, sim, é relação entre vários signos. Por conseguinte, e considerando que as palavras têm uma predisposição à equivocidade, a verdade não pode ser encontrada nelas, mas na interioridade do sujeito.<sup>28</sup>

No século XIV, Guilherme de Ockham opõe-se frontalmente à tradição grega essencialista. Segundo seu pensar, os universais não existem, pois não se faz ver qualquer realidade que corresponda a eles. O que há, diz ele, são apenas individuais particulares. Com essa idéia, a linguagem passa a ser valorizada sobremaneira e, então, cria um lugar de *rompimento com os dualismos metafísico-*

---

<sup>26</sup>Consoante Manfredo Araújo, essa assertiva pode ser bem comprovada a partir da constatação de que Descartes aceita a existência de uma reflexão independentemente da linguagem. p. 33.

<sup>27</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.126.

<sup>28</sup>Idem, p.127-28.

*essencialistas (...), ao que abrem os caminhos para o triunfo da viragem lingüística ocorrida neste século.*<sup>29</sup>

Consoante Lenio Streck, o *'primeiro' giro lingüístico* e, por conseguinte, o inicial movimento de ruptura com o paradigma instituído pela filosofia da consciência e a instauração da filosofia da linguagem, se deu com Johann Georg Hamann, Johan Gottfried Herder e Wilhelm von Humboldt. Do caminho traçado desde a linguagem tida como mera transmissora de concepções pré-lingüísticas, ou instrumento para designar realidades que já existem independentemente delas, se vai em direção à perspectiva da linguagem como constituidora do mundo.

Para Hamann, a linguagem não é algo simbólico, que sucede a algo já pensado ou conhecido. A sua teoria cuidou de conferir a ela uma constituição empírica e transcendental – assim como o Eu transcendental, também a linguagem é formadora do mundo. Herder, a seu tempo, deixou de lado a concepção que via na linguagem condição de conhecimento dos objetos, para tratá-la como abertura do mundo: *Em resumen, el lenguaje es el rasgo distintivo de nuestra razón y el único que permite que ésta asuma una figura y se propague.*<sup>30</sup> Em outras palavras, tudo o que foi dito ou pensado por alguém, um dia, não chega até o homem, senão que pela via da linguagem.

A propósito, calha trazer à luz Stein, quando afirma que não existe nenhum saber não-proposicional. Todo o saber se dá pela linguagem e, para além disso, o que torna o ser humano racional é a sua capacidade de fazer uso correto de enunciados assertóricos predicativos. Nem a idéia de Platão ou a substância de Aristóteles, nem o Deus da Idade Média ou as formas puras de Kant, nem o sujeito absoluto de Hegel é princípio de racionalidade se antes não tem na linguagem esse pressuposto de racionalidade.<sup>31</sup>

Em Humboldt, a linguagem não é meio para expor a verdade conhecida; antes disso, ela descobre o que era desconhecido. É nele que Gadamer tem o ponto

---

<sup>29</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.133. Atente-se que o autor aborda a temática do nominalismo e do conceitualismo, desde seu nascedouro com Guilherme de Ockham e Pedro Abelardo, passando pelo seu retomar com Hobbes e Locke.

<sup>30</sup>Idem, p.141.

<sup>31</sup>STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p.16

de partida para suas reflexões. Humboldt desvenda o problema da origem da linguagem, dizendo que o mundo só o é, a partir dela, visto que se mostra estranho pensá-lo como um espaço onde, somente em época posterior, tenha surgido a palavra. Gadamer também concorda com o Humboldt, quando este faz da linguagem não apenas um meio de inserção do homem no mundo, mas a decorrência de sua constituição lingüística – *O mundo só é mundo enquanto vem à linguagem.*<sup>32</sup>

A idéia de que o ser se oferece à compreensão enquanto linguagem (ser que pode ser compreendido é linguagem) assume importância decisiva em Gadamer, como será retomado no segundo capítulo dessa pesquisa. De qualquer sorte, impende aqui registrar a concepção segundo a qual, com ele, a linguagem não é um instrumento de que se dispõe, *mas, quando muito, o lugar no qual (já sempre) habitamos. Não existe uma experiência anterior à linguagem, como não existe um alhures da linguagem; não existe um mundo distinto da linguagem.*<sup>33</sup>

A par do caminho esquadrihado até aqui, a viragem lingüística propriamente dita ocorreu sob três frentes, na concepção de Streck.<sup>34</sup> Na primeira delas, que pode ser designada de *empirismo lógico*, ambicionava-se a construção de linguagens ideais. É o espaço onde se deu o Círculo de Viena e onde pode ser inserida a obra da fase inicial de Wittgenstein (*Tractatus*). Exaltava-se, então, o rigorismo lingüístico, sem o que, entendiam os defensores dessa tese, não há ciência.

A outra frente sob a qual se alargou a reviravolta lingüística foi a filosofia de Wittgenstein em sua segunda fase, ou seja, a referente à obra *Investigações Filosóficas*, que se opôs frontalmente ao *Tractatus*. Enquanto no seu primeiro momento Wittgenstein propunha uma correlação exata entre a estrutura ontológica do mundo e a estrutura da linguagem, no instante posterior, ele passa a construir a crítica à filosofia da consciência.

---

<sup>32</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.143.

<sup>33</sup>D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e continentais.** Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2003. p. 417. Ao tratar de Gadamer e a linguagem refere ainda o autor que, já que estamos na linguagem, é impossível ter dela uma visão completa e definitiva: se examino aquilo a que pertencço, diz, o meu trabalho será infinito, eternamente incompleto (p. 418).

<sup>34</sup>STRECK, op. cit., p.161.

Nesse tempo, o seu pensamento se volta à concepção de que não existe um mundo em si independente da linguagem, que deveria ser copiado por ela. Só temos o mundo na linguagem (...) Entidades, atributos, as próprias coisas se manifestam em seu ser precisamente na linguagem.<sup>35</sup> É dizer, a linguagem não mais é uma ferramenta que transporta conhecimento, mas condição de possibilidade da constituição do conhecimento.

Em decorrência desta postura, Wittgenstein se põe a afirmar que não há essência. Além disso, propõe que seja abandonado o ideal de exatidão na linguagem, porque ela é indeterminada, sendo que sua significação sempre se dá de forma provisória. Com isso, o sentido da palavra só pode ser conhecido quando observado o contexto em que foi empregado. Para ele, a linguagem é uma atividade humana, capaz de promover a inserção social, mas que não se apresenta já pronta e acabada; seu (bom) uso deve se dar a partir da capacidade de criação e invenção, tal como um jogo.

Wittgenstein torna o jogo uma categoria central para expressar sua nova concepção acerca da linguagem. Nesse trilhar, ela não consiste apenas em designar objetos por meio de palavras, já que estas se encontram inseridas em uma situação global, que normatiza seu uso. Logo, a análise da significação das palavras não pode ser feita sem levar em conta o contexto de vida em que elas se inserem. .<sup>36</sup>

Luis Alberto Warat considera que, nesse momento da sua evolução teórica, Wittgenstein passa a acreditar que correta é a linguagem natural; as dificuldades lingüísticas surgem, tão somente, porque os filósofos a reconstituem de forma deficiente. Desse excerto se pode concluir, pois, que a solução dos problemas lingüísticos surge da compreensão de como se utiliza a linguagem de fato.<sup>37</sup>

A terceira frente na qual se desenrola o giro lingüístico apóia-se na teoria de John Langshaw Austin (teoria dos atos da fala). Com esse trabalho, conforme

---

<sup>35</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 127-28.

<sup>36</sup>ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. p. 59.

<sup>37</sup>WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p.63.

Manfredo Araújo de Oliveira<sup>38</sup>, o autor pretende aclarar a tese de Wittgenstein, segundo a qual o significado das palavras consiste em seu uso. A partir de então, planeia uma sistematização das diferentes funções da linguagem, tomando como ponto inicial a questão: *que é um ato de fala?* A complexidade de tal agir, consoante o autor, requer que tal temática seja examinada sob três dimensões: uma primeira, que diz algo (ato locucionário), uma segunda, que faz algo (ato ilocucionário) e uma terceira, que provoca certos efeitos nos sentimentos, pensamentos e ações de outrem (ato perlocucionário). Portanto, três aspectos concomitantes no momento único da fala.

A linguagem é, pois, como já o dissera Wittgenstein, ação social. Todavia, em Austin, o caminho para a consideração da linguagem é o 'lingüístico fenomenológico', uma descrição das coisas mesmas antes de qualquer postura teórica.<sup>39</sup> Assim, é preciso descrever a linguagem normal, o que importa entender que essa possibilidade somente se dá no contexto em que os indivíduos interagem de forma simbólica. O sentido, então, estaria na situação sócio-cultural, e não na consciência transcendental. Aquele que fala, desde já, sempre tem intuitivamente as regras de sua elocução.

Entretanto, não é nessa linguagem ordinária que se basta Austin, ao contrário do que ocorrera com Wittgenstein, já que ela não pode ser considerada como algo intocável. É preciso ir além, buscando meios necessários para aperfeiçoá-la, e isso significa encontrar uma análise da linguagem crítica enquanto teoria dos atos da fala, algo que consiga tematizar as condições de sua realização.<sup>40</sup>

Guardada a notória limitação que impõe a proposta desse trabalho, eis os dados necessários à compreensão do que ocorreu em sede de *linguistic turn*. Trata-se de uma evidente invasão da filosofia pela linguagem, o que leva ao entendimento de que já não mais é possível pensar sem pensá-la, em um único movimento. Com isso, e notadamente a partir da ontologia fundamental de Martin Heidegger, análise a que se propõe o segundo capítulo desse escrito, chega-se à constatação de que

---

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 157 e seguintes.

<sup>39</sup> Idem, p. 165.

<sup>40</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 169.

não cabe mais a pretensão de se conhecer o mundo e de se alcançar o sentido do ser pela via da filosofia da consciência.

O tempo é outro. Onde antes a cena se compunha de 'sujeito que conhece um objeto fazendo uso da linguagem', agora reina o espaço da palavra como o lugar do conhecimento, o sítio onde há a surgência do mundo, do sujeito, da ação e do sentido. Ambiente adequado para a criação, porque *nomear, adjetivar é, em certo sentido, criar.*<sup>41</sup>

### 1.3 A METAFÍSICA PENSADA POR HEIDEGGER: TRANSCENDER O SER

Como já dito, em Platão, no seu pensar pela alegoria do mito da caverna, nasce a metafísica, e, a partir desse momento, começa a história de esquecimento do ser, que somente no século XX será resgatada e trabalhada por Martin Heidegger. Essa tradição se perpetua ao longo da trajetória ocidental com o importante auxílio da linguagem, na medida em que ela sustentou o paradigma da filosofia da consciência, considerando-a como elemento secundário, com função designativa e instrumental, que busca na essência da coisa - ou na consciência do sujeito - o conhecimento para tão somente servir de veículo para externá-lo.

Vistas, então, a história (de esquecimento) do ser e a experiência da linguagem, ambientes em que nasceu e se incubou a metafísica, é preciso trazer a lume a maneira como Heidegger, aquele que a nomeou responsável pela não surgência do ser, concebeu-a em seu modo-de-ser-no-mundo, e como pretendeu vencê-la com sua ontologia fundamental, embora seja esta última tarefa relegada ao próximo capítulo desse escrito.

Parece importante iniciar lembrando que o próprio Martin Heidegger, depois de *Ser e Tempo*, reconhecerá que seu projeto não alcançou termo por *insuficiência de linguagem, isto é, pela impossibilidade de desenvolver a indagação dispendo apenas da linguagem filosófica herdada pela metafísica*<sup>42</sup>, que via o ser com o

---

<sup>41</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 172.

<sup>42</sup>VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger.** 10 ed. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 63.

modelo da simples-presença, quando, como entendera o filósofo de Messkirch, a presença é apenas uma das dimensões do tempo.

Desde *Ser e Tempo*, a palavra metafísica, para Heidegger, continua a assinalar o pensamento que põe o problema do ser mais além (meta) do ente enquanto tal. Entretanto, esse pensar se faz de modo diverso do que aquele presente na tradição ocidental. Em Heidegger, conhecer o ente significa ter uma prévia compreensão do ser do ente, ou seja, o 'projeto' dentro do qual o ente chega ao ser, aparecendo na presença.<sup>43</sup> Isso é *transcender o ser*, ir além do ente como tal. Essa tarefa é assim descrita, nas palavras do filósofo:

Caso a questão do ser deva adquirir a transparência de sua própria história, é necessário, então, que se abale a rigidez e o endurecimento de uma tradição petrificada e se removam os entulhos acumulados. Entendemos essa tarefa como *destruição* do acervo da antiga ontologia, legado pela tradição. Deve-se efetuar essa destruição seguindo-se o *fio condutor da questão do ser* até se chegar às experiências originárias em que foram obtidas as primeiras determinações do ser que, desde então, tornaram-se decisivas.<sup>44</sup>

Mafalda Blanc explica que a ontologia clássica compreende o ser como transcendental, porém enquanto condição de generalidade de todos os entes. O pensamento originário de Heidegger, todavia, alcança diferenciar ontologicamente ser e ente. Esse passo além foi possível, porquanto o filósofo efetuou a destruição da tradição, considerando o tempo na sua função transcendental, ou seja, como horizonte, que determina o ser, a sua compreensão e a sua conceitualização.<sup>45</sup>

Heidegger reputa de importância capital conhecer a essência da metafísica, destacando os problemas inerentes a ela, e procurando solucionar os dilemas dela advindos. Isso significa pensá-la a partir da compreensão histórica do ser, lançado em uma tradição e lançado em uma linguagem. Para tanto, enfrenta os problemas do fundamento, do nada e da verdade.<sup>46</sup>

<sup>43</sup>VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10 ed. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 67.

<sup>44</sup>HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 51.

<sup>45</sup>BLANC, Mafalda Faria. **O fundamento em Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p.42-43.

<sup>46</sup>VATTIMO, op. cit., p. 70-71.

Ao cuidar do fundamento, Heidegger, consoante aclara Gianni Vattimo, partirá de Leibniz e do princípio da razão suficiente, de acordo com o que o conhecimento do ente é o conhecimento que o conhece em seu fundamento. Entretanto, com base nas reflexões ditadas em *Ser e Tempo*, o filósofo dirá que a validade do princípio deverá remontar ao Dasein. E assim o é, porque Dasein é projeto lançado e, enquanto tal, assume a sua própria situação, com o que torna presente o ente que se lhe apresenta. Além disso, enquanto projeto lançado, ele tem já sempre a compreensão do ser do ente, que se faz pela via da discursividade.<sup>47</sup>

A pre-sença, diz Heidegger, não é algo simplesmente dado que ainda possui de quebra a possibilidade de poder alguma coisa. Ela é, primeiramente, possibilidade de ser. *Toda pre-sença é o que ela pode ser e o modo em que é em sua possibilidade.*<sup>48</sup> Isso significa, ainda nas palavras do filósofo de Messkirch, que *a pre-sença é de tal maneira que ela sempre compreendeu ou não compreendeu ser dessa ou daquela maneira.*<sup>49</sup>

Diante disso, o 'verdadeiro' fundamento é o Dasein, embora não no sentido metafísico da razão suficiente, dado o fato de que ele não é uma simples presença para além do que não se pode ir e do qual tudo emana. Não é uma simples presença, porque é projeto, e, como tal, não é algo que exista como base. O Dasein é ausência de fundamento, ou ainda, é abismo sem fundo.

Ernilo Stein mostra que a fundamentação, em Heidegger, não é do tipo subjetivista ou objetivista. Ela tem um caráter prévio, algo *em que já sempre existe um compreendermos a nós mesmos*; é o sentido previamente antecipado, que se aponta na compreensão do ser. Ao contrário do que pretendia a metafísica, a ontologia fundamental não quer um fundamento inconcusso, porque o *Dasein* é abissal.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup>VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10 ed. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 72.

<sup>48</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 199. A expressão presença é, tal como Dasein, entendida enquanto local onde o homem constrói o seu modo de ser, a sua existência, conforme CARNEIRO LEÃO, Emmanuel. *Notas de Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2004, p.309.

<sup>49</sup> Idem. *Ibidem*.

<sup>50</sup>STEIN, Ernilo. **Diferença e Metafísica**: ensaio sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 58.



Em verdade, na preclara lição de Lenio Streck, há um pertencer recíproco entre ser e fundamento, uma co-pertença: Temos assim que o fundamento recebe a sua essência da sua participação no ser e que o ser impera como ser, na medida em que participa da essência do fundamento,<sup>51</sup> sempre se tendo em conta o fundamento, não na sua acepção fundante, mas enquanto ser que se manifesta fenomenologicamente. Dessa idéia de co-originariedade, extrai-se a significação mediante a qual não se pode pretender deduzir algo de algo, ou, na pronúncia do mesmo pensador gaúcho, é preciso ter claro que o sentido do ser de um ente não pode ser constitutivo do sentido do ser de outros entes.

Outro problema capital no trato da metafísica diz com a questão do nada. A dificuldade resume-se na seguinte pergunta: *por que o ente, e não antes o nada?* A metafísica se define como tal porque não resolve esse problema. O perquirir pelo ente remete ao estar em seu interior e nele buscar a justificação e o fundamento. O complemento '*e não antes o nada*' é o que vai conduzir à transcendência do ente e à tematização do problema do ser como tal. Na abertura desse flanco se pode ver a sutil relação entre o nada e o ser.

Esse nexos entre o ser e o nada se faz ver na preleção *Que é Metafísica?*. local onde Heidegger aponta que, para a ciência, na tradição que se conhece, *pesquisado deve ser apenas o ente e mais – nada; somente o ente e além dele – nada; unicamente o ente e além disso – nada. Que acontece com esse nada?*<sup>52</sup> A resposta já ecoa como uma solução – na medida em que se interroga sobre ele, supõe-se que ele é, tal como um ente, embora dele se distinga, para que, assim concebido, seja possível seu desvelamento. O nada, continua Heidegger no mesmo escrito, é a negação da totalidade do ente.

A experiência do nada, ao contrário do que se poderia supor, não é dada no plano da compreensão, mas no da emotividade. É pela via da angústia<sup>53</sup>, a abertura

---

<sup>51</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica (jurídica)**: compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? uma resposta a partir do ontological turn. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; (organizadores). São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2003. p. 233.

<sup>52</sup>HEIDEGGER, Martin. *Que é metafísica?* Traduzido por Ernildo Stein. In: **Conferências e escritos filosóficos**, p.35- 51. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 36.

<sup>53</sup> Heidegger assim descreve o encontro com a angústia: "A angústia nos corta a palavra. Pelo fato de o ente em sua totalidade fugir, e assim, justamente, nos acossa o nada, em sua presença, emudece qualquer dicção do 'é'. O fato de nós procurarmos muitas vezes, na estranheza da angústia, romper o

específica do Dasein, que se tem acesso ao nada. A angústia é o medo do nada, pois quem está diante dela sente que o mundo se esgota na insignificância, sobrando apenas a própria existência ameaçada. Paradoxalmente, é pela angústia que o homem pode vir outra vez ao mundo. Nesse processo, o ser-aí percebe que não está no meio dos entes, como ente (porque ele é projeto, que abre e institui o mundo), situação que, no mais das vezes, causa embaraço. A busca de tranqüilidade do Dasein advém de seu modo de existir no prosaico cotidiano, ou seja, como ente em meio a seus pares, sentindo-se protegido. A angústia, portanto, acaba por colocar o Dasein perante a sua própria transcendência.<sup>54</sup>

Destaca-se, ainda, que a angústia originária, entretanto, somente acontece em raros momentos; e assim o é, porque o homem se perde junto dos outros entes. *Quanto mais nos voltamos para o ente em nossas ocupações, tanto menos nós o deixamos enquanto tal, e tanto mais nos afastamos do nada. E tanto mais seguramente nos jogamos na pública superfície do ser-aí.*<sup>55</sup> Nesse desvio do nada, entretanto, é que se dá o seu mais próprio sentido, porque o nada, em seu nadificar, remete o homem ao ente. Daí é que, em oposição à antiga metafísica, que pregava o aforismo ‘do nada, nada vem’, Heidegger sustenta que *somente do nada do ser-aí o ente em sua totalidade chega a si mesmo, conforme sua mais própria possibilidade, isto é, de modo finito.*<sup>56</sup>

O problema da verdade, última baliza a ser enfrentada a fim de se conhecer a essência da metafísica, é estudado, por Heidegger, a partir da clássica noção de verdade como conformidade entre a proposição e a coisa; todavia, trata-se de uma conformação de caráter fenomenológico, em que há um dar-se originário e imediato da experiência da verdade. A coisa é tomada como norma, e o acomodar-se a ela -

---

silêncio com palavras sem nexos é apenas o testemunho da presença do nada. Que a angústia revela o nada é confirmado imediatamente pelo próprio homem quando a angústia se afastou. Na posse da claridade do olhar, a lembrança recente nos leva a dizer: Diante de que e por que nós nos angustiávamos era ‘propriamente’ - nada. Efetivamente: o nada mesmo – enquanto tal – estava aí”. (HEIDEGGER, *Que é metafísica*, p. 40).

<sup>54</sup>VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10 ed. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 75-76.

<sup>55</sup>HEIDEGGER, Martin, *Que é metafísica?* Traduzido por Ernildo Stein. In: **Conferências e escritos filosóficos**. p.35- 51. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 41.

<sup>56</sup>Idem, p. 43-44.

ou não - depende da *liberdade*. Vattimo lembra que o *abrir-se à coisa procurando adequar-se-lhe como norma é um ato livre: a essência da verdade é a liberdade*.<sup>57</sup>

Entretanto, essa liberdade de que se está a falar não é aquela tida cotidianamente como propriedade do homem, da qual ele dispõe, senão da liberdade que, contrariamente, dele dispõe. A liberdade arma o *Dasein*, enquanto o constitui em uma abertura, e o concretiza depois no ser-lançado *histórico* do homem.<sup>58</sup> Isso significa dizer que toda a possibilidade de acesso ao ente está sobremaneira condicionada pelo fato de se dispor de instrumentos conceituais, que formam a própria abertura histórica. O homem, então, só chega aos entes, e também só tem acesso a si mesmo, porque desde sempre tem uma pré-compreensão que ele próprio não escolhe, mas que o tem enquanto ser-aí.

De acordo com o filósofo de *Ser e Tempo*, pensar a verdade é pensar também a não-verdade. E, nessa senda, enquanto a verdade é o abrir-se ao ente no que ele é, a não-verdade implica não deixar ser o ente como tal, quer o transmutando, quer o deformando. Trata-se aqui de ter tanto um quanto o outro na unidade originária, remetendo-se, outrossim, à palavra grega *alétheia* – a manifestação da verdade como desvelamento pressupõe um esconder-se do que procede a verdade.<sup>59</sup>

No célebre Parágrafo 44 de *Ser e Tempo*, Martin Heidegger afirma que, sob o aspecto ontológico-existencial, o sentido completo da sentença ‘a pre-sença é e está na verdade’ também inclui ‘a pre-sença é e está na não-verdade. Somente na medida em que a pre-sença se abre ela também se fecha e somente na medida em que, com a pre-sença, já sempre se descobriram os entes intramundanos é que eles, enquanto encontro possível dentro do mundo, já se encobriram (velaram).<sup>60</sup>

Daí a conclusão de que a verdade que se conhece é a surgência de um ente, mas nunca a manifestação dele na sua totalidade. Somente porque há ocultamento é que os entes singulares se podem manifestar e aparecer na sua verdade. Desse excerto surge a possibilidade de erro do ente, que depende, ou do

---

<sup>57</sup>VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10 ed. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996., p.79.

<sup>58</sup>Idem, p. 80.

<sup>59</sup>Idem, p. 82.

<sup>60</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 290.

‘não saber tudo’, ou da sobreposição de um ente aos outros. É exatamente na não-verdade que está vinculada a existência inautêntica do *Dasein*, a dejeção.

#### **1.4 OS INFLUXOS DO PARADIGMA METAFÍSICO NA ATIVIDADE JURISDICIONAL**

Tomando-se por base as idéias até então expostas, tem-se que, de fato, o *um* – espaço que não pode ser vencido, porque além dele nada há – é o porto seguro daqueles que operam o direito. Há uma busca incansável pelo lugar da sabedoria, pelo enunciado enquanto fundamento último, onde, segundo a tradição metafísica, repousa a verdade. Um campo onde se guarda o sentido primeiro, vertente dos demais, um sítio a que têm acesso apenas os que detêm a fala autorizada.

É o genuíno movimento ditado pela filosofia da consciência: o julgador (sujeito) põe-se diante da norma (objeto), esforçando-se, pela via da palavra, para alcançar o ‘sentido correto’ que ela encerra, a vontade que dela emana. Trata-se de um posicionar-se frente ao mundo, e dele tentar extrair o que a razão lhe permite, designando-o pela linguagem. A operação se dá como se as palavras da lei tivessem um sentido unívoco, pronto a ser captado e aplicado no ‘suporte fático’ – verdadeiro programa de incidência da norma ao fato, tudo como se nela pudessem ser guardados todos os dados que circunvizinham o acontecimento.

Uma breve incursão pelo Aristóteles antes referenciado, segundo quem a palavra traduzia a essência das coisas, faz ver que o intérprete ainda se detém diante da norma, atento à possibilidade de captura da sua essência; no enunciado, crêem os integrantes da comunidade jurídica, está a verdade. E, continuam em seu imaginário os juristas, a verdade somente poderá ser apreendida, se a linguagem usada for rigorosa, técnica, exata, ou seja, é necessário que se dê uma acabada correlação entre a estrutura do real e a estrutura da linguagem, a exemplo do que propunha o primeiro Wittgenstein.

Nesse processo é possível perceber, sem muito esforço, que o intérprete cultiva a baldada ilusão de que pode dizer o texto, independentemente do que ele

próprio é, do que pensa ou faz, do lugar de onde diz e do momento em que o faz. É como se buscasse manter-se refratário a quaisquer destes dados, para fazer ciência, para alcançar da forma mais pura possível o sentido primevo fundante.

Entretanto, como observa José Carlos Moreira da Silva Filho, o Direito não encontra no mundo dos fatos uma ‘massa amorfa’ de episódios que esperam configuração das suas normas e seus aplicadores. O ‘mundo da vida’ é o mesmo palco onde acontecem os casos e as normas jurídicas.<sup>61</sup>

Resultado absolutamente claro dessa postura metafísica é o modo-reprodutivo-de-ser-do-Direito e, em última análise, da jurisdição. A norma, caso seja certo que tem um significado fundante, custodia uma única possibilidade como correta. Logo, todos os casos a que ela se aplica devem também ter um único resultado. A conclusão que emana dessa assertiva é que, na hipótese de haver injustiça, a responsabilidade é da norma, que não foi ‘boa’ o bastante, jamais do intérprete, que, fazendo uso dos métodos tradicionais, chegou ao (único) resultado admitido.

Com isso, ilusoriamente, fica resguardado o espaço da (falaciosa) neutralidade, esquecendo-se que, como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial.<sup>62</sup> Especialmente no caso dos juízes, o *habitus* jurídico tem a propensão de assumir o papel de intérprete que se refugia na aparência de uma simples aplicação da lei no sentido da sua repetição (dedução-subsunção), pois, se o faz por obra de criação jurídica, cuida para dissimular.<sup>63</sup>

A própria situação judicial funciona como lugar neutro, diz Bourdieu. Os agentes especializados introduzem um distanciamento, que, antes de ser descomprometido, é próprio do ambiente onde se realiza o labor jurídico. No caso dos magistrados, trata-se de uma espécie de *imperativo da função*, que se encontra impressa no *habitus: as atitudes ao mesmo tempo ascéticas e aristocráticas que são*

---

<sup>61</sup> FILHO, José Carlos Moreira da Silva. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p.144-145.

<sup>62</sup>BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** 7 ed. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 213.

<sup>63</sup>Idem, p. 219.

a realização incorporada do dever de reserva são constantemente lembradas e reforçadas pelo grupo dos pares<sup>64</sup>; este está em prontidão para censurar aqueles que adotariam postura condizente com um compromisso social ou político.

Tenha-se em conta que o *habitus* a que se refere Bourdieu,

É aquilo que se adquiriu, mas que encarnou no corpo de forma durável, sob a forma de disposições permanentes.(...) o *habitus* é um produto dos condicionamentos que tendem a reproduzir a lógica objetiva dos condicionamentos, mas introduzindo neles uma transformação: é uma espécie de máquina transformadora, que faz com que nós ‘reproduzamos’ as condições sociais de nossa própria produção, mas de uma maneira relativamente imprevisível, de uma maneira tal que não se pode passar simplesmente e mecanicamente do conhecimento das condições de produção ao conhecimento dos produtos.<sup>65</sup>

Esse *habitus* judicial criado pelos magistrados induz à crença de que há um espaço onde se concretiza a imparcialidade, lugar onde não pousam pressões externas ou questionamentos, que são tidos como ilegítimos.<sup>66</sup> Por certo, dada a forma em que se pensa a jurisdição, sob essa base meramente reprodutiva, não se questiona a existência do ‘senso comum teórico dos juristas’, que orienta o trabalho de boa parte da comunidade jurídica.

Dita expressão, cunhada por Luiz Alberto Warat, serve para nomear as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades na prática de enunciação do direito. A idéia que passa por esse ‘conceito operacional’ como o designa, refere-se à influência que é exercida sobre os juristas na prática cotidiana. Tratam-se, ainda no dizer de Warat, de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas, que disciplinam *anonimamente* seus atos de enunciação.<sup>67</sup>

A realidade jurídica, pois, é constituída a partir dessas muitas falas. Isso implica dizer que as significações são extraídas da própria circulação discursiva,

<sup>64</sup>BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7 ed. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 227.

<sup>65</sup>BOURDIEU, **Questões de Sociologia**. Trad. Jeni Vaitsman. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983, p.105.

<sup>66</sup>ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. **Sociologia do direito: a magistratura no espelho**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. p. 41.

<sup>67</sup>WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 13. V. I.

que, a sua vez, é formada por um sem número de citações cujas vozes que a dizem, no mais das vezes, não podem ser identificadas. Todas essas significações, ainda na visão de Warat, são um instrumento de poder e, como tal, de controle jurídico da sociedade, o que vem a demonstrar a dimensão política do sistema lingüístico.<sup>68</sup>

O refúgio no mundo da anônima dicção serve, dentre outros propósitos, para abstrair o intérprete da sua história, jogando-o no mundo dos 'entes gerais', espaço de sacralização de certas imagens e crenças, que, em último termo, está a serviço de perpetuar a obra metafísica, que se pretende linear, fechada, inabalável. É o lugar dos segredos e silêncios, onde a verdade é escondida. O resultado disso, aponta Warat, é o deslocamento permanente dos conflitos sociais para o lugar instituído da lei, tornando-os menos visíveis. Isso cria uma significação utópica *onde todos fazem de conta que o Direito, em suas práticas concretas, funciona à imagem e semelhança do discurso que dele fala.*<sup>69</sup>

As vozes incógnitas, entretanto, que pronunciam o discurso da verdade, estão vinculadas a uma prática comunitária organizada em torno de uma subjetividade dominante. *Nenhum homem pronuncia legitimamente palavras de verdade se não for filho (reconhecido) de uma comunidade 'científica', de um monastério de sábios.*<sup>70</sup> Isso significa dizer que, nesse arranjo, apenas alguns dizem, porque têm a fala autorizada, enquanto o grande grupo tão somente se apropria do conhecimento pré-produzido, ao modo de repetições.

Esse processo, não raras vezes, acaba por ceder espaço à valorização da norma jurídica (abstração), em detrimento dos fatos (faticidade), ou então finda por conferir 'validade' a fórmulas gerais prontas para serem usadas em um sem número de casos. Tudo isso ao custo do esquecimento, lembrando Zygmunt Bauman, de que *os pensamentos, embora possam parecer grandiosos, jamais serão grandes o suficiente para abarcar a generosa prodigalidade da experiência humana.*<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup>WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito:** interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 14-15. V.I

<sup>69</sup>WARAT, **Introdução geral ao direito:** a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 58. V. II.

<sup>70</sup>Idem, p. 68.

<sup>71</sup>BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido:** sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004. p. 16.

O cotidiano forense dá mostras da prevalência das abstrações sobre as coisas mesmas. Basta uma rápida pesquisa em qualquer banco de julgados para se ver que sobrepujam decisões assentando que “em crime de estupro a palavra da vítima tem fundamental importância”. No parecer exarado nos autos da Apelação nº 70.0008.845.885<sup>72</sup>, Streck aponta que a dogmática jurídica entendeu por eleger esse verbete para atuar como *significante primordial-fundante* apto a servir para um processo de subsunção. Nas palavras do jusfilósofo, *é como se no verbe ‘a palavra da vítima assume fundamental importância nos delitos sexuais’ estivesse contida a essência da credibilidade da palavra das vítimas de crimes sexuais.*

Esse espelho bem demonstra o modo interpretativo do jurista próprio do seu sentido comum teórico, na medida em que, fazendo uso da prática dedutiva-subsumtiva, visa a buscar na ‘essência’ da expressão o resultado para o caso posto a julgamento, como se existisse um núcleo capaz de garantir correta interpretação a todos os casos que nele caibam.

Nada obstante, não basta acuidade para se desvendar a existência desses conceitos preestabelecidos. Para além dessa descoberta, necessário que se perscrute acerca da sua finalidade. E, nessa tarefa, chegar-se-á à conclusão de que os modelos configurados estão a serviço de ocultar a singularidade de cada caso, de impedir que se chegue à coisa mesma, em suas nuances próprias, bem assim da situação social dos envolvidos e da visão de mundo que o intérprete carrega no momento da interpretação, sobretudo no que se refere a sua faticidade e historicidade.

A questão suscitada por Warat encontra par na filosofia de Martin Heidegger. Basta lançar uma mirada sobre os aspectos disseminados pelo ‘sentido comum teórico’, para se constatar que ele encerra elementos antes trazidos pelo filósofo, quando cuidou da instância do *impessoal*.

Em *Ser e Tempo*, Heidegger expõe que a pre-sença cotidiana vai estar sob a tutela dos outros. Não é ela que é, os outros lhe tomam o ser. Todavia, os *outros* não são *determinados*. Qualquer um pode representá-los. O que é decisivo é o domínio dos outros, que se faz sobre a pre-sença, sem que ela disso se dê conta.

---

<sup>72</sup> Disponível em < [www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br) >



Esses outros são os que, na maioria das vezes, são ‘co-pre-sentes’ na convivência cotidiana – mas o ‘quem’ não é esse ou aquele, nem alguns, nem a soma de todos – o ‘quem’ é o neutro, o *impessoal*. Esse impessoal comanda o modo de ser da cotidianidade.<sup>73</sup>

O impessoal tem modos próprios de ser. A *medianidade* é um caráter existencial do impessoal e ela pode ser concebida, consoante Gianni Vattimo, a partir da noção de que o ser do homem deve ser examinado como seu modo de dar-se – *dos modos de ser reais ou possíveis do homem, como uma espécie de média estatística das maneiras com que os homens individuais se determinam no mundo*.<sup>74</sup>

Heidegger, ainda no trato desse assunto, afirma que o impessoal retira a responsabilidade de cada pre-sença, porque ele determina toda decisão. Assume tudo e responde por tudo, já que não há ninguém que precise se responsabilizar por coisa alguma – *o impessoal sempre ‘foi’ quem... e, no entanto, pode-se dizer que não foi ‘ninguém’*.<sup>75</sup> Em retirando da pre-sença o encargo da cotidianidade, o impessoal vai ao seu encontro, na tendência da superficialidade e facilitação. *Todo mundo é outro e ninguém é si próprio*.<sup>76</sup>

Também serve para se fazer a aproximação com a idéia de ‘senso comum teórico’ os conceitos de autenticidade e de inautenticidade tramados por Heidegger. De um modo breve e para se compreender essa noção - o que aqui se faz outra vez invocando-se a lição de Vattimo - há de se ter em conta que o *Dasein* está no mundo junto de outros – o ser-com. Assim, se na manipulação das coisas, o ser-aí está sempre junto com os outros, tem a tendência de compreender o mundo segundo a opinião comum – a pensar o que se *pensa*, a projetar-se na base do anônimo se da mentalidade pública.<sup>77</sup>

Enquanto lançada no mundo do se, a existência é sempre, modo originário, *inautêntica*. Heidegger diz que o ser-aí pode ser autêntico ou inautêntico, já que sendo ele a sua possibilidade, pode escolher-se ou conquistar-se ou perder-se. A

<sup>73</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 179.

<sup>74</sup> VATTIMO, **Introdução a Heidegger**. 10 ed. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 23-24.

<sup>75</sup> HEIDEGGER, op. cit., p. 180.

<sup>76</sup> Idem, p. 181.

<sup>77</sup> VATTIMO, op. cit., p. 42.

*inautenticidade* parece se caracterizar pela sua incapacidade de acessar uma verdadeira abertura em direção às coisas, uma verdadeira compreensão, já que, ao invés de chegar à coisa mesma, mantém-se na opinião comum. *Autêntico*, de outra banda, é o *estar-aí que se apropria de si, isto é, que se projeta na base da sua possibilidade mais sua*.<sup>78</sup>

### **1.5 OS JUÍZES IMERSOS NO PENSAR METAFÍSICO - O MODO (REPRODUTIVO) DE DIZER O DIREITO**

Todo esse 'patrimônio' cultural-jurídico pesa sobre o imaginário daqueles encarregados de prestar jurisdição. Adianta-se, ainda em larga escala, a noção de que a resposta para o caso sob exame está perdida no enunciado da norma. O caminho para chegar até esse lugar, tal qual ensinava Platão, é feito de diversos passos, utilizando-se, para tanto, de métodos. Do gramatical ao teleológico, não importa qual o eleito, fato é que todos representam um processo de cunho dedutivo-subsumtivo. Com essa 'fórmula hermenêutica', cria-se no julgador a quimera de que chegará ao termo do desdobrar cognitivo, alcançando a 'verdade' que guarda a letra da lei.

O paradigma moderno que se assenta na filosofia da consciência impede que a coisa seja pensada no seu acontecer, em razão do que o ente passa a ser objeto que é compreendido tão somente a partir da imagem que desponta e não também como a que se oculta. É a prevalência do método que capta o Direito, rebaixando a hermenêutica jurídica a um procedimento dominador que não permite a revelação dele em sua propriedade. Valorizada essa técnica o resultado é a objetificação do Direito que veda a possibilidade de ser elaborada a pergunta originária sobre o seu sentido na sociedade.<sup>79</sup>

Lenio Streck assinala que a hermenêutica calcada em método ou técnica está fragilizada diante da viragem lingüística/ontológica. Entender a interpretação como resultado de cânones é pensar que o sistema jurídico se revela, a princípio,

---

<sup>78</sup> VATTIMO, **Introdução a Heidegger**. 10 ed. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 44.

<sup>79</sup> FILHO, José Carlos Moreira da Silva. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p.200-202.

despojado de sentido, esse que lhe será alcançado quando o sujeito se posicionar diante dele para confrontá-lo.<sup>80</sup> Visto sob esse aspecto, explica o jurista, o método objetifica o Direito.

Interessante notar que esse processo de dizer o Direito, tal como apontado, ou seja, sem levar em conta especialmente a virada lingüística, faz-se sob a aparência do natural. É o que Pierre Bourdieu chama de *arbitrário cultural*, ou seja, a cultura é constituída como natureza, pela ação do Estado, e instituída nas coisas e espíritos com toda essa feição de naturalidade.<sup>81</sup>

O dualismo antes denunciado coloca o julgador na modernidade, a partir do que está posta uma separação entre mundo e consciência, entre as palavras e as coisas, entre a linguagem e o objeto, entre o sentido e a percepção, tal como adverte Ernildo Stein,<sup>82</sup> reduzindo-se o processo de fundamentação ao esquema sujeito-objeto. Nada obstante, conforme se tratará no capítulo que segue e lembrando da unidade originária ao início deste destacada, essas dualidades não estão separadas. Antes disso, tratam-se de um fenômeno único, para o qual se pode falar tão apenas em duas faces (a que se oculta e a que se mostra).

Isso significa que, no pensamento filosófico de Martin Heidegger, jamais esquecendo que tem em vista a superação da metafísica, esse modelo binário aparece em um discurso no interior do qual predomina a metonímia: o superficial e o profundo, a luz e a sombra, o velado e o desvelado. No dizer de Stein, são os recursos através dos quais o pensador introduz a filosofia no campo da finitude. Aquilo que se mostra nos entes é sempre apenas uma parte que faz remissão ao todo, e não a imagem de uma completude que existe perfeita.<sup>83</sup>

Ora, essa discursividade opõe-se àquela desenvolvida pela razão metafísica, que faz uso da metáfora, da representação, da busca da essência da coisa no fundamento último para reproduzi-la na vida. Heidegger dirige-se para um pensar que se desenvolve pela apresentação, em que a coisa mesma deve vir à

---

<sup>80</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 249.

<sup>81</sup>BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Tradução Mariza Corrêa. Campinas: Papyrus. 1996. p. 95.

<sup>82</sup>STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**: filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Unijuí. 2002.p.88.

<sup>83</sup>Idem, p.56.

presença, um acontecer no sentido fenomenológico, acentuando a diferença entre ser e ente e, com isso, sacando o ser humano da possibilidade de se tornar um simples objeto.

Dito esforço implica aprendizado de se estar diante de algo sem representá-lo e, com isso, arrebatado o ser da sua propensão de ser convertido em objeto. Heidegger, citado por Stein: *‘Estamos diante de uma árvore que floresce e a árvore está diante de nós. A árvore se nos apresenta. A árvore e nós nos apresentamos um ao outro, enquanto a árvore está aí e nós estamos parados diante dela. Nessa relação de um com o outro, postados um diante do outro, a árvore e nós somos.’*<sup>84</sup> Esse acontecer, prossegue o pensador gaúcho, é trazido como forma de impedir a objetivação, especialmente, se tendo em conta que, quando assim se faz, torna-se tudo comum. *Mas, justamente, o que importa é preservar cada um no seu acontecer.*<sup>85</sup>

O pensar não-metafísico (o pensar impensado) preserva a singularidade. E é exatamente essa singularidade que é esquecida, enquanto permanece imersa a consciência dos magistrados nas brumas do ‘sentido comum teórico’, ou enquanto busca, pela via dos métodos, alcançar a essência da verdade no enunciado.

É preciso entender que não há dois mundos como pretende o paradigma da representação. Por isso não pode haver espaço para conceitualizações. No instante em que o julgador se deixa conduzir por verbetes, por enunciados, súmulas, ementas, abandona a singularidade do caso concreto e, com isso, a própria razão de ser da atividade judicante. Afinal, como se pode pretender solucionar lides de forma justa, fazendo-se uso de categorias fundantes como, por exemplo, ‘a gravidade do crime por si só exige segregação porque abala a ordem pública’? Ora, o que é preciso perquirir, não ao modo da representação, mas ao modo da apresentação, diz com o significado, *na hipótese em análise*, da elocução ‘gravidade do crime’ e ‘abalo da ordem pública’ que, por si só, nada significam. Não se há de esquecer que, pela diferença ontológica, o ser só é em seu ente.

---

<sup>84</sup>STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**: filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Unijuí, 2002. p.66.

<sup>85</sup>Idem, p.67.

O mesmo se diga de decisões que se conduzem pela fórmula ‘prova para condenar tem que ser robusta’. A elocução tal como expressa, ou seja, sem que seja aberta e preenchida pelas particularidades dadas pelo caso concreto nada vale. Afinal, em que circunstância se poderia admitir, dado o princípio constitucional de presunção da inocência, que a condenação poderia se assentar em prova que não fosse robusta?

Dissimulada por essa prática de uso de conceitos está a preferência do intérprete, próprio da metafísica, pelas abstrações. Por conseguinte, fica aprisionada em um canto obscuro a individualidade do caso concreto. Os conceitos têm a função de esconder a realidade fática, porque nos conceitos de ‘gravidade do fato’, ‘abalo da ordem pública’, ‘prova robusta’ se encaixam a subjetividade do intérprete. Assim, *o conceito (ou qualquer conceito) – alçado à categoria universalizante, servirá tanto para absolver como para condenar, tanto para deferir como para indeferir o pleito.*<sup>86</sup> E tenha-se em conta que, nessa análise, nem se tratou do garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais!

Outra manifestação clara desse paradigma, denunciada por Ovídio A. Baptista da Silva<sup>87</sup>, faz-se ver no modelo da atividade jurisdicional e, por conseguinte, no papel do juiz, que, nesse palco, atua como mero agente, a quem cabe, na concepção de Chiovenda, *declarar a vontade da lei*. Eis aí a eloqüente expressão a dizer que há apenas *uma possibilidade de sentido* (univocidade) a ser desvendada. Aqui, não há espaço para o juiz construir um significado, senão que tão só descobrir e revelar aquele guardado secretamente na lei, e, de preferência, que o seja pela voz dos que têm a fala autorizada, não raras vezes, de forma atemporal e a-histórica.

O processualista gaúcho não se cansa de denunciar a tradição que obsta ao juiz a possibilidade de decidir. Na sua tarefa de pôr a claro o que está contido na lei, não há campo para qualquer parcela volitiva, porquanto o sistema não permite duas ou mais alternativas legítimas que possam ser usadas. Daí cresce a irreal idéia de

---

<sup>86</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 144.

<sup>87</sup>SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.173.

que o juiz-tipo decide, quando julga; entretanto, na verdade, dada a limitação imposta pelo sistema, o julgador tão somente julga, mas nada decide.<sup>88</sup>

A (reduzida) discricção que a lei confia ao magistrado, comenta Ovídio, não confere a ele autonomia de decisão capaz de permitir que deixe de aplicar uma lei, porque se tornou injusta, em face de novas contingências históricas, para se citar um exemplo. Isso então significa dizer que o sistema, ao tempo em que transfere poder, continua a vigiá-lo pela via dos recursos.<sup>89</sup>

Como é possível perceber, vez outra, trata-se de manter o *status quo* promovido pela metafísica, que garante um pensar calcado no dualismo. Ao tempo em que empresta prevalência à norma, em detrimento do fato, ou impulsiona a concepção de que está dissociada interpretação da condição histórica daquele que o faz, alimenta o sentido reprodutivo da atividade judicante. A questão foi trazida a lume por Streck:

De um modo ou de outro, a interpretação, nesse contexto, embora não se admita, continua a ser um processo de reprodução do sentido, uma vez que a atribuição de sentido e a interpretação são tratadas separadamente. Em alguns casos, é possível perceber nitidamente o problema metafísico da separação fato-direito, norma-realidade, ser-ente, texto-norma, uma vez que a interpretação fica restrita à simples análise semântica determinativa da significação abstrato-ideal do 'conceito' da norma, como se nesse 'conceito' pudessem ser 'aprisionadas' as 'incidências fáticas'.<sup>90</sup>

Como corolário dessa mostra do paradigma metafísico, se pode ver a propensão dos magistrados de pensar a jurisdição de forma infensa à mutabilidade social e, pior, como destituída de qualquer responsabilidade no âmbito da sociedade. O princípio da separação dos poderes é levado a termo sob a sua feição mais rigorosa, o que importa dizer que, ao Judiciário, cabe tão somente dizer o Direito, vertendo o desejo da lei, alheio ao resultado que daí possa advir.

---

<sup>88</sup>SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.274.

<sup>89</sup>Idem, p. 275.

<sup>90</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos?** uma resposta a partir do ontological turn. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; (organizadores). São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2003. p. 225-226.

Essa proclamação de irresponsabilidade é estridente, quando se assiste aos julgadores voltando sua atenção muito mais aos Códigos do que à Constituição, ou, por outra, exercendo a atividade sem a necessária filtragem constitucional de que ela carece. Ao que se sustenta, cuida-se da perpetuação do *habitus* judicial, que, ‘naturalizado’ pela ação do Estado, faz o julgador ser, ou indiferente à Constituição, ou a vê-la como um utensílio, que está apenas à disposição para dele fazer uso só, e somente só, quando bem lhe soar.

Nessa proposição se nota o problema do fundamento já combatido por Heidegger, porquanto, como se disse, a Constituição não pode ser tomada como um ‘ente geral’ de onde se deduzem outros entes. A compreensão, antes disso, tem um caráter antecipado. De igual sorte, é preciso estar vigilante ao problema do nada. Ora, tomado o caso a julgamento, no instante mesmo em que se ignora a Constituição, tem-se tudo (norma e fato) e *mais nada*, lugar onde jaz oculto o texto constitucional.

Assim operando, o julgador se mantém na instância do cômodo, vez que, permanecendo hirto em meio às anônimas vozes, a responsabilidade não o alcança. A responsabilização compete ao impessoal – ‘todo mundo é outro e ninguém é si próprio’. Não obstante, a assertiva anda na contramão da crença ética proposta por Heidegger, em *Ser e Tempo*, citado por Safranski: *Faz o que queres, mas decide por ti mesmo e não deixes que ninguém te roube a decisão e com isso a responsabilidade*<sup>91</sup>, o que, de resto, significa a abertura de chances para grandes momentos, já que *o ser humano só em bem poucos momentos existe no ápice de suas próprias possibilidades*.<sup>92</sup>

As chances de existência, na sua possibilidade mais sua, não podem ser desprezadas pelo magistrado no exercício de seu atuar. É preciso uma tomada de consciência de que o *Dasein*, geralmente, não está consigo mesmo, porque a cotidianidade o ocupa e o mantém em meio ao ‘a gente’. Somente quando caem essas dissimulações, e ele passa de uma situação de conforto para uma contextura de angústia, experimentando a falta de proteção, poderá sair do seu recinto de

---

<sup>91</sup>SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2000. p. 208.

<sup>92</sup>Idem, p. 208.

repetição para o lugar da potência criativa, o que permitirá provar outras possibilidades, conhecer o ser-possível que é.

Uma nova concepção do sentido do ser, calcado sobre um novo pensar acerca da linguagem, bases da filosofia heideggeriana-gadameriana, é capaz de desconstruir o paradigma metafísico, dando lugar à novidade. Isso significa a possibilidade de novas possibilidades, vencendo-se o vetusto modelo jurisdicional de impressão reprodutiva, rumo à edificação de uma nova proposta para a qual a criação seja o móvel inspirador. É sobre o que se irá tratar no próximo capítulo.



## 2 O DESPERTAR DA ATIVIDADE JURISDICIONAL NO NOVO PARADIGMA HERMENÊUTICO

### 2.1 A ONTOLOGIA FUNDAMENTAL DE MARTIN HEIDEGGER – O RESGATE DO SENTIDO DO SER

Em *Ser e Tempo*, Martin Heidegger suscitou a questão do sentido do ser de forma vinculada ao problema da temporalidade, confrontando o seu novo pensar ao velho paradigma metafísico. A proposta heideggeriana desloca o lugar da fundamentação no sujeito e na consciência, para estabelecê-la na idéia de ser-no-mundo, planejando a superação do esquema sujeito-objeto.<sup>93</sup>

Em Heidegger, refletir sobre o ser significa, sobretudo, pensar a diferença (ontológica) entre ser e ente, o que acarreta uma mudança de paradigma. Rompe-se a orientação metafísica, que povoou o pensamento de Platão a Nietzsche, pela qual o sensível e o supra-sensível estavam cindidos em mundos opostos. A partir da ontologia fundamental, ser e ente não pertencem mais a dois âmbitos distintos, mas à unidade do mesmo acontecimento, *como um jogo ininterrupto entre aquilo que uma coisa é (ente) e aquilo que nela provoca a sua própria ultrapassagem (ser)*.<sup>94</sup>

Desaparecendo a dualidade, também se esvai o *um* como princípio, como fonte suprema de onde advêm os demais entes. Stein lembra que a interpretação acaba por experimentar uma redução, um “encurtamento hermenêutico”<sup>95</sup>, sobrando a recusa da manutenção do discurso metafísico, que sustenta a idéia de Deus e de ‘verdades eternas’, e também das formas de representação

A desconstrução da metafísica, entretanto, não é um trabalho que parte de qualquer ponto estranho e externo a ela. Ao contrário, como já dito, é no interior desse modelo paradigmático que Heidegger mergulha para propor mudanças, calcando seu pensar no até então impensado. É o que ele designa de “passo de

---

<sup>93</sup>STEIN, Ernildo. **Diferença e Metafísica**: ensaio sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 46-47.

<sup>94</sup>MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade**: Heidegger e a reconstrução ontológica do real. São Paulo: FAPESP: Annablume, 1999. p. 120.

<sup>95</sup>STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre ‘ser e tempo’**. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 32.

volta”, ou seja, um retorno aos gregos, não meramente temporal e histórico, mas, sobretudo, dotado de caráter dialógico com o pensamento do Ocidente. Esse impensado é o ser que se quedou na sombra desde os pré-socráticos, não mais tendo a chance de ser resgatado, senão em *Ser e Tempo*.

O pensamento originário proposto pelo filósofo passa, inicialmente, pelo dar-se conta de que o próprio conceito de ser inaugurou uma ordem propícia ao seu esquecimento. Já, ao início da obra anteriormente citada, Heidegger observa:

“Ser” é o conceito mais universal (...) uma compreensão do ser já está sempre incluída em tudo que se apreende no ente. (...) O conceito de “ser” é indefinível (...) De fato, o “ser” não pode ser concebido como ente (...) O “ser” não pode ser determinado, acrescentando-lhe um ente. Não se pode derivar o ser no sentido de uma definição a partir de conceitos superiores nem explicá-lo através de conceitos inferiores. (...) Daí pode-se apenas concluir que o “ser” não é um ente. (...) O “ser” é o conceito evidente por si mesmo. Em todo conhecimento, proposição ou comportamento com o ente e em todo relacionamento consigo mesmo, faz-se uso do “ser” e, nesse uso, compreende-se a palavra “sem mais”. Todo mundo compreende: “o céu é azul”, “eu *sou* feliz” etc. Mas essa compreensão comum demonstra apenas a incompreensão.<sup>96</sup>

Michelazzo<sup>97</sup> analisa que, em sendo o sentido do ser o “mais universal”, “indefinível” e “evidente por si mesmo”, e considerando a substantivação do infinitivo do verbo e a etimologia da palavra que legou para si um significado abstrato, esvaziando e indeterminando seu sentido, a metafísica acabou por interrogar o ente, ao invés do ser. E, assim o fazendo, sobrou-lhe unicamente o caminho de preencher o conceito do ser com a plenitude do conceito do ente.

Entretanto, na trilha do mesmo pensador, é interessante perceber como o vazio do conceito de ser, a par de não conseguir ser preenchido pelas exigências da lógica, pode sê-lo pelo sentido dado pela experiência cotidiana: *o ser se nega a toda investigação especulativa e conceitual, mas se mostra à “existência humana” concreta e imediata (...), à medida que é o homem o único ente para o qual o ser mostra um sentido, para quem sua presença coloca um problema.*<sup>98</sup>

<sup>96</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 27-29.

<sup>97</sup> MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade**: Heidegger e a reconstrução ontológica do real. São Paulo: FAPESP: Annablume, 1999. p. 73-74.

<sup>98</sup> Idem, p. 75.

A ontologia tradicional, centrada na apreensão da substância das coisas, ou na sua construção a partir de uma subjetividade, através da qual se pretendia a existência de um espectador imparcial, que as visualizasse de um lugar seguro e em um tempo estático, cede espaço à ontologia fundamental, calcada na existência humana, que leva em conta o homem como ser no mundo em sua experiência mais cotidiana e concreta. Na mirada de Heidegger está o homem enquanto ser constituinte de e constituído pelo mundo.

Na esteira dos escritos de Gianni Vattimo<sup>99</sup>, tem-se que Heidegger dá início ao estudo do ser, a partir do ser do homem, visto em sua quotidianidade ou medianidade. Trata-se de analisá-lo nos seus modos de ser possíveis como uma *média estatística*. Isso implica reconhecimento de um pressuposto que acompanha a noção de medianidade, qual seja, a tomada do homem enquanto ser que se vê diante de um complexo de possibilidades, embora não exista a realização de todas. O homem é *poder ser*. A “essência” do homem é a existência, e a “existência” é possibilidade.

Ditos termos, entretanto, devem ser entendidos, não a partir da tradição metafísica, mas já com a vista dirigida à terminologia própria inserta em *Ser e Tempo*, e, de resto, nos demais escritos heideggerianos. Assim, *essência* e *existência* são expressões que devem ser compreendidas a partir da sentença segundo a qual o homem não é algo *dado*, não é simples presença, mas possibilidade. A existência a que pertence o ser humano é aquela no sentido etimológico mais seu – *ex-sistere*, estar fora, ultrapassar a realidade que se põe simplesmente presente na direção da possibilidade.<sup>100</sup>

Aos modos possíveis de ser do homem, que se manifestarão pela análise da existência, Heidegger nomeia de *existenciais*, e assim estabelece as bases da sua analítica existencial. O homem, inicialmente tomado em sua medianidade, é, antes de tudo, ser-no-mundo, existência, *Dasein*, que se situa sob a forma de projeto. Essas questões, dada a relevância que comportam, merecem ser particularmente examinadas.

---

<sup>99</sup>VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10 ed. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p.22.

<sup>100</sup>Idem, p. 25.

O mundo, ao contrário do que pretendia a tradição metafísica, não é um ente oposto ao *Dasein*; ele faz parte de sua estrutura, ele é um existencial. Safranski afirma que Heidegger parte de um ponto de irrupção forçado: é preciso começar no *ser-em*, ou seja, *eu não experimento primeiro a mim mesmo e depois ao mundo, nem ao contrário primeiro o mundo e depois a mim mesmo, mas as duas coisas são dadas na experiência numa ligação indissolúvel*.<sup>101</sup>

As coisas se apresentam como instrumentos, dotados de significados, em conformidade com a experiência de cada um. Isso significa que as coisas não são *em si*, mas se põem em relação ao homem como instrumentos e instrumentos *para*. É de Heidegger o exemplo do quarto: *embora não apreendido tematicamente, o que primeiro vem ao encontro é o quarto, não como o 'vazio entre quatro paredes', no sentido do espaço geométrico, mas como instrumento de habitação*.<sup>102</sup> Assim, é possível dizer que o mundo é condição para que as coisas sejam. E, mais do que isso, essa totalidade de instrumentos só tem sentido quando existe alguém que deles faz uso e que a eles atribui significado. *Não há mundo se não existe Dasein*.

Além disso, há uma espécie de ente intramundano que tem um caráter de referência, não acidental, mas constitutivo. Tratam-se dos signos e da sua função instrumental de apontar para o modo como as coisas podem ser usadas, ou seja, o emprego delas depende da discursividade, localizando o homem em um universo familiar: *Dispomos de um mundo mediante os signos e devido a eles estamos no mundo*.<sup>103</sup>

Ser-no-mundo, então, significa ter relação com a totalidade das coisas cujos significados são familiares. Logo, o homem existe enquanto vínculo com aquilo que lhe é significativo (mundo), de tal sorte que, uma vez fora dessa unidade, não existiria nem o homem, nem o mundo.<sup>104</sup>

Efetivamente, se o mundo não é um conjunto de objetos, que primeiramente é dado para depois ser entendido, tem-se como certo que o *Dasein* deve ter

<sup>101</sup>SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2000. p. 194-195.

<sup>102</sup>HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p.110.

<sup>103</sup>VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10 ed. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 32.

<sup>104</sup>MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade**: Heidegger e a reconstrução ontológica do real. São Paulo: FAPESP: Annablume, 1999. p. 120.

intimidade com significados. As coisas se apresentam pudes de uma função e já são sempre conhecidas porque se inserem em sentidos de que o *Dasein* dispõe. É a estrutura circular da compreensão. Esta assertiva, todavia, não conduz à idéia de que ele disponha do conhecimento completo do mundo. Enquanto poder-ser, toda a estrutura do homem assume um caráter de abertura e de possibilidade.

O *Dasein* está no mundo, então, como compreensão e como discurso; mas não somente como tal, pois ele se apresenta também como afetividade. O estar-aberto- para-o-mundo, que é o *Dasein*, também se constitui pela tonalidade afetiva. Vattimo assegura que a situação afetiva, de um lado, “abre o estar-aí no seu estar-lançado”, e, por outro, permite que o encontro com as coisas na esfera da sensibilidade só se torne possível, porque ele está originariamente em uma situação afetiva.<sup>105</sup> Segundo o mesmo autor, é a matiz afetiva que afasta o *Dasein* do sujeito puro kantiano, na mesma medida em que ela é o que de mais profundo, individual e cambiante cerca o homem.

É a afetividade, ainda, que revela o fato de o projeto que constitui o *Dasein* ser um “projeto lançado” (faticidade), expondo a finitude do ser-aí. O mundo sempre se apresenta à luz de disposições emotivas, que não dependem do *Dasein*, mas que dele são formadoras. O *Dasein*, pois, tem limitações e incapacidades, o que o aloca em um lugar de *promessa de poder ser*, porquanto está sempre lançado em um mundo prévio, sem que o tivesse escolhido e sempre povoado de restrições de toda ordem.<sup>106</sup>

O projeto que é o *Dasein*, pois, está sempre lançado para uma situação concreta, e historicamente situado, revelando o aspecto da finitude. Esse projeto, em *Ser e Tempo*, guarda um tipo de qualificação que se mostra na distinção havida entre existência autêntica e existência inautêntica. A analítica existencial parte, como já dito, da cotidianidade média, em que está o ser-aí. Na sua compreensão prévia do mundo, ele participa de modo irreflexivo e acrítico, sofrendo os influxos do modo comum de ver e julgar as coisas.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup>VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10 ed. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 38.

<sup>106</sup>MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade**: Heidegger e a reconstrução ontológica do real. São Paulo: FAPESP: Annablume, 1999. p. 132.

<sup>107</sup>VATTIMO, op. cit., p. 43.

O ser-aí encontra o mundo pleno das idéias, que vibram no seu ambiente social; ele está no mundo junto de outros, é *ser-com-os-outros*, e por isso mesmo desenvolve a tendência de apreendê-lo sob as vistas da opinião comum. É o que Heidegger chama de *dejeção*, ou seja, o sentido de que o *Dasein*, em um primeiro momento, sempre está entregue a essa mentalidade pública, transparecendo a existência inautêntica.

Por outro lado, a autenticidade é a capacidade de o *Dasein* alcançar uma verdadeira abertura em direção às coisas e relacionar-se diretamente com elas, fugindo da *tagarelice*. Isso significa não apenas se apoderar do ente como simples-presença, mas inclui-lo dentro do próprio projeto de existência, no interior do qual há a decisão concreta de alguém sobre alguma coisa<sup>108</sup>, e, com isso, o irromper da responsabilidade.

Esse assumir a responsabilidade equivale ao *Dasein*, enquanto cuidado<sup>109</sup>, e aqui está inserta a nota da temporalidade. O ser-no-mundo, como projeto, lançado e decaído, forma a estrutura do cuidado, diz Michelazzo<sup>110</sup>, e, citando Stein, confere a abertura de um novo paradigma para a filosofia, na medida em que dá uma nova concepção do ser do homem: sua condição fática (lançado e decaído na inautenticidade) e sua condição possível (seu poder ser autêntico), em uma unidade cujo nome, dado por Heidegger, é cuidado. Nele estão insertos os três momentos temporais – presente, passado e futuro – vertidos na expressão *ser diante de si estar já lançado em um mundo*.

Não há como se pensar o cuidado dissociado da temporalidade, assim como não se pode tratar dela sem levá-lo em conta. Os três instantes do tempo<sup>111</sup> não são considerados sob a ótica da linearidade, mas como uma unidade circular, visto que cada instante implica outro. Nada obstante, o futuro ganha certo privilégio, na medida em que somente no advir pode o homem realizar o poder-ser que ele é. É

<sup>108</sup>VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10 ed. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 47.

<sup>109</sup>Idem, p. 49.

<sup>110</sup>MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade**: Heidegger e a reconstrução ontológica do real. São Paulo: FAPESP: Annablume, 1999. p. 134.

<sup>111</sup>“Em todo tempo o homem era, é e será, porque o tempo só se temporaliza enquanto o homem é. Não houve tempo algum em que o homem não fosse, não porque o homem seja desde toda a e por toda a eternidade, mas porque tempo não é eternidade, porque tempo só se temporaliza num tempo, entendido como existência Histórica do homem”. HEIDEGGER, Martin. **Introdução à metafísica**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1969. p. 111.

ainda nesse espaço que ocorre o *não mais poder ser*, ou seja, o fenecer. Elucidativo, nesse aspecto, o estudo de Stein:

O estar-aí já sempre se compreende em vista da existência, da facticidade e da decaída. O 'mundo' do estar-aí se estrutura a partir do cuidado que tem uma forma específica de temporalidade que se manifesta na morte. Somente a partir da morte se compreende um poder-ser-total que, entretanto, nunca se realiza: ou ainda não somos totais, ou então, quando totais, não podemos nos compreender. A racionalidade que Heidegger propõe em *Ser e tempo* é atravessada pela dupla dimensão do que cessa de não se inscrever (contingência) e do que cessa de inscrever-se (possibilidade).<sup>112</sup>

A trajetória de Heidegger, em *Ser e Tempo*, está concluída, quando assume a temporalidade como sentido do ser do *Dasein*.

## 2.2 A PERGUNTA PELO SER A PARTIR DO TEOREMA DA DIFERENÇA ONTOLÓGICA. CÍRCULO HERMENÊUTICO E LINGUAGEM

Já foi dito que, na ontologia fundamental, refletir sobre o ser significa, sobretudo, pensar a diferença ontológica entre ente e ser. Anotou-se ainda que o conceito de ser é universal, indefinível e evidente por si mesmo; além disso, observou-se que, dada sua etimologia, tem um significado abstrato, o que levou a metafísica a interrogar o ente, ao invés do ser. Onde está localizado o ser, então?

Uma breve mirada no mundo que se mostra faz ver os entes. É a natureza que balança ao sopro do vento, são os astros enquanto matéria e enquanto inspiração aos poetas, é o homem absorto nos seus afazeres e em suas paixões. O próprio homem é ente. E o ser, qual o espaço que ele ocupa? Onde está o ser da natureza, dos astros, do homem? Quando se está diante desses entes, sabe-se que eles “são” e, no entanto...

No entanto, não se consegue apresar o ser, ele se nos escapa, deixando o vazio. E todo o empenho de apreendê-lo será infrutífero, porque “nós não podemos apreender em si mesmo e de modo imediato o Ser do ente, nem no ente ou dentro

<sup>112</sup>STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre 'ser e tempo'**. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 78.

do ente nem simplesmente em qualquer outro lugar” (...) Ser, então, é “quase tanto quanto o Nada ou mesmo inteiramente como o Nada”.<sup>113</sup>

Desde esse ponto de vista, a questão que se coloca é: como se consegue saber que tudo é um ente, se (ainda) não se tem a distinção clara entre Ser e Não Ser? A resposta encontra-se no fato de que o homem simplesmente sabe diferenciar quando o ente é, ou não é, ou seja, consegue distinguir o Ser e o Não Ser, porque ele tem já uma distinção prévia entre ser e não ser.

Assim, chega-se ao resultado (contraditório) de que o ser se mostra como algo *inteiramente indeterminado e totalmente determinado*. Uma tal contradição que, se não poderia ser aceita na lógica clássica, tem seu espaço garantido na ‘existência humana’. O vazio do vocábulo ser, na verdade, é indeterminação, que permite ao homem compreender as coisas de forma determinada.<sup>114</sup>

A matriz do pensamento de Martin Heidegger, em seu esforço de superar a tradição metafísica, assenta-se no modelo binário ser-ente. O existir humano se movimenta de modo pendular entre duas posições: o é (ente) e a ultrapassagem do que é (ser): o ente é sempre aquilo que é, mas sempre no seu ser; o ser nunca é, porque ele não é o ente, mas sempre é ser de um ente.<sup>115</sup> É o teorema da diferença ontológica, que resgata o ser do esquecimento.

O filósofo da Floresta Negra vai além daquela pseudodiferença apontada pelo pensamento metafísico. Enquanto este interpreta o ser como a abstração do ente, e assim o fazendo acaba por não levar adiante qualquer diferença, a proposta de Heidegger consegue alcançar o âmago da questão.

Nos primeiros pensadores gregos, sobretudo em Heráclito e Parmênides, o filósofo alemão busca inspiração para teorizar. Os pré-socráticos falam do real, daquilo que cerca o homem, formas que se apresentam sempre em dois domínios: um que é mais secreto, que faz brotar de dentro de si mesmo, e outro, que se mostra. Tudo o que é nunca está sozinho, mas se encontra em sintonia com a alteridade, com quem se relaciona e se opõe, em uma unidade. A opinião comum

---

<sup>113</sup>MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade**: Heidegger e a reconstrução ontológica do real. São Paulo: FAPESP: Annablume, 1999. p. 71.

<sup>114</sup>Idem, p. 72.

<sup>115</sup>HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 35.



não consegue visualizar esse dois, que, em sua inteireza, é um, porquanto cada uma das partes do real acaba despertando um fascínio como se ela estivesse diante de algo pronto, inteiro e fechado dentro de si mesmo.<sup>116</sup>

Na expressão *logos*, buscado junto à sentença 50 de Heráclito<sup>117</sup>, Heidegger chega ao seu sentido enquanto “o ser mesmo do unir que reúne todas as coisas no tudo da simples presença”. Presença, aqui, se manifesta no sentido de, uma vez tendo surgido, permanecer na condição de desvelado (*alétheia*), que remete à idéia de sair do velamento.

O desvelar precisa do velar, lugar de onde brotam e para onde se recolhem as coisas. *Logos*, portanto, o pousar que recolhe, possui, para Heidegger, o caráter de reunir tanto as coisas que se desvelam, quanto as que se escondem. *Logos* e *alétheia* são o mesmo.<sup>118</sup> É essa a noção de unidade que o filósofo alemão apreende do pensar pré-socrático. É a composição das coisas que se pertencem, e que assim permanecem porque sustentam a diferença entre si.

É da diferença ontológica que Heidegger parte para superar a metafísica. A sua desconstrução se faz necessária para se trazer a lume os motivos da entificação do ser e o encobrimento da diferença. Ernildo Stein, lembrando Heráclito, quando sentencia “o uno se reencontra consigo mesmo, ainda quando tende para a diferença”, e invocando Hölderlin, quando alude que a “identidade na diferença é a essência da beleza (ser)”, sintetiza que o “ser somente é porque é em si mesmo identidade e diferença”.<sup>119</sup>

O teorema da diferença ontológica se relaciona de forma estreita com a significação do círculo hermenêutico. Na medida em que ser e ente habitam o mesmo âmbito, já não há intervalo para a hierarquia que dominava a tradição metafísica. A verticalidade cede espaço à horizontalidade. Ora, uma vez desaparecendo o *um*, de onde todos os entes se originavam, resta saber qual o ponto de partida para o conhecimento.

<sup>116</sup>MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade**: Heidegger e a reconstrução ontológica do real. São Paulo: FAPESP: Annablume, 1999. p. 85-86.

<sup>117</sup>HEIDEGGER, Martin. **Logos (Heráclito, fragmento 50)**. In: Ensaios e Conferências. 2 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 183-203.

<sup>118</sup>MICHELAZZO, op.cit., p. 90.

<sup>119</sup>STEIN, Ernildo. **Diferença e Metafísica**: ensaio sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p.72.

Heidegger considera o círculo a imagem apropriada para mostrar o pensamento descrito pelo pensamento originário, lugar onde ele se articula e se desenvolve, apropriando-se da diferença. É nesse campo que transitam, um em torno do outro, ser e ente, estrutura na qual começo e fim coincidem. Ao querer interpretar o ser, o pensamento terá de fazê-lo onde ele se revela (no ente); ao tentar compreender o ente, deverá buscá-lo no lugar de sua origem (ser). Não existe, portanto, um ponto predeterminado de onde pode seguir o pensamento, sendo que o modo de acesso a essa disposição circular se dá pelo *salto originário*.

Ernilo Stein, em *Compreensão e Finitude*, fala acerca da estrutura formal do círculo em que se move a interrogação filosófica, que parte do ser-aí. Já se disse que *Dasein* é compreensão. Ela tem um caráter existencial – é um modo de ser do ser-aí. *A compreensão é a própria abertura do ser-no-mundo. Toda a teoria, o ver, o compreender são derivados dessa compreensão existencial, que é a própria luz, iluminação, abertura, revelação do ser aí.*<sup>120</sup>

A certeza de ser a compreensão um existencial conduz ao entendimento de que toda a compreensão que brota da explicação é derivada, porquanto não existe explicação sem uma prévia compreensão. Isso importa dizer que o sentido que é alcançado com a explicação já acompanha aquele que pergunta, ou seja, o sentido faz parte da estrutura prévia da compreensão. O sentido, então, faz parte do ser-aí, e não está preso à coisa.

A antecipação de sentido, que faz parte da compreensão, preocupa-se Heidegger, deve ser orientada pelas ‘coisas em si mesmas’, e não pelas opiniões comuns, que obstruem o dar-se originariamente. Por isso a importância do método fenomenológico, que visa a permitir às coisas um ‘deixar-se ver revelador’, um oferecer-se em sua origem. Desvelando-se o ser-aí em si mesmo, chega-se ao sentido, que é o tempo. É importante ter em conta, o próprio filósofo admitia, que, dada a faticidade e a decaída do homem, sempre há o risco de haver falhas nas antecipações.

Outro dado importante da dimensão formal do círculo hermenêutico é a situação hermenêutica, que não existe na ontologia tradicional, porquanto, aquele

---

<sup>120</sup>STEIN, Ernilo. **Compreensão e Finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001.p. 246.

que nela se move, o fará a partir de um ponto fixo. Stein esclarece que a situação hermenêutica implica círculo hermenêutico:

Em toda explicitação é projetado um sentido global prévio que envolve a temática a desenvolver. Esse sentido é o conjunto dos pressupostos. “Se a explicitação enquanto interpretação se transforma em tarefa expressa de uma pesquisa, então o todo desses ‘pressupostos’, que designamos de *situação hermenêutica*, necessita de um esclarecimento prévio e de uma garantia prévia, a partir da e na experiência básica do ‘objeto’ a ser explorado”.<sup>121</sup>

Em síntese, a análise da compreensão revela que nela o movimento sempre se dá em círculo. Quando se busca a compreensão, sempre se antecipa o horizonte a partir do qual se compreendem as coisas, é dizer, sempre se parte de uma situação hermenêutica. Diante disso é impossível separar o sujeito do objeto porque o homem sempre está, de certo modo, mergulhando no fato histórico, não podendo tomar distância como quem observa um fenômeno físico.<sup>122</sup>

A diferença ontológica não pode ser vista senão a partir da circularidade hermenêutica, porque ela se insere nesse tipo de pensamento. A distinção planeada não é imposta pela razão ou por um sujeito objetivante. À medida que ao ser-aí pertence a compreensão do ser, a diferença acontece na sua faticidade circular.

Há um imbricamento natural entre o movimento circular do ser-aí e a diferença ontológica. A emergência de um implica emergência do outro; não se pode querer experimentar um, para, a partir dele, pretender chegar ao outro. Pensar a circularidade significa mover-se na diferença; pensar a diferença implica afirmar o círculo hermenêutico, o que dá a nota da finitude do homem, que sempre se movimenta na verdade e não verdade, e finitude do ser, que sempre se revela pelo velamento e desvelamento.<sup>123</sup>

A sempre busca pelo sentido do ser, que passa pela clivagem da diferença ontológica e pelo círculo hermenêutico, não prescinde de uma nova experiência da linguagem. Em Heidegger, como, de resto, já se tratou na primeira parte deste

---

<sup>121</sup>STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001.p. 251.

<sup>122</sup>STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p.42

<sup>123</sup>STEIN, 2001, op. cit., p. 281.

escrito, o pensamento ontológico ultrapassa os limites da linguagem enquanto dualismo, ou seja, enquanto veículo de transmissão de verdades, que transita entre um sujeito que conhece e um objeto que se deixa conhecer. Na modernidade, esse sistema transforma a linguagem em informação, um código por meio do qual o homem toma conhecimento do ente, a fim de dominá-lo. É a chamada *essência da técnica*.

Manfredo Araújo de Oliveira refere que o problema não se centra no fato de ser a linguagem, na época atual, considerada instrumento, mas, antes disso, na circunstância de se ter absolutizado sob essa forma instrumental, o que implica percepção como ferramenta por meio do que se entra em contato com os outros.<sup>124</sup> Esse predicado acaba trazendo como conseqüência a sua redução à máxima simplicidade, vertida inclusive no uso de abreviações e sinais. Com ela, segue também a sua superficialidade, que, como tal, somente consegue atingir a vida humana nesse plano. Nesses termos, escapa da linguagem um ir-além na existência.

Vencer a relação sujeito-objeto, pois, é o que pretende Heidegger, construindo um pensar segundo o qual a linguagem, para além de seu caráter instrumental, revela-se enquanto constituidora de mundo, enquanto instante fundamental na experiência humana. A filosofia heideggeriana vai dominar o paradigma de que há um mundo formado de entes independentes da linguagem. Antes disso, ela vai assumir papel determinante, porquanto será compreendida como mediadora entre o mundo e o *Dasein*.

De início, é preciso considerar que mesmo ao falar acerca da linguagem já sempre se faz nela e a partir dela, o que aponta para o entendimento de que é na locução que os entes se revelam. Eis aí o seu caráter de abertura do mundo. Só onde há linguagem os entes podem se deixar desvelar; é ela que marca e determina o homem, é ela que se transmuta em evento de desvelamento do sentido do ser.<sup>125</sup>

Certo, pois, que, se é a linguagem que dá ser às coisas, o modo de se ir às coisas mesmas será ir à palavra. Desdobramento disso é que as coisas não são

---

<sup>124</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 204.

<sup>125</sup>Idem, p. 206.

fundamentalmente enquanto presentes no mundo, mas no nome que as torna possíveis.<sup>126</sup> Somente quando, para a coisa, é encontrada uma palavra ela passa a ser. É na palavra que habita o ser. Entretanto, há de se ter presente que se a linguagem é o lugar de surgência do ser, ela também é o lugar de seu ocultamento, conquanto, ao ser desvelado um sentido, ela também permite a dissimulação, escondendo-o.

Não é demais dizer que sempre se atinge os entes através da linguagem. Nunca se tem acesso direto à coisa; é obrigatória, pois, a incursão pela via da palavra. Não há mundo, não há saber, senão a partir da linguagem. Ernildo Stein espreita a questão, sentenciando que a estrutura do mundo é clivada pelo *algo como algo*, sendo que, em outro topo, o enunciado possui a estrutura do *algo como algo*.<sup>127</sup> O exemplo do anel, trazido pelo pensador gaúcho, é sintomático: nunca se conhece o anel na sua identificação plena, mas sempre pela clivagem enquanto algo, ou ainda, como um objeto que simboliza algo, um objeto de uso determinado, mas antes de mais nada como anel.

Dessa forma, o acesso ao mundo se dá pelo sentido, pelo significado, pela palavra. Isso implica dizer também, e ainda com Stein, que não existe ser humano em estado de neutralidade, que, em um repente, deixe o verbo emergir, elaborando proposições corretas do ponto de vista lingüístico. O homem desde sempre fala a partir de uma história, de um contexto.

Gianni Vattimo aclara que a percepção das coisas em seu aspecto físico exige sempre a pré-compreensão do ser, fenômeno este que se dá no pensamento e se concretiza na linguagem. Segundo ele, *o projeto dentro do qual as coisas adquirem ser é, pois, um facto lingüístico. 'Onde não há linguagem, não há abertura do ente... A linguagem, ao nomear o ente, pela primeira vez o faz chegar à palavra e à aparição'*.<sup>128</sup> O ser, pois, só acontece nela. Tudo o que é reside na palavra. Heidegger, na *Carta sobre o Humanismo*, anuncia que a linguagem é a “casa do ser”.

---

<sup>126</sup>VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10 ed. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 137.

<sup>127</sup>STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p.16

<sup>128</sup>VATTIMO, op.cit., p. 131.

### 2.3 O CONTRIBUTO DE HANS-GEORG GADAMER

A questão hermenêutica pensada por Hans-Georg Gadamer retoma a idéia de círculo da compreensão desenvolvida por Heidegger. Nesse pensar, Gadamer lembra que a interpretação sempre há de se proteger da arbitrariedade - gerada por intuições súbitas - e da estreiteza dos hábitos de reflexão imperceptíveis, impondo-se que o olhar seja voltado para “as coisas elas mesmas”. Segundo ele, quem lê um texto, e busca a sua compreensão, sempre o faz tendo em mira algumas expectativas que já sempre são pré-determinadas. Trata-se da existência de um projeto prévio, que norteia o entendimento e que exige uma constante revisão, à medida que se adentra no sentido.<sup>129</sup>

A questão que emerge, então, verte em saber como se consegue escapar dessa rede das próprias opiniões previamente tidas pelo intérprete. Gadamer aponta a solução, quando enuncia que aquele que ouve outrem, ou lê um texto, não precisa se despojar de suas opiniões pré-estabelecidas, senão que permitir uma abertura, para que possa fluir também o juízo do interlocutor. Isso significa, em boa medida, que aquele que pretende compreender um discurso não pode confiar-se ao arbítrio de seu prévio sentido, ignorando a opinião do texto. Ao contrário, é preciso ouvir o que ele tem a dizer, tornando-se receptivo à sua alteridade.

Há de se inferir desses excertos, pois, que Gadamer aponta para a necessidade de um dar-se conta, por parte do intérprete, da inevitabilidade dos juízos prévios, de modo que seja capaz de bem lidar com eles, e não simplesmente pretender que sejam extirpados do processo de compreensão, até porque, diz o filósofo, são os preconceitos não percebidos que nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup>GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 355-356. De acordo com o autor, há um constante *reprojetar* do sentido que conduz à compreensão, movimento já descrito por Heidegger. Faz-se necessário, nesse sentido, lembrar que, quem busca compreender sempre está subjugado à ocorrência de erros originários das prévias opiniões que podem ou não conferir com ‘a coisa mesma’. A tarefa da compreensão, é pois, elaborar os projetos corretos, verdadeiras antecipações que só se confirmam na própria coisa.

<sup>130</sup>Idem, p. 359.

Por outras palavras, toda compreensão tem um carácter de preconceito, entendendo-o tal como um juízo que se forma em momento anterior ao da apreciação final da coisa que se tem sob exame, e que, como tal, pode ser valorado de forma positiva ou negativa, vindo à luz a constatação de que pode haver preconceito que seja legítimo. Gadamer põe a claro a idéia de que os preconceitos de um indivíduo, mais do que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser, especialmente se se considerar que, antes de a história pertencer ao homem, é ele que a ela pertence.<sup>131</sup>

Manfredo Araújo de Oliveira expõe que a historicidade do homem não é tida como um elemento limitador de sua aptidão compreensiva, mas antes é sua ‘condição de possibilidade’, na medida em que se compreende a partir de pré-conceitos que se gestaram na história, e que são agora ‘condições transcendentais’ da compreensão. A expectativa de sentido que dirige o homem provém da tradição específica de onde ele se encontra imerso.<sup>132</sup> E a tradição, tal como a história, não está sob o domínio do ser humano; ao revés, ele, pois, é que está sob o domínio de uma validade garantida pela tradição. Seja lá qual for o espaço por onde se transite, a compreensão se faz a partir do horizonte de uma tradição de sentido que a torna possível, o que força reconhecer a limitação nas possibilidades interpretativas.

Ao tratar dos preconceitos como condição de compreensão, Gadamer assim se remete à tradição:

O que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento. (...) A realidade dos costumes, p. ex., é e continua sendo, em sentido amplo, algo válido a partir da herança histórica e da tradição. Os costumes são dotados livremente, mas não são criados nem fundados em sua validade por um livre discernimento. É isso, precisamente, que denominamos de tradição: ter validade sem precisar de fundamentação.<sup>133</sup>

<sup>131</sup>GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 367-368.

<sup>132</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 227-228.

<sup>133</sup>GADAMER, op. cit., p. 372.

É ainda do autor de *Verdade e Método* a assertiva de que a consciência histórica do homem é uma pluralidade de vozes, que fazem ressoar o passado. Assim, esse tempo pretérito só aparece na diversidade dessas falas, o que, de resto, constitui a essência da tradição.<sup>134</sup> Vincular o sujeito que compreende a história é o que importa para Gadamer, que, a partir de então, supera à filosofia da subjetividade. O homem, aqui, sempre vai provar uma experiência enquanto imerso em um mundo repleto de sentidos, ao qual pertence; nunca será tomado como objeto, consoante a conclusão de Manfredo Araújo de Oliveira.<sup>135</sup>

A ciência do século XIX já trabalhava com a idéia de estrutura circular; entretanto, assim o fazia em um movimento de vai e vem, pelos textos, que era suspenso, até quando a compreensão se realizava. Com Heidegger, o círculo mostra que a compreensão do texto está sempre determinada pela mobilidade antecipatória da pré-compreensão. Não há uma dissolução entre o todo e a parte, quando se alcança a compreensão, mas a sua realização mais autêntica. Nas palavras de Gadamer:

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objetivo, nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas em nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. Não é uma mera pressuposição sob a qual sempre já nos encontramos, mas nós mesmos vamos instaurando-a na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o a partir de nós próprios.<sup>136</sup>

A tradição tem peso determinante na compreensão de qualquer texto, porque, antes de se buscar entendê-lo a partir da escrita originária, tem-se que levar em conta a época na qual se dá a sua transmissão. Aqui também tem relevância a situação histórica do intérprete e o curso da própria história. Por isso, Gadamer

<sup>134</sup>GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 377.

<sup>135</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 229-230. Se o sujeito que sempre se 'experimenta' no seio de um mundo de sentido, então daí emana o caráter circular de toda a compreensão, que sempre se dá a partir da pré-compreensão que vem do nosso próprio mundo de experiência e de compreensão. Essa pré-compreensão, diz o autor, pode se enriquecer por meio da apreensão de novos conteúdos.

<sup>136</sup>GADAMER, op. cit., p. 388-89.



afirma que o sentido de um texto supera seu autor, não de forma ocasional, mas recorrente, o que imprime a conclusão de que a compreensão nunca é comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo.<sup>137</sup>

A distância temporal na sua produtividade hermenêutica não é mais um abismo a ser vencido porque distancia, mas é o fundamento que sustenta o acontecer. A distinção dos períodos não deve ser superada; o tempo, enquanto guardador da herança histórica e da tradição, atua, aqui, como possibilidade positiva e produtiva do compreender. Esse flanco deixa espaço para se dizer que a compreensão não se esgota em um ponto final, mas sempre se renova, apontando para relações de sentido antes insuspeitadas. A dimensão temporal não é estática, ela está sempre em constante movimento e expansão.<sup>138</sup>

Nesse sentido, cabe ressaltar que é justamente essa distância temporal que permite distinguir aqueles que são preconceitos verdadeiros, a partir dos quais é possível a compreensão, de outros, que são os falsos preconceitos, responsáveis por mal-entendidos. A consciência hermenêutica tomará à sua formação também uma consciência histórica, que reverenciará atenção aos próprios preconceitos, que, a sua vez, orientarão a compreensão, possibilitando que a tradição se destaque<sup>139</sup> e ganhe validade enquanto uma opinião distinta.

A hermenêutica voltada à coisa em liça, para Hans-Georg Gadamer, mostra a realidade da história na própria compreensão. É o que ele designa de princípio da história efetual. Em suas palavras, *quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos sempre sob os efeitos dessa história efetual.*<sup>140</sup> Não há possibilidade de o intérprete refutar os efeitos que a história opera sobre a

---

<sup>137</sup>GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 392. Lenio Luiz Streck, em *Hermenêutica Jurídica e(m)...*, quando aborda especificamente a importância de Heidegger e Gadamer na hermenêutica filosófica, acentua que, com Gadamer, é impossível reproduzir um sentido, na medida em que o acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes. p. 207.

<sup>138</sup>Idem, p. 393-394.

<sup>139</sup>Destacar um preconceito, explica Gadamer, significa suspender sua validade. Enquanto um preconceito nos determina, não conseguimos vê-lo como tal. É preciso, então, que ele seja provocado e o que pode provocá-lo é o encontro com a tradição. A suspensão de todo juízo tem a estrutura de *pergunta*, cuja essência é abrir e manter aberta as possibilidades. p. 395-396.

<sup>140</sup>GADAMER, op. cit., p. 397. Gadamer adverte que é essencial que nos conheçamos melhor e reconheçamos que os efeitos da história efetual operam sobre toda a compreensão. Negá-la, em favor da fé na metodologia, pode conduzir até mesmo à deformação do conhecimento.

compreensão, quer esteja, ou não, consciente disso. Ela simplesmente se dá, porque é um momento de realização da própria compreensão, que sempre parte de uma situação hermenêutica.

Elucidar essa situação hermenêutica é tarefa que precisa ser enfrentada, o que exige reflexão sobre a história efetual. Entretanto, é preciso saber que isso não pode ser realizado de forma plena, porque, se o homem é um ser histórico, *não se esgota nunca no saber-se*.<sup>141</sup> A essa nota dada à situação hermenêutica pertence a definição de horizonte, como sendo o âmbito de visão que alcança tudo o que pode ser visto, partindo-se de um dado ponto, quando, então, pode-se falar de um pensamento determinado pela finitude. Dessa forma, quem não tem horizonte, não enxerga longe, e, por conseguinte, valoriza apenas o que está muito próximo; aquele que tem horizonte, supera essa limitação, em um ir-além. Gadamer afirma que o horizonte é algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. *Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move*.

Se assim o é, o horizonte está em um processo de constante formação, porquanto, a todo tempo, o homem se vê obrigado a por à prova todos os preconceitos. Parte dessa trajetória representa um encontro com o passado e a compreensão da tradição de onde veio; isso significa dizer que não há um horizonte do presente por si só, assim como não há horizontes históricos a serem conquistados. Daí se dizer que compreender é sempre um *processo de fusão desses horizontes*. Olhar o horizonte histórico implica já o seu resgate a partir do horizonte compreensivo do presente.

Essa consciência dos efeitos da história será valiosa quando o julgador se põe no exercício da jurisdição. O novo modelo estatal que vinga no país – Estado Democrático de Direito – exige do juiz que desempenhe seu ofício de forma vinculada ao texto constitucional (matéria que será objeto de exame no capítulo que segue). Como fazê-lo se no seu horizonte a Constituição não ocupa espaço ou, quando ocupa, assume a forma de um instrumento a mais à disposição?

Daí ser importante ao intérprete tornar-se sabedor de que o horizonte do conhecimento está em permanente configuração. É necessário revisitar o passado,

---

<sup>141</sup>GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 399.

suspendendo-se os pré-conceitos que o formam, ao tempo em que é preciso permitir a abertura para o novo. E o novo significa pensar o Direito e as lides que a ele são postas à resolução sob a perspectiva da Constituição em seu âmbito material. Toda decisão emanada do Judiciário nesse quadrante deve levar em conta o caso concreto compreendido à luz do texto constitucional.

Um exemplo extraído do direito previdenciário espelha essa constatação. O INSS suspendeu o benefício assistencial de Valmor Marcelino Cardoso, ao fundamento de que a renda familiar *per capita* era superior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo (artigo 20, § 3º da Lei 8.742/93). O beneficiário ajuizou ação de restabelecimento do benefício, postulando a antecipação dos efeitos da tutela.<sup>142</sup> Embora a alegação, não logrou demonstrar a condição de miserabilidade em que vivia com a família com os documentos trazidos com a inicial.

Diante disso, entendeu-se pela possibilidade de se lançar mão de meio probatório outro, a fim de viabilizar que o autor demonstrasse a verossimilhança do direito invocado; para tanto, foi designada audiência de justificação, a exemplo do que permite o ordenamento processual nas ações cautelares e nas medidas antecipatórias regradas pelo artigo 461 do Código de Processo Civil. Colhida a prova oral, sobrou evidenciado que o beneficiário e sua mãe, a par dessa receber um salário mínimo na condição de pensionista, viviam em condições de miséria.

Em face desse quadro, embora o teto fixado pela lei, foi ordenado, *in limine*, o restabelecimento do benefício, dada a necessária leitura do dispositivo legal em conformidade com a Constituição, que assegura em seu artigo 203, inciso V, a *garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.*

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negou provimento ao recurso da autarquia previdenciária, confirmando a decisão por seus termos. No voto, o Relator Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona, assentou que, *acima desse limite (renda mensal per capita de  $\frac{1}{4}$  salário mínimo) a*

---

<sup>142</sup> Processo nº 1.04.0001665-1, em tramitação na 2ª Vara Judicial da Comarca de Taquara/RS.

*necessidade do benefício deverá ser aferida caso a caso, considerando-se, para isto, o contexto sócio-econômico no qual a família encontra-se inserida.*<sup>143</sup>

Pensar a consciência da história efetual é, sobretudo, ter presente que ela tem a estrutura da *experiência*. Trata-se da experiência que cada um deve adquirir e da qual ninguém será poupado. Ela faz parte da essência histórica do homem. A experiência, diz Gadamer, pressupõe necessariamente que sejam frustradas muitas expectativas e, nesse sentido, a experiência é *experiência da finitude humana*.

Nesse aspecto, experimentada é a pessoa que sabe que não é senhor do tempo nem do futuro. O homem experimentado conhece os limites de toda previsão e a insegurança de todo plano.<sup>144</sup> Quem é experimentado, é consciente da finitude humana, e sabedor de que, uma vez estando na história, não há como retornar: enquanto houver homem, haverá sempre um permanente acontecer histórico, o que importa dizer que enquanto existir Dasein não se tem a experiência em seu todo.

Essa experiência hermenêutica está relacionada com a tradição, que é linguagem, ou seja, fala por si mesma, tal como se fosse um tu, concreto na interlocução.<sup>145</sup> E assim ele deve ser ouvido/entendido, o que exige que se dê oportunidade à surgência de uma abertura. Entretanto, cabe ressaltar que o *escutar* não significa que se vá realizar, ao modo cego, o que o outro quer, sob pena de haver submissão. Isso também vale para a experiência hermenêutica: *Eu tenho de deixar valer a tradição em suas próprias pretensões, e não no sentido de um mero reconhecimento da alteridade do passado, mas de reconhecer que ela tem algo a nos dizer.*<sup>146</sup>

É no modelo da dialética platônica que Gadamer busca material para o que ele chama de *estrutura lógica da abertura*, que caracteriza a consciência hermenêutica. É com a pergunta que se consegue chegar às coisas mesmas, sempre lembrando que o ato de perguntar já traz em si um sentido de orientação, que remete a possibilidades de serem as expectativas confirmadas ou não. A

---

<sup>143</sup> Agravo de Instrumento nº 2004.04.01.048479-0/RS, 5ª Turma do TRF da 4ª Região, Relator Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona, j.15 de fevereiro de 2005.

<sup>144</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 392.

<sup>145</sup> Idem, p. 467.

<sup>146</sup> Idem, p. 472.

abertura da pergunta, entretanto, não é ilimitada, ela tem um horizonte, sob pena de acabar no vazio. Perguntar pressupõe reconhecer que não se sabe, o que é dificultoso, dado o poder da opinião comum que embaraça o fluir do questionar.

Gadamer revela que se faz necessária à compreensão a postura dialógica, ou seja, a estrutura da pergunta e da resposta. A condição da conversação, tão cara à hermenêutica, exige que o interlocutor acompanhe o passo de quem fala. O texto, assim, coloca uma pergunta ao intérprete; compreender essa pergunta é essencial e, para compreender, *é preciso que as perguntas ultrapassem o que foi dito. Deve-se compreender o que foi dito como resposta a uma pergunta. Assim, ultrapassando o que foi dito, indaga-se, necessariamente, por algo que ultrapassa isso que foi dito. Só se compreende o sentido de um texto quando se alcança o horizonte do perguntar, que como tal pode ter também outras respostas.*<sup>147</sup> Assim como a tentativa de reconstruir o pensamento do autor é empreitada de menos importância, há de se ter por relevante que a finitude histórica da experiência humana tem consciência de que, um após outro, cada intérprete compreenderá o texto de modo diferente.

Em Gadamer, já não persistem os três momentos da hermenêutica clássica (a compreensão, a interpretação e a aplicação) separados e distintos entre si. Um não se segue ao outro, tampouco funciona como complemento do outro. O que há, sim, é a unidade, que envolve a compreensão e a interpretação e a aplicação no processo hermenêutico. Eis o que enuncia o filósofo:

Ora, nossas reflexões nos levaram a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido, nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerado como um processo unitário não somente a compreensão e a interpretação, mas também a aplicação.<sup>148</sup>

Isso importa a dicção de que a compreensão adequada de um texto exige a compreensão a cada instante, em cada situação concreta que se apresenta, de um modo novo e distinto. É o que ocorre com a *applicatio* no âmbito da hermenêutica

<sup>147</sup>GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 482.

<sup>148</sup>Idem, p. 406-407.

jurídica, ou seja, na proposição de Gadamer, o jurista há de ter a sua frente a lei, mas ela deve ser determinada em relação ao caso a que deve ser aplicado. A tarefa da interpretação, assinala o filósofo, é *concretizar a lei* em cada caso, ou seja, é tarefa da *aplicação*. Nesse processo, ao juiz sobra um espaço para complementação produtiva do Direito, que se efetivará a partir da ponderação justa de todos os elementos que a ele são confiados, sempre enquanto sujeito adstrito à lei, como qualquer membro da comunidade.<sup>149</sup>

Ainda no âmbito do Direito, ao tratar da categoria gadameriana da *applicatio*, José Carlos Moreira da Silva Filho assinala que, quando o operador jurídico se depara com o texto da norma, já traz consigo a pergunta que o conduziu até ele. Esse questionar é formado pelos seus prévios conhecimentos dogmáticos, pelo problema concreto que tem diante de si e pelo que já conhece no âmbito da norma. No embate desses elementos, continua o pensador, o texto da norma será sempre acrescido de uma nova compreensão. A novidade está em que tanto o caso quanto a norma estão imersos no mundo da vida.<sup>150</sup> *A essência, pois, da applicatio no Direito implica uma visão da norma jurídica que não a considera pronta, acabada e autônoma na projeção do texto normativo.*<sup>151</sup>

Também em Gadamer a linguagem tem papel fundamental. Para o autor, ela é o meio através do que os parceiros entendem a coisa posta em questão. Não há compreensão (e interpretação) que possa se dar em um reduto estranho a ela. Daí porque tanto uma (compreensão) quanto outra (linguagem) não podem ser tidas como fatos a serem pesquisados de forma empírica; nunca são tidas somente objeto, porque, antes disso, abrangem tudo que pode ser objeto. Nas palavras do filósofo: *Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no médium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete.*<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup>GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 432. A partir desse enunciado, Gadamer refere que a idéia de uma dogmática jurídica perfeita, a partir da qual uma sentença poderia ser dada via ato de subsunção, mostra-se insustentável.

<sup>150</sup>FILHO, José Carlos Moreira da Silva. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p.153.

<sup>151</sup> Idem. p.162.

<sup>152</sup>GADAMER, op. cit., p. 503.

A compreensão, segundo a teoria gadameriana, dá-se pela forma de conversação: *Lo que importa no solo es escuchar cosas unos de otros, sino escucharnos unos a otros. Únicamente eso es ‘comprender’<sup>153</sup>*, ou seja, sempre há a postura, assumida pelo intérprete, de participante do sentido do texto, sobressaindo-se a já designada fusão de horizontes. Nesse processo compreensivo, a tradição ocupa importante espaço, porquanto tudo o que chega ao intérprete assim o faz envolto nela. A tradição escrita assume especial relevo, na medida em que nela a linguagem se liberta do ato da sua realização, e, então, passado e presente convivem bem.

A linguagem, diz Manfredo Araújo de Oliveira, guarda dois momentos – o de contingência e o de idealidade. Se, por um lado, o sentido se cria em determinada situação histórica (contingente), quando se articula na escrita, ele transcende o momento, elevando-se à esfera da ‘idealidade da palavra’, abrindo-se a novas situações históricas.<sup>154</sup> Logo, a desvinculação do enunciado daquele que enuncia permite ao leitor que ele possa defender a sua pretensão de verdade. Isso, em larga medida, demonstra que o horizonte de sentido da compreensão de forma alguma se limita ao que tinha em mente o escritor ou o leitor originário.

Tradição e compreensão, pois, guardam estreita relação com a linguagem. Isso se percebe quando se esboça a necessidade de o intérprete não desprezar os conceitos prévios no ato da interpretação. Colocando em jogo tais conceitos, se pode trazer à fala a opinião do texto, como garante Gadamer, o que significa dizer também que nenhuma interpretação é correta ‘em si’.<sup>155</sup> A interpretação, antes disso, deve sempre se acomodar a uma determinada situação hermenêutica. Assim como as coisas vêm à palavra, também a tradição chega reconduzida à linguagem, na medida em que é compreendida e interpretada pela experiência humana.

A linguagem, em Gadamer, é tomada enquanto experiência de mundo, em uma situação de co-pertença. Não existe, então, um ser da linguagem que se aparta

---

<sup>153</sup>GADAMER, Hans-Georg. Entrevista concedida a Dutt, Casten. **En conversación con Hans-Georg Gadamer Hermenêutica/Estética/Filosofía práctica**. Traduzido por Teresa Rocha Barco. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1998 p.28

<sup>154</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 229-230.

<sup>155</sup>GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 514.

do mundo. O mundo só é mundo enquanto vem à palavra, assim como a linguagem só é linguagem na medida em que nela o mundo se apresenta.<sup>156</sup> A linguagem se põe na sua função constituidora de mundo. A partir de Humboldt e da sua proposição, segundo a qual não é possível conceber primeiro o mundo e depois dotá-lo de linguagem, Gadamer vai concluir que o verbo é humano desde o seu começo, e, como tal, ele não pode ser tomado como um atributo do homem, mas como a base absoluta para que ele tenha mundo.

A finitude da experiência histórica é o fundamento do fenômeno hermenêutico, enquanto a linguagem é o indício da finitude. Isso se dá em razão de que há uma multiplicidade de linguagem, mas também porque ela está em constante formação já que traz à fala a experiência do mundo. Desse excerto, infere-se uma dialética da palavra, ao tempo em que ela diz, traz consigo o não dito. Além disso, enquanto efetivação de sentido, entendimento, compreensão, sobressai a configuração especulativa da linguagem.<sup>157</sup>

Nesse sentido, a nova ontologia é a ontologia da linguagem. Gadamer afirma que ela é a constituição fundamental do homem, e, então, tudo sintetiza na célebre oração: *Ser que pode ser compreendido é linguagem*. A locução é desdobrada pelo próprio filósofo, citado por Ernildo Stein:

É assim que sempre me esforcei, da minha parte, para guardar para o espírito, o limite imposto a toda experiência hermenêutica do sentido. Quando eu escrevia: 'O ser acessível à compreensão é linguagem', importava ver nessa fórmula que o que é não pode jamais ser compreendido em sua totalidade. Em tudo o que uma linguagem desencadeia consigo mesma, ela remete sempre para além do enunciado como tal.<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 237.

<sup>157</sup>Idem, p. 240-243.

<sup>158</sup>STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. p. 53-54.



## 2.4 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA - AS BASES DE UMA JURISDIÇÃO CRIATIVA

A hermenêutica de matriz heideggeriana-gadameriana é o fundamento sobre o qual se pode edificar a jurisdição criativa.<sup>159</sup> Com o termo *criativo* se quer indicar a possibilidade de dizer o Direito de uma forma autêntica, de uma forma enraizada à faticidade e à historicidade do julgador. Intenta-se deixar vir a lume uma prestação judiciosa que atente à coisa mesma, com a mirada voltada ao texto, ouvindo o que ele tem a dizer, de sorte a permitir a fusão de horizontes entre aquele que nele se vê e o outro, que habita o intérprete.

Essa é a noção de jurisdição criativa: a tutela prestada de modo, tanto quanto possível, liberta do saber comum teórico dos juristas, desvinculada da obsessão pela busca do sentido primevo fundante, avessa à reverência à subsunção, às abstrações e generalidades; em contrapartida, cada vez mais comprometida com a eqüidade, com a prudência, com o sentimento humano.

Já se viu que, em Heidegger, o homem é o ente privilegiado, porque ele tem Dasein, que é compreensão de uma situação concreta, possibilidade e discursividade. O homem é ser no mundo e como tal vive uma relação de co-pertença com os entes intramundanos. Não existe primeiro um mundo a ser desvendado e depois um sujeito a fazê-lo; o homem sempre já compreende porque é. A compreensão, antes de ser um modo de conhecer, é um modo de ser.

Ora, diante dessa síntese e de tudo o mais que se tem dito sobre os existenciais heideggerianos, já não se mostra concebível aceitar a prestação

---

<sup>159</sup> O caminho para se chegar a uma atividade jurisdicional plena de criatividade foi desbravado pelo Prof. Dr. Lenio Luiz Sreck, quando criou as bases para uma Nova Crítica do Direito, tese onde ele defende uma nova leitura da ciência jurídica e da jurisdição, sobretudo de um ponto de vista constitucional, adotando como referencial teórico a filosofia de Martin Heidegger e de Hans-Georg Gadamer. Conforme refere o próprio autor, trata-se de um processo de desconstrução da metafísica enquanto orientadora do pensar jurídico dogmático (não-garantista), visando ao desvelamento do novo. O paradigma metafísico, por não atingir a diferença ontológica entre ser e ente, entifica o ser e provoca a objetificação do conhecimento, gerando interpretação de cunho reprodutivo. Nesse caminho, acaba por privilegiar o método (dedutivo-subsuntivo), impedindo o aparecimento do direito em sua feição transformadora da realidade social. Calcada na ontologia fundamental, a Nova Crítica do Direito quer o exercício da transcendência, *no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição*, não mais enquanto sujeitos que se deparam diante de objetos, mas enquanto seres-no-mundo desde sempre dotados de linguagem e lançados nele pela palavra, em razão de que a compreensão do ser implica já uma pré-compreensão. (Nota 577 na obra *Hermenêutica Jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005. p. 317.)

jurisdicional como o resultado obtido a partir de um processo subsuntivo-dedutivo. A resposta a questões cada vez mais complexas, oriundas de uma sociedade igualmente sofisticada, de forma alguma pode ser buscada na fé incondicional que os juristas (e julgadores) ainda têm nos métodos. A hermenêutica que aqui se propõe deve estar, sobretudo, voltada à coisa mesma, permitindo que o ser do ente se mostre enquanto fenômeno,<sup>160</sup> na sua singularidade.

Essa constatação guarda digna relevância, porque permite a conclusão irrefragável de que não há *uma* resposta certa quando o julgador examina o caso que lhe está sendo posto à apreciação. A norma cabível à hipótese em apreço não encerra um sentido fundamental que se pode adequar a todos os casos semelhantes. É claro que não. Cada situação tem em si particularidades que falam em sua concretude, em sua faticidade, e que precisam ser ouvidas pelo julgador. Não é na ‘essência’ da norma, ou na ‘vontade do legislador’, ou, ainda, no ‘espírito da lei’ que se deve buscar a solução justa ao problema estabelecido, senão que no ato de escutar e compreender o que ele reclama.

Alguns exemplos servem para denunciar como a prestação judiciosa ainda se encontra sob a égide do paradigma metafísico, assim como bem serve a demonstrar como esse paradigma pode ser vencido a partir do olhar acurado da hermenêutica filosófica. Matéria de direito processual penal<sup>161</sup>, a ementa do HC 78.729-MG (RJT 175/705) assentou: “Não há falar-se em prejuízo ao réu, se a defesa apresentada, embora deficiente, não exerceu influência na apreciação do mérito da causa ou apuração da verdade real” (Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal).

Não restam dúvidas de que a ementa foi transformada em *pauta geral*, com o que serviu para fundamentar (na acepção metafísica da palavra, ou seja, enquanto categoria primordial fundante) a ausência de possibilidade de anulação do processo por deficiência ou ausência de defesa. Tal se deu como se ela (ementa) encerrasse

---

<sup>160</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.198.

<sup>161</sup>O exemplo trazido à colação, bem assim os comentários a ele feitos, são do Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, referidos na obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 241.

em seu texto a universalidade do sentido de ‘prejuízo’ ou do ‘grau de influência exercida pela atuação do defensor’.

Assim entendido, o caso posto à apreciação, a partir de fórmulas gerais, acaba por encobrir a situação concreta, ocultando matizes que lhe são únicas e, por conseguinte, ela própria; é o típico contexto denunciado no capítulo que a este precedeu. A conjuntura ainda mais se agrava, uma vez observado que a Súmula, orientadora da decisão, foi editada em tempo anterior à Constituição de 1988, o que importa concluir que, diuturnamente, os julgadores não estão procedendo à filtragem constitucional, justamente por não terem esse texto em seu horizonte de sentido.

Outro exemplar, digno de nota, é sacado da jurisprudência gaúcha<sup>162</sup>. Em primeiro grau, o juiz deferiu liminar para determinar a entrega de remédios, pelo Estado, à criança vítima de Aids. Interposto recurso pelo ente federativo, ao argumento de que o perigo da demora deveria ser conhecido em favor dele, o relator da matéria sustou a ordem de fornecimento da medicação. Um dos argumentos utilizados: o artigo 196 da Constituição Federal estabelece que a saúde é dever do Estado, não podendo esse vocábulo (dever) ser lido como *obrigação*.

Ora, assim julgando, o intérprete da norma bastou-se na resolução do problema jurídico que lhe foi posto à apreciação, não logrando alcançar a problemática social que subjazia a ele. Ao interpretar a norma como dotada de caráter programático, esqueceu-se de voltar os olhos ‘à coisa mesma’, ou seja, ao caso concreto, dotado de todas as suas particularidades. Houve a interpretação da lide a partir de categorias metafísicas, acreditando na existência de um conceito cuja validade é aplicável a todo, e a qualquer caso que a ele, mais ou menos, se acomode.

Do mesmo modo que a norma não custodia um único sentido primordial fundante, também o julgador, como ser no mundo que é, tem à sua frente possibilidades, não apenas uma, mas várias, embora, como já dito, nem todas sejam

---

<sup>162</sup>Como antes, o exemplo é do Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, obtido junto à *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 231. Releva notar que o caso bem demonstra o problema da ‘baixa constitucionalidade’, expressão cunhada pelo próprio autor, para designar a baixa compreensão do texto constitucional, em razão da prevalência do modelo reprodutivo de sentido dado pela hermenêutica clássica.

realizáveis. É importante que o juiz saiba que, legitimamente, tem liberdade para esquadrihar solução justa, despregando-se das amarras postas pelo método. Isso não significa dizer, à evidência, que tudo pode fazer, o que fatalmente conduziria à arbitrariedade e ao ativismo. É preciso que se mantenha atento ao que Stein chama de indícios formais, sobretudo, vigilante à Constituição, como melhor será explorado no capítulo que segue.

Em boa medida, essa postura atenta passa pelo plano de vencer a cotidianidade média, que, no mais das vezes, produz conhecimento inautêntico. Não se há de esquecer que também o julgador vive em meio a uma consciência coletiva acrítica, partilhando de um modo comum de julgar, imobilizando-se na instância do cômodo, do que é conhecido, da familiaridade. Partilhar da opinião comum, estar na condição de *ser-com-os-outros* (Heidegger), provoca seu afastamento da coisa mesma, assim entendida a concretude do caso posto a julgamento e do próprio texto que orientará a solução a ser alcançada.

A hermenêutica que possibilita a jurisdição criativa é aquela que guia a compreensão no seu contorno autêntico, a que incita a abertura em direção à coisa, sempre indo além do ente enquanto simples presença, cobiçando atingir aquilo que provoca esse passo adiante, ou seja, o próprio ser. Com essa obra, certamente, lograr-se-á permitir a irrupção da responsabilidade, enquanto comprometimento do julgador, não apenas limitado à resolução do litígio intrapartes, como também a sua vazão no seio social.

Outra vez na apropriação da teoria heideggeriana, pode-se dizer que, assim operando, o julgador está diante da situação do *cuidado*, ou seja, diante da disposição de se pré-ocupar com o horizonte temporal que se abre à sua vivência. Ainda que decaído no mundo da mentalidade pública, tem uma condição de ser possível. Como refere Safranski, quando o eu-mesmo se desliga do *a gente*, recuperando-se para si próprio, chega à consciência do próprio poder ser, portanto, na liberdade, no sentido da espontaneidade, iniciativa, *criatividade*.<sup>163</sup>

---

<sup>163</sup>SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2000. p. 207. Usando o recurso da comparação para bem explicar a força do pensamento heideggeriano, o autor faz menção ao poema de Gottfried Benn, *Destilação*: “Deixo-me esboroar,/ permaneço perto do fim,/ então entre escombros e fardos/ aparece uma grande hora.

### **3 A CONSTITUIÇÃO CONCRETIZADA NO ATO DE JULGAR**

#### **3.1 MOMENTO NOVO – A ERA DO CONSTITUCIONALISMO**

A compreensão do Direito e da função do julgador, pelas linhas traçadas a partir da hermenêutica filosófica, se coaduna com a forma de Estado proposta na Constituição da República Federativa do Brasil – o Estado Democrático de Direito (artigo 1º). Aqui, ao contrário do que ocorria em eras passadas e sob outros moldes estatais, está-se diante de terreno fecundo para desenvolver a atividade jurisdicional sob a sua feição criativa.

Ao início, importa referir que o excerto pode ser mais bem elucidado, se se esboçar um breve cotejo entre a forma eleita pela Constituição de 1988 e as formas de Estado Liberal e Social, com a função do Direito (especialmente constitucional) e o papel do Judiciário neles estabelecida.

O Estado Liberal nasce em contraposição ao Estado Absolutista e, por conseguinte, ao poder soberano dos monarcas. Ele se configura enquanto institucionalização do triunfo da burguesia ascendente sobre as classes do Antigo Regime. Sobra clara, nele, a distinção entre o político e o econômico, e a sua característica abstencionista, que deixa livre as forças econômicas para proteger os interesses da classe burguesa. O Estado assume, unicamente, a função de garantir a liberdade, a seguridade e a convivência pacífica.

Neste paradigma, o Direito desempenha função ordenadora e fixadora das bases da legislação para se contrapor ao Antigo Regime e tudo o que ele representava. Se, antes, a esfera de tensão se concentrava junto ao Poder Executivo, agora ela passa a ocupar o espaço do Poder Legislativo, que exterioriza a vontade popular-revolucionária.

Transitando por esses dois pólos, o Poder Judiciário acabou por ficar à margem desse processo de tensionamento e, com isso, destituído de qualquer legitimidade. A Constituição, a sua vez, sobrou relegada a um segundo plano, porquanto, naquele momento da história, fazia-se ver o triunfo do privado sobre o

público, o que viabilizou a valorização das codificações sobre os textos constitucionais.<sup>164</sup>

Conforme refere Gustavo Binbenojm<sup>165</sup>, nessa fase, o constitucionalismo representa a apropriação das relações e fenômenos políticos pelo Direito e a sua juridicização, ainda que o faça como técnica de proteção da liberdade e da propriedade. Nesse momento inicial, sobraram consagrados os direitos humanos de primeira geração, que limitavam a intervenção do Estado à esfera individual (dever de abstenção ou liberdades negativas).

A jurisdição, por força desse modelo, deixa de ser produção jurisprudencial do Direito, e se submete à lei e ao princípio da legalidade, reconhecendo nelas a única fonte de legitimação, servindo para dar fundamento a todo um complexo de garantias, dentre as quais a segurança jurídica e igualdade de todos perante a lei.<sup>166</sup>

O princípio da legalidade traz consigo dois desdobramentos de importância crucial. O primeiro deles se refere à circunstância de os tribunais não poderem decidir contra a lei, já que ela é a garantia contra os desmandos estatais. O segundo, diz com a imposição de uma lógica de subsunção, pela qual os juízes devem lançar mão desse método para prestarem jurisdição, o que o fazem ao preço do esquecimento das referências sociais, éticas e políticas no seu operar. Observada essa fórmula, os Tribunais legitimam a ação do Estado, garantindo, com isso, que a produção legislativa chegue aos cidadãos 'sem distorções'.<sup>167</sup>

O Estado Liberal, todavia, entra em crise, o que provoca a necessidade de se promoverem alterações no papel dele próprio e do Direito. Surge a necessidade, então, de se passar do absentismo estatal para um modelo de Estado com condições de impedir as revoluções advindas da incapacidade do liberalismo de compatibilizar distribuição de renda e justiça social.

---

<sup>164</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 111-12.

<sup>165</sup>BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.4.

<sup>166</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. In: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p.16.

<sup>167</sup>SANTOS, Boaventura P., et. al. Os tribunais na sociedade contemporânea. In **Revista Brasileira de Ciências Sociais** – ANPOCS nº 30 (fev. 96), ano 11. 1996. p.32-34.

Como se está diante de um tempo de amadurecimento do capitalismo, é preciso se ter um Estado forte, que intervenha nas relações econômicas, na produção e na distribuição de bens, ou seja, que promova políticas públicas corretivas. Nesse desdobramento, faz-se necessário que se tenha à mão um Direito que disponha de meios para executar tais políticas. Eis a surgência do Estado Social de Direito, deslocando-se o pólo de tensionamento para o Poder Executivo.<sup>168</sup>

A construção de um Estado como o *Welfare State* encontra-se vinculada a um processo histórico, que acompanha o desenvolvimento do projeto liberal transformado em Estado de Bem-Estar Social no transcurso das primeiras décadas do século XX.<sup>169</sup> Essa passagem se dá, sobretudo, em razão da designada *questão social*, cujos direitos que lhe eram afeitos, tais como previdência, assistência social, transporte, educação, moradia, precisavam de regulamentação. Em síntese, a intervenção do Estado e a promoção de serviços trazem a nota distintiva desse modelo.<sup>170</sup>

Nesse plano, a Constituição, a par de assumir um papel de limitadora do poder (Constituição-garantia) também avoca a feição de um amplo programa de reformas econômicas e sociais, que devem ser concretizadas pelas legislaturas e governos (Constituição-dirigente).<sup>171</sup>

Embora, aqui, já exista uma distribuição das responsabilidades promocionais do Estado, o Judiciário ainda tem uma participação política embrionária, sobretudo em vista do dilema que o acomete: ou os Tribunais se mantinham neutros politicamente, e então contariam com a independência assegurada pelos demais poderes, correndo o risco de serem irrelevantes, ou, se assumissem sua responsabilidade, estreitando o direito ordinário ao constitucional, poderiam correr o

---

<sup>168</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 112.

<sup>169</sup>MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional)** In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; José Luiz Bolzan de Moraes (organizadores). São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2000. p. 80.

<sup>170</sup> Importante ter em conta que o modelo constitucional do *Welfare State*, como anotou Bolzan, teve seu início com as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar em 1919, havendo alternância na forma estatal, que se reconstrói e se adapta a situações diversas. Por exemplo, o Estado de Bem-Estar Americano se distancia do *État-Providence* francês, embora ambos têm na intervenção do Estado e na promoção de serviços a sua unidade.

<sup>171</sup>BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2 ed. rev.atual.Rio de Janeiro:Renovar, 2004. p.6.

risco de competir com os demais poderes sabidamente mais fortes, sofrendo pressões como o controle externo, a gestão orçamental, a nomeação de juízes para tribunais superiores.<sup>172</sup>

O Estado Social está fulcrado na justiça distributiva, na medida em que impulsiona a repartição de bens jurídicos de conteúdo material. É um Estado gestor, que se submete às modalidades da própria legislação e que tem sua ação sob a *forma* de prestações sociais, direção econômica e distribuição do produto nacional<sup>173</sup>. Em outras palavras, o Estado-providência distingue-se por seu forte componente promocional do bem-estar, pelo que *assume a gestão da tensão, que ele próprio cria, entre justiça social e igualdade formal*.<sup>174</sup>

O segundo pós-guerra produziu uma terceira forma de Estado, o assim designado Estado Democrático de Direito. Na dicção de Bolzan<sup>175</sup>, esse modelo aprofunda a fórmula do Estado de Direito e do *Welfare State*, porquanto, ao tempo em que mantém a questão social, qualifica-a pela questão da igualdade, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo de transformação do *status quo*.

Tomando por base essa premissa, tem-se que, nessa forma de Estado, a Constituição se apresenta não mais no seu sentido meramente formal e enquanto guardadora de conteúdo programático, mas na sua feição executiva. Como lembrado por Streck, os textos constitucionais, aqui, encerram determinações de agir, enquanto as normas possuem plena e imediata eficácia, em vista do que a Constituição constitui-ação do Estado.<sup>176</sup>

Ora, isso significa dizer que o Direito adota, nesse paradigma, um perfil que vai muito além da atividade ordenadora das relações sociais (Estado Liberal) e promotora das políticas públicas (Estado Social), alcançando uma função

---

<sup>172</sup> SANTOS, Boaventura P., et. al. Os tribunais na sociedade contemporânea. In *Revista Brasileira de Ciências Sociais* – ANPOCS n. 30 (fev. 96), ano 11. 1996. p. 35.

<sup>173</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del estado contemporáneo. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 1997, p. 26.

<sup>174</sup> SANTOS, op. cit., p. 34.

<sup>175</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional)** In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; José Luiz Bolzan de Moraes (organizadores). São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2000. p. 82.

<sup>176</sup> STRECK Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 103.



transformadora da sociedade. O Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): *o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade.*<sup>177</sup>

A conclusão que (também) daí emerge diz com o novo contorno que ganha o papel do julgador. Nessa categoria, à evidência que não há lugar para o juiz que se prende a dizer ‘a vontade concreta da lei’. O espaço é ocupado por um modelo de julgador que, sobretudo, dedica-se a prestar jurisdição calcado na ‘vontade da Constituição’, assim entendida, não sob a perspectiva metafísica, mas sob o olhar hermenêutico, este como a dicção do Direito compreendido a partir do caso posto a exame, na sua concretude e em adequação ao texto constitucional. Afinal, já se disse, é a partir da história singular que o Direito se reconstrói.<sup>178</sup>

Há, pois, uma (re) significação da jurisdição constitucional, tema que passa pelo debate havido entre as teses substancialistas e procedimentalistas, como restará apreciado no item que segue. O que importa, nesse instante, é deixar assentado que a atividade jurisdicional, muito antes de compreender a Constituição no seu caráter procedimental, passa a tê-la no seu horizonte de sentido como propagadora de valores substanciais, sobretudo enquanto promotora da democracia e dos direitos fundamentais, que, em última análise, constituem-se nos pilares do Estado Democrático de Direito.

A propósito, Luigi Ferrajoli assinala que o Estado Constitucional de Direito se caracteriza pela subordinação da legalidade à Constituição. Antes de tudo, afirma, mudam as condições de validade das leis, que dependem não mais unicamente da forma, mas de conteúdos que sejam coerentes com os princípios constitucionais. Além disso, há uma alteração no papel da jurisdição,

que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la

---

<sup>177</sup>STRECK, Lenio Luiz. **A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo.** In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; José Luiz Bolzan de Moraes (organizadores). São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2004. p. 154.

<sup>178</sup>OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico.** Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004. p.46.

denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica.  
179

Nesse paradigma, a sujeição do juiz já não é mais à letra da lei (vigente), mas à lei válida, ou seja, à lei enquanto em conformidade com o texto constitucional. Isso significa uma expressiva mudança, se se tomar em conta o modo como se concebia o Direito e o papel do julgador, especialmente sob a perspectiva do liberalismo. Do juiz ‘boca do legislador’ se avança para um modelo de julgador criativo. O sentido da lei não se dá por mera interpretação reprodutiva, mas simultaneamente produtiva e evolutiva, no dizer de Klaus Stern.<sup>180</sup> Em sede de Estado Democrático do Direito, redimensionada a ação do jurista, *o juiz tem o dever de aplicar a norma somente em seu sentido constitucional.*<sup>181</sup>

### 3.2 O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE POLÍTICA DO JUDICIÁRIO – PROCEDIMENTALISMO E SUBTANCIALISMO

O Estado Democrático de Direito, como já assentado, trouxe ínsita a valorização do Poder Judiciário. O *plus* normativo, na forma referida, remete à função transformadora do Direito e, portanto, do papel do juiz enquanto protagonista da cena jurídica, já que ele detém a possibilidade da fala jurisdicional. Essa condição, inevitavelmente, promove o estreitamento da relação entre Direito e política, e encaminha o debate relativo à judicialização da política.

De efeito, é preciso ter em conta que, com o novo paradigma, duas questões relevantes vem à luz: a problematização do princípio da separação dos poderes e da neutralização política do Judiciário e a apresentação de um espaço público desvinculado das instituições político-representativas. O ponto de convergência

<sup>179</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho.** In: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p.18.

<sup>180</sup>STERN, Klaus. **O juiz e a aplicação do direito.** In: Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (organizadores). São Paulo: Malheiros, 2001. p. 507.

<sup>181</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição brasileira.** In: Hermenêutica e jurisdição constitucional. José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz (organizadores). Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 252.

deste processo, segundo assinala Gisele Cittadino, está especificamente na responsabilidade democrática dos juízes. *Se, por um lado, parece não restar nenhuma dúvida sobre a importância da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos da cidadania, é fundamental que o seu atual protagonismo seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático.*<sup>182</sup>

Streck analisa que a essa noção de Estado se associa o *conteúdo material das constituições*, o que se dá pela via de valores substantivos. Segundo ele, a democracia do pós-guerra, a redemocratização de países que venceram experiências ditatoriais e a própria democratização social promoveram a inserção de direitos fundamentais nos textos das suas Constituições. Ditos fatores provocaram, como logrou chamar, o *redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado*, surgindo o Judiciário como administrador do futuro e também como alternativa para a concretização de promessas não cumpridas.<sup>183</sup>

O próprio poder de declarar a inconstitucionalidade das leis remete à idéia de fortalecimento do Poder Judiciário e de judicialização da política. Dita condição não deixa de ser uma forma de inclusão dos juízes no processo político<sup>184</sup>, na medida em que decidem sobre a validade de leis do Parlamento, editadas por órgão que detém legitimidade democrática.

De se ter em conta, como bem assinala Gustavo Binenbojm, que a própria locução 'Estado Democrático de Direito' já encerra um antagonismo nos seus princípios formadores. Enquanto *democracia* equivale à soberania do povo ou regra da maioria, *Estado de direito* conduz à noção de juridicização do poder e respeito a direitos fundamentais. O papel do constitucionalismo está na harmonização desses

---

<sup>182</sup>CITTADINO, Gisesle. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes.** In: A democracia e os três poderes no Brasil. Luiz Weneck Vianna (organizador). Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ.2003. p. 19.

<sup>183</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 147-148.

<sup>184</sup>STERN, Klaus. **O juiz e a aplicação do direito.** In: Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (organizadores). São Paulo: Malheiros, 2001. p. 512.

ideais até ser localizado um 'ponto ótimo' de equilíbrio institucional, sendo ele a medida do triunfo de uma Constituição.<sup>185</sup>

No desdobrar da questão, isso significa dizer que cabe à jurisdição constitucional dizer a última palavra no âmbito do Estado Democrático de Direito, porquanto suas decisões jurídicas não estão submetidas a qualquer controle democrático posterior, ou seja, perfeitamente apropriada a locução de Rui Barbosa, *juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas*<sup>186</sup>.

Este, pois, um dos pontos básicos da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, ou seja, a circunstância de as Cortes Constitucionais não estarem submetidas a qualquer tipo de controle. O outro, diz com a situação de as mesmas serem compostas de juízes não eleitos e que, portanto, não se submetem aos controles periódicos de aferição da legitimidade de sua atuação.

De efeito, não raro se vê a crítica investir sobre o argumento da falta de representatividade popular do Judiciário, dele retirando a legitimidade para ser o detentor da palavra última. Nada obstante, como já se disse, não há como se desvincular o Poder Judiciário do Estado Democrático de Direito. E é nessa vinculação que reside a resposta adequada à censura.

É bem verdade que a democracia instala uma ordem de representatividade do povo, responsável pelo estabelecimento de regras gerais para a organização social, que se consubstancia em leis. Sempre se diz que o legislador democrático pode invocar a legitimação do povo. Todavia, a lei não é o verbo final; pelo menos, não a lei que se quer vigente sem passar pelo filtro da validade posto pelo arranjo constitucional.

Em outras palavras, a Constituição limita e vincula o legislador (Canotilho), especialmente no que se refere aos direitos fundamentais. E quem controla a conformação entre a lei e a Constituição é o Judiciário, que o faz não ao sabor do voluntarismo judicial, tão temido, mas à luz da ordem constitucional. Não é demais lembrar que a atividade jurisdicional somente se fará necessária se houver

---

<sup>185</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2 ed. rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.113.

<sup>186</sup> Frase atribuída a Rui Barbosa, consoante Gustavo Binenbojm. p. 49.

inobservância e descumprimento do legislador aos valores materiais insertos na Constituição.

Mauro Cappelletti<sup>187</sup> também rebate a postura dos que vêem no Judiciário um poder antidemocrático. Dentre os argumentos por ele defendidos, destacam-se, pelo menos, dois, por se aplicarem indubitavelmente, ao sistema do *Civil Law* e ao Brasil.

Quanto ao primeiro, refere o autor italiano que já se tem por esvaída a utopia ocidental, que pregava a capacidade dos ‘poderes políticos’ de representar o consenso dos governados ou, pelo menos, de sua maioria. Atualmente, neste lado do mundo, a estrutura política está presa a grupos variados, que controlam o poder político. Os próprios entes públicos promovem ditos apoios e alianças, que, não raras vezes, afastam a possibilidade de se verificarem decisões que atendam ao sentimento da maioria.

Já o segundo fundamento se refere à direta conexão havida entre os juízes e as partes interessadas em acionar a jurisdição. De se ter em conta que os jurisdicionados têm, inclusive, o poder de limitar o conhecimento da lide, e, ainda, gozam de um espaço onde é garantido o direito de serem ouvidos. *Neste sentido, o processo jurisdicional é até mais participatório de todos os processos da atividade pública,*<sup>188</sup> visto que o ‘sentimento de participação’ do povo, no sistema político, pode sobrar desviado por legisladores ou por outro aparelhamento burocrático.

Amparado nas linhas da hermenêutica filosófica, ao tratar do assunto relativo à legitimidade da justiça constitucional, Streck teoriza:

(...) enquanto existencial, o Estado Democrático de Direito fundamenta, antecipadamente (círculo hermenêutico), a legitimidade de um órgão estatal que tem a função de resguardar os fundamentos (direitos sociais-fundamentais) e democracia desse modelo de Estado de Direito. O caráter existencial do Estado Democrático de Direito passa a ser, nessa espiral hermenêutica, a condição de possibilidade do agir legítimo de uma instância encarregada até mesmo – no limite – de viabilizar políticas públicas decorrentes de inconstitucionalidades por omissão, constituindo-se em

---

<sup>187</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 92-107.

<sup>188</sup> Idem, p. 100.

remédio (por vezes amargo, mas necessário) contra a atuação das maiorias.<sup>189</sup>

A falta de legitimidade política, assim como a ausência de instrumentos básicos necessários à implementação das políticas públicas, configura uma das questões centrais a alimentar o debate entre defensores da teoria procedimentalista e partidários da teoria substancialista.

A primeira vaga encontra representatividade na teoria proposta por Jürgen Habermas. A crítica que faz o procedimentalismo à jurisdição constitucional passa pelo prisma da distribuição de competências entre legislador democrático e justiça, e, por conseguinte, traz implicações diretas no princípio da separação de poderes.

Em Habermas, a democracia extrai sua força de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, vazem os melhores argumentos. Logo, os direitos fundamentais são resultado *da decisão recíproca de cidadãos livres e iguais de legitimamente regular as suas vidas por intermédio do direito positivo*.<sup>190</sup> O discurso é elevado a expoente máximo da democracia e pressupõe que haja paridade na comunicação entre indivíduos. Dessa forma,

tais direitos não são um *dado*, anterior à prática de autodeterminação dos cidadãos, senão que compõem um rol de condições básicas da própria democracia, enquanto liberdades que os cidadãos são obrigados a atribuir-se, reciprocamente, caso queiram normatizar a sua convivência mediante produção de regras de direito legítimas.<sup>191</sup>

Habermas recusa o processo hermenêutico de aplicação de normas como se elas fossem valores, ao tempo em que critica a concepção hercúlea do juiz. Segundo ele, o julgador deveria se reconhecer como membro de uma comunidade

---

<sup>189</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 113-114.

<sup>190</sup>BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2 ed. rev.atual. Rio de Janeiro:Renovar, 2004. p.108.

<sup>191</sup>Idem, p.110.

de homens iguais, enquanto co-partícipe do mundo, da vida, buscando aplicar ao caso concreto as leis adequadas.<sup>192</sup>

Nesse mesmo sentido, sobra refutada a Constituição enquanto ‘ordem concreta de valores’, da qual seria o Tribunal Constitucional um intérprete qualificado, porque tem virtudes intelectivas ou acesso privilegiado à verdade. Outra vez trazendo à luz a fala de Binbenbojm, *o modelo procedimental de interpretação constitucional impõe ao juiz uma atitude voltada especialmente para a garantia das condições democráticas do processo legislativo, e não para a avaliação de seus resultados.*<sup>193</sup> Nas palavras do próprio Habermas,

o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal *compreensão procedimentalista* da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição.<sup>194</sup>

Lenio Streck aponta que, na visão da teoria do discurso de Habermas, a divisão de poderes não pode ser violada pela prática de um Tribunal que não dispõe de meios de coerção para impor suas decisões diante da recusa do parlamento ou do governo.<sup>195</sup> Outrossim, o filósofo alemão acredita que o Tribunal Constitucional não pode se arvorar concretizador dos valores materiais da Constituição, dada a possibilidade de se transformar em uma instância autoritária. Além disso, concebe que o controle da constitucionalidade abstrato das normas é função indiscutível do legislador. A síntese, outra vez, é elaborada por Streck:

Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade

---

<sup>192</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 156.

<sup>193</sup>BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2 ed. rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.113.

<sup>194</sup>HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. 2 ed. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.326. V. I.

<sup>195</sup>STRECK, op. cit., p. 157.

política, não mais ancorada em um 'nação de cultura', mas, sim, em uma 'nação de cidadãos'.<sup>196</sup>

A partir dessa noção, sobra ao Tribunal Constitucional o exame do conteúdo das normas, no que se refere aos pressupostos comunicativos e às condições procedimentais do processo de legislação democrático, afastando-se qualquer visão pela qual o órgão desempenhe a função de guardião de uma 'ordem concreta de valores'.

Em contrapartida, a tese substancialista advoga a idéia de que o Poder Judiciário pode contribuir com a inclusão de grupos marginais ao processo político, assumindo um papel de intérprete da Constituição, que coloca em realce a vontade geral guardada no texto constitucional e nos princípios que ela alberga, inclusive contra maiorias eventuais.

Esse modelo se alinha à idéia de que a Constituição estabelece condições para o agir político-estatal: é o chamado constitucionalismo dirigente, que se coaduna com a lógica material de valores, e que reclama, além da ação do Parlamento e do Administrador, o operar do Judiciário enquanto concretizador dos direitos sociais-fundamentais insertos em seus textos.

Nessa senda, a proposta de Ronald Dworkin se aproxima do arranjo substancialista, na medida em que defende a idéia de que a criação jurisprudencial do Direito encontra seu fundamento na primazia da Constituição.<sup>197</sup>

Dworkin planeia a defesa de um ativismo judicial construtivo sem que deslize para o autoritarismo do assim designado 'governo dos juizes'. Sua obra pressupõe uma reaproximação entre ética e Direito, e nela se percebe um esforço que visa a justificar um papel ativo e engajado da jurisdição constitucional. Na sua visão, os direitos fundamentais são direitos morais reconhecidos pela comunidade política cujos integrantes são tratados com igual respeito. Diante disso, a própria Constituição merece uma leitura moral, o que remete o aplicador do Direito a

---

<sup>196</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 158-159.

<sup>197</sup>Idem, p. 158-159. Importante anotar a ressalva feita pelo autor, segundo o qual as teses dworkianas do juiz Hércules e a idéia de que sempre há uma decisão única não se coadunam ao pensamento pós-metafísico.



assumir uma postura construtiva, pela qual o sistema de princípios deve ser visto como um todo coerente e harmônico dotado de integridade.<sup>198</sup>

Importante ter presente que, no modelo construtivo de Dworkin, os princípios ocupam lugar de relevo, figurando como fonte de direito, ao lado das normas; tratam-se eles de matérias que não estão postas à escolha ou à preferência da população; constituem-se em imperativos morais da própria comunidade, reconhecidos como direitos fundamentais das pessoas, ao contrário do que ocorre com as regras, que, por questões políticas, são suscetíveis a escolhas ou preferências.

Nessa quadra, a jurisdição constitucional assumiria um status de *fórum do princípio*<sup>199</sup>, na medida em que os juízes, por sua formação e independência, são considerados mais aptos ou qualificados para resolver questões afeitas a eles. De outro lado, dada a sua legitimação popular, os parlamentos e governos são mais qualificados a eleger políticas públicas que bem atendam aos reclamos populares.<sup>200</sup>

Em suma, pela tese substancialista, a jurisdição constitucional não só é compatível com a democracia como, em larga medida, contribui de forma decisiva para o seu fortalecimento.

No perfilhar de ambas as teses, todavia, denuncia Streck, que, no Brasil, não se logrou alcançar nem uma, nem outra tese:

É este – insisto – o dilema brasileiro: não sufragamos a tese substancialista, porque, *de um lado*, o Judiciário, preparado para lidar com conflitos interindividuais, próprios de um modelo liberal-individualista, não está preparado para o enfrentamento dos problemas decorrentes da transindividualidade, própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988; *por outro*, em face da democracia delegativa que vivemos, de cunho *hobbesiano* (O'Donnell), no interior do qual o Legislativo é atropelado pelo decretismo do Poder Executivo, também não temos a garantia do acesso à

---

<sup>198</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.74-85.

<sup>199</sup> A expressão é trazida pelo próprio Ronald Dworkin na obra **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 41-103.

<sup>200</sup> BINENBOJM, op. cit., p.85-90.

produção democrática das leis e dos procedimentos que apontam para o exercício dos direitos previstos na Constituição.<sup>201</sup>

### 3.3 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE – A SUA SOBREVIVÊNCIA PELO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL

A Constituição brasileira pode ser classificada como *dirigente*, na medida em que, no seu ideário, contém a expectativa de realização de direitos humanos e sociais. Logo, o seu conteúdo está voltado para o resgate das promessas da modernidade, visto que, aqui, ainda não foram implementadas.<sup>202</sup>

De efeito, e a crítica é trazida como tal por Streck<sup>203</sup>, a modernidade, no Brasil, é tardia e arcaica, levando à conclusão de que ela se apresenta como um *simulacro*. O Estado brasileiro (ainda) não viu ser implementado o Estado Social, o intervencionismo-regulador não se fez vigorar; a propósito, basta que se atente para a notória ausência de justiça social, à inexistência de concretização das garantias fundamentais à maioria da população e à própria ineficácia de grande parte dos dispositivos constitucionais. Assim é que, por aqui, ainda se mostra imperativa a consolidação de um Estado forte para garantir direitos que se mostram ameaçados pela globalização neoliberal.

A Constituição brasileira, que traz em seu preâmbulo o compromisso de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, aponta para a configuração de um Estado intervencionista e regulador, que se deve guiar no intento de alcançar os fins almejados pelo poder constituinte, pela vontade popular. No entanto...

No entanto, o que se tem assistido no país, nos últimos tempos, é a implementação de políticas de caráter neoliberal, que andam na contramão da

---

<sup>201</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 190.

<sup>202</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição brasileira**. In: *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz (organizadores). Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p. 250.

<sup>203</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.21-32.

ordem material constitucional. Sobre o tema, de extrema validade a denúncia levada a termo por Gilberto Bercovici, segundo a qual, ao invés de buscar efetividade dos direitos fundamentais e a promoção do desenvolvimento, como infunde a Constituição, o Governo Federal patrocina a sua desconfiguração, chegando ao absurdo de pretender que o texto constitucional se adapte ao plano de governabilidade, e não o contrário.<sup>204</sup>

O descompasso havido é tamanho, que juristas, como os da importância de Paulo Bonavides, chegam a nomeá-lo de *golpe de Estado institucional*, esclarecendo que, à diferença do que ocorre com o golpe de Estado governamental, aquele *não remove governos mas regimes, não entende com pessoas mas com valores, não busca direitos mas privilégios, não invade Poderes mas domina por cooptação de seus titulares.*<sup>205</sup>

Segundo este constitucionalista, tudo se dá em circunspecto silêncio, na clandestinidade, deixando fluir as intenções via medidas provisórias, privatizações, arrocho de salários, opressões tributárias, favorecimentos, desemprego, de sorte a seguir à risca a receita prescrita pelo neoliberalismo globalizador, rumo à perda da identidade nacional e à redução do País ao *status* de colônia.

Em razão desse desajuste vivenciado entre a política desenvolvida no país e as tarefas impostas no texto constitucional, não sobram dúvidas de que se faz cada vez mais premente a compreensão da Carta no seu sentido substancial e enquanto depositária de compromissos que devem ser perseguidos e concretizados. Daí a necessidade de se (re) tomar o constitucionalismo dirigente e a força normativa da Constituição, superando-se a noção da Constituição na sua faceta meramente programática.

Nada obstante, e sempre na continuidade da proposta traçada pela Nova Crítica do Direito construída por Streck, é importante que esse constitucionalismo compromissário seja edificado a partir das peculiaridades que assombram o caso brasileiro. O referido autor já disse que *a Constituição (e cada Constituição) depende*

---

<sup>204</sup>BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da constituição de 1988. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. V. I, n. 2. Porto Alegre, 2004. 102.

<sup>205</sup>BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 23.

*de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional*<sup>206</sup>, de onde conclui que não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos.

Não se pode olvidar que a gênese da constituição compromissária remonta à constituição portuguesa, que tinha caráter revolucionário no sentido de apontar para um modo de produção rumo ao socialismo, totalmente diferente da constituição brasileira, que não tinha função normativo-revolucionária. Daí a complementação do exposto no parágrafo anterior: a sobrevivência ou o fenecimento da constituição dirigente está diretamente imbricada ao entendimento da teoria da Constituição, enquanto teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado Nacional.<sup>207</sup>

Dito de outra forma, uma teoria da constituição deverá conter, além do núcleo mínimo universal comum a todos os países com formas democrático-constitucionais de governo, um núcleo específico de cada constituição. No caso do Brasil, um centro que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático de Direito, considerando o binômio democracia/direitos humanos.<sup>208</sup>

Além desse conteúdo mínimo, uma teoria da Constituição Dirigente e Adequada a Países de Modernidade Tardia também deve conter os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática. Deve haver uma interligação desta teoria da constituição com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a constituição em sua materialidade. Sob este contexto, o que permanece da noção de constituição dirigente é a vinculação do legislador aos ditames da materialidade constitucional, e o Direito continua a ser instrumento de implementação de políticas públicas.<sup>209</sup>

Daí é que, observadas as particularidades de cada Estado Nacional, especialmente quando se está a tratar de países nos quais não foi implementado o *Welfare State*, como no Brasil, pode-se dizer que não se está diante do fim da

---

<sup>206</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 133.

<sup>207</sup>Idem, p. 134.

<sup>208</sup>Idem, p. 134-135.

<sup>209</sup>Idem, p. 135-136.

Constituição dirigente. É bem verdade que o próprio Canotilho, antes defensor incontido do dirigismo, passou a redesenhar a sua postura; entretanto, a readequação de sua teoria, de modo algum, trouxe como conseqüência a idéia de que a programaticidade constitucional chegou a termo.

De efeito, juristas comprometidos com a cultura neoliberal têm defendido a idéia de que o constitucionalista de além-mar proclamou a morte da Constituição Dirigente. E assim o fazem ao desígnio de desautorizar a Constituição e, quiçá, denuncia Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, provocar a possibilidade de se retirar dela programas de ordem estatal, de importância cabal à caminhada democrática.<sup>210</sup>

Nada obstante, fato é que, nas palavras do Professor Português, a *constituição dirigente não morreu*.<sup>211</sup> O próprio Canotilho esclarece estar aberto a outros modos de concretização do dirigismo constitucional, opondo-se, de forma cabal, à liquidação das dimensões existenciais (enquanto realização histórica da pessoa humana), que estão subjacentes à diretividade constitucional. Nas suas palavras: *concordo que devemos ver o que, histórica e culturalmente, originou este caráter dirigente. Penso que o desafio da Constituição dirigente não é o de torná-la rígida, devendo admitir-se que ela pode ser modulada de outra maneira, de acordo com as evoluções e as inovações*.<sup>212</sup>

Outra dimensão importante trazida pelo professor lusitano refere-se à (ainda) existente capacidade de transformação social promovida pela constituição dirigente. Segundo ele, o dirigismo constitucional haverá de continuar enquanto for útil e historicamente necessário. No instante em que se alterarem os esquemas políticos, econômicos, sociais e culturais, quando não houver mais *identificação* entre as novas gerações e as Constituições que as regem, ou seja, no tempo em que não se fará presente conformação da própria realidade social a ela, então ela findará, por se diluir nos próprios mecanismos sociais. *Em suma: as constituições dirigentes existirão enquanto forem historicamente necessárias*.<sup>213</sup>

---

<sup>210</sup>COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. In: **Canotilho e a constituição dirigente**. 2 ed. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (organizador). Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2005. p. 27.

<sup>211</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. In: **Canotilho e a constituição dirigente**. 2 ed. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 31.

<sup>212</sup> Idem, p. 41.

<sup>213</sup> Idem, p. 40.

No Brasil, a realidade indica haver essa necessidade. Assim, se o Administrador não gerencia os recursos públicos de acordo com o programa inserto na Constituição, é possível que o Judiciário o condene a prestar determinado serviço público básico. A propósito, tenha-se em conta o seguinte caso<sup>214</sup>: o Município entendeu por deixar de fornecer transporte escolar a estudantes do ensino fundamental de uma determinada escola, ao fundamento de que os mesmos residiam em zona urbana. O Ministério Público ajuizou ação civil pública, pedindo que liminarmente fosse compelido o Prefeito Municipal a disponibilizar transporte.

Segundo a Constituição Federal, a educação é direitos de todos e dever do Estado e da família (artigo 205), cabendo a ambos e a à sociedade, assegurá-lo à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade (artigo 227). No mesmo texto tem-se que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programa de transporte (artigo 208, inciso VII), cabendo ao Município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (artigo 211, § 2º).

Mas não só isso, como se sabe, a Constituição traça, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, com garantia de desenvolvimento, erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (artigo 3º).

No caso sob comento, embora residentes na zona urbana, havia crianças com moradia há quase três quilômetros da escola. Por certo, mormente se se considerar que a Constituição não limita o direito ao transporte a crianças da zona rural, mostra-se sem razoabilidade que se exija de meninos e meninas do ensino fundamental trafeguem a pé por aproximadamente seis quilômetros, diariamente, sujeitos a toda sorte de intempérie. Essa compreensão viria a atender aos efeitos nefastos já muito experimentados pela sociedade brasileira consubstanciada na evasão escolar. Ora, uma sociedade ainda extremamente carente de educação não pode permitir que o Poder Público fomente essa desfortuna.

Com base nessa compreensão, foi determinado em caráter liminar que o Município fornecesse o transporte escolar aos alunos daquela escola, em prazo

---

<sup>214</sup> Processo nº 1.06.0001171-8, oriundo da 2ª Vara Judicial da Comarca de Taquara/RS.

exíguo, sob pena de o serviço ser efetuado por terceiro às suas expensas. O Município cumpriu de pronto a determinação, não tendo oferecido resistência à lide.

É verdade que sempre haverá críticas à programaticidade constitucional calcadas no argumento de que os governos ficam jungidos a ela, com o que sobra embaraçada a possibilidade de realização de suas metas, aviltando o ideal da alternância política. Nada obstante, alerta Streck, a discricionariedade política é ampla, mas não absoluta, na medida em que qualquer governo constitucional deve atuar em conformidade com a Constituição.<sup>215</sup>

Nessa mesma linha, e em complemento aos excertos antes postos, Konrad Hesse<sup>216</sup> vai dizer que a Constituição, nesse processo de constituir, haverá de ser vista, não apenas como guardiã das forças sócio-políticas, mas, sobretudo, a partir da *força normativa* que tem, mormente porque ela é determinada e determinante da realidade social e, como tal, somente alcançará esse vigor, se, e enquanto, refleti-la.

Bem a propósito, continua Hesse, a força ativa da Constituição será atingida quando, na consciência geral daqueles que a operam, se fizer presente não só a 'vontade do poder', mas a 'vontade de Constituição', que se tem de calcar em três fundamentos: a consciência de ser ela uma ordem inquebrantável, protetora de arbítrios; a constatação de que, mais do que legitimada, deve estar em constante legitimação; a verificação de que se tem por essencial o concurso de vontade humana para que, de fato, seja eficaz.

Infere-se, pois, das elocuições, que os compromissos insertos no texto constitucional devem sofrer constante revisão e devem ser renovados a cada instante. Seus princípios devem ser adaptados ao sentimento que nutre a comunidade em seus reclamos mais urgentes. De pouco adianta uma Constituição apartada do universo a que se destina, porquanto não haverá condições de diálogo entre o texto nela contido e a compreensão do intérprete.

Em larga medida, isso significa dizer que a Constituição que rege determinada comunidade, além de ser (con) formada por princípios e valores

---

<sup>215</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.140.

<sup>216</sup>HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

racionalmente construídos, o deve ser de acordo com as disposições afetivas desse mesmo seio comunitário. Em outras palavras, a estimativa jurídica, antes de se fundar unicamente em argumentos racionais, deve ser sentida e vivida. É com base nesse princípio que Pablo Lucas Verdú vai dizer que, no âmbito do Direito Constitucional, *a luta pela Constituição* tem sido sentida e vivida mais apaixonadamente.<sup>217</sup>

É bem verdade que essas disposições soam estranhas aos sentidos de tantos quantos se bastam na compreensão da Constituição enquanto ordenamento construído a partir de categorias conceituais pertencentes à lógica jurídica, em razão do que a sentença que domina é *o ordenamento constitucional pensa, logo existe*. Entretanto, e as ponderações ainda são de Verdú, para quem suscita a conexão entre o pensar constitucional e sua efetividade, a partir da adesão da sociedade civil, a questão assume a seguinte configuração: *a Constituição é sentida, logo existe*.<sup>218</sup>

Esta concepção traçada pode ser examinada também à luz das ensinanças de Heidegger. O *Dasein*, que é o estar aberto para o mundo, apresenta-se como compreensão e como discurso, mas também como afetividade. E é em razão dessa afetividade que ele é um 'projeto lançado', e, como tal, consegue realizar um encontro com as coisas, na experiência sensível, realizando algumas possibilidades, sendo elas autênticas ou não, conforme a compreensão prévia de que dispõe acerca dos entes.

Calha dizer que, à evidência, não cabe crer que a efetividade da Constituição dependa da sua compreensão a partir da emotividade. O sentimento jurídico-constitucional não desempenha esse papel sozinho, embora seja fator determinante. Nas palavras de Verdú:

Quando um ordenamento jurídico é capaz de suscitar ampla e intensa adesão efetiva quanto à sua normação e, sobretudo, quanto às instituições mais enraizadas em suas bases sociais, então tal ordenamento é algo vivo. Não está ali, afastado, nutrindo-se solitariamente de suas próprias

---

<sup>217</sup>VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional:** aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.3.

<sup>218</sup>Idem, p.04.



interconexões e interpretações formais. Penetra nas entranhas populares para converter-se em ordenamento sentido.<sup>219</sup>

Hermann Heller afirma que o Estado é uma estrutura que permanece no devir das ações de uma totalidade, tal qual o homem é parte de um devir permanente<sup>220</sup>. Essa permanente construção do ser do homem (e do Estado) enquanto possibilidade (Heidegger) exige uma também constante atualização no texto constitucional. Essa renovação não implica necessidade de revisões sucessivas, mas, antes, uma adequada compreensão do texto na mesma cadência que fluem as relações sociais.

Essa questão é importante, na medida em que uma consciência constitucional insuficiente produz mal estar social no cidadão, incrementando a neurose política. Em havendo um distanciamento entre Direito Constitucional e a realidade que circunda o cidadão, sobrar-lhe-á uma defeituosa interiorização do desenvolvimento constitucional e uma ameaça ao Estado enquanto processo vital básico.<sup>221</sup>

É em razão desse sentimento jurídico (constitucional) que a normatividade adentra no seio social, proporcionando uma adequada efetividade. Trata-se de *sentir o direito como seu*. Quanto mais a sociedade se sentir incluída, como parte integrante desse projeto de criação de sentido de Constituição, mais retribuirá na função de implementar planos que auxiliem na sua concretização, e mais se empenhará na busca do cumprimento dos programas que ela encerra.

### **3.4 CONTRIBUTO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA – A CONSTITUIÇÃO QUE CONSTITUI**

Assim como o Estado Democrático de Direito pode ser mais bem compreendido (e implementado) pelas linhas da hermenêutica filosófica, dada a

---

<sup>219</sup>VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 07.

<sup>220</sup>Idem, p. 129.

<sup>221</sup>Idem, p. 137.

função que a Constituição desempenha nesse modelo estatal, também ela deve ser vivenciada a partir desse olhar.

A concretização da Constituição e das promessas que seu texto guarda passa, modo inicial, pela compreensão que dela se tem. O perfil liberal-individualista, alimentado pela metafísica, permite tão só o entendimento do texto constitucional, enquanto fundamento da ordem jurídica e enquanto compêndio posto à disposição do julgador para que dele faça uso, quando assim lhe aprouver, ou, o que talvez seja pior, quando as leis infraconstitucionais não forem suficientes para a resolução da contenda posta a exame.

Esse modo de dizer o Direito, sem dúvida, está altamente comprometido com a manutenção do *status quo* vigente, ou seja, com a perpetuação de uma ciência que, antes de ser transformadora da realidade, apenas se basta na reprodução dos modelos sob vigência.

Para além dessa idéia liberalista de Constituição, e com vistas a retomar a proposta hermenêutica de substrato heideggeriano-gadameriano, é possível dizer que essa é a face desvelada da compreensão da Constituição. Aliás, assim a concebendo, o julgador sequer tem consciência de que há outra face que permanece oculta, e que, uma vez afastada da presença, precisa ser trazida a lume. Trata-se, pois, como se tem dito até então, de deixar vir à presença a Constituição sob a sua forma constituidora.

Para bem explicar esse fenômeno, Streck resgata em Heidegger a metáfora da clareira, espaço, a partir do qual, é permitido ver a floresta. *A clareira é essa região de claridade da qual pode aparecer tudo o que é.* Assim também o Direito; uma vez se logrando estabelecer uma clareira nele, desocultando-se caminhos encobertos pelo modo inautêntico de dizê-lo, poder-se-á chegar ao novo, à possibilidade do desvelamento (alétheia). Assim como a clareira torna possível divisar a floresta, o sentido comum teórico somente será tornado visível a partir de um discurso que o denuncie.<sup>222</sup>

---

<sup>222</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 287-289.

Estranhar o que aos olhos já é íntimo mostra-se fundamental nessa tarefa. Os que diuturnamente lidam com o direito devem ser avisados que nesse quadrante não há espaço para denúncia e processamento de ação onde ao agente é imputada a prática de furto *tentado* de quinze mudas de árvores frutíferas.<sup>223</sup> De se consignar que as quinze mudas faziam parte de um universo de dez mil plantas. Ou, por outra, de crime de supressão de documento público (cuja pena mínima é de dois anos de reclusão), quando, tomada por acesso de ciúmes (*esse monstro de olhos verdes que zomba da carne com que se alimenta*, como já disse Shakespeare em *Otelo*) a acusada ataca a bolsa da opositora, rasgando furiosamente seus documentos.<sup>224</sup>

À evidência que não pode o Direito Penal se ocupar desses pequenos delitos que não têm qualquer repercussão social. Enquanto se despendem recursos (material e humano) para se conduzir demandas inócuas como as supracitadas, o país contabiliza um sem número de crimes de sonegação fiscal, desvio de verbas públicas, crime organizado, lavagem de dinheiro, corrupção, que efetivamente atentam contra os objetivos da República, não se tendo notícia de que os Tribunais encontram-se assoberbados com eles.

Nessa incursão, o passo inicial é a superação da dualidade havida entre lei e Constituição. Em face da diferença ontológica, diante da qual ser e ente compõem uma unidade, já não há mais espaço para aplicar (no sentido gadameriano) uma norma infraconstitucional sem que ela necessariamente passe pelo crivo da norma constitucional. O processo é uno, não há dois momentos: ou a lei é compreendida como válida porque em conformidade com a Carta, ou não o é, porque a ela não se amolda.

Assim é que a Constituição, ao contrário do que figura o pensamento metafísico, não é uma categoria fundante. Em outras palavras, a Constituição não é um ente principal capaz de permitir que dele se deduzam outros entes. Ela não é o *um* ou o último local a que se pode recorrer. Vê-la sob essa ótica significa objetificá-

---

<sup>223</sup>Processo nº 2.03.0000086-6 oriundo da 2ª Vara da Comarca de Taquara. A sentença, prolatada em 09 de junho de 2004, reconheceu se tratar de crime de bagatela e absolveu o acusado por atipicidade da conduta.

<sup>224</sup>Processo nº 2.03.0000342-3 que também tramitou na 2ª Vara da Comarca de Taquara, cuja sentença declarou absolvida a acusada por não haver crime na espécie, ante a ausência de dolo.

la na melhor forma da filosofia da consciência, qual seja, a de colocá-la à distância de um sujeito que a pretende apreender pelo caminho da linguagem.

Essa fórmula anda na contramão da proposta da hermenêutica filosófica, pela qual a Constituição é um existencial, é um modo de ser, porquanto ela emerge da existência, e a ela se remete. Não há um método para se chegar à compreensão do texto constitucional, não há uma *hermenêutica constitucional*, entendida como técnica própria de interpretá-lo. Essa concepção implicaria apreender o ente como presença constante e como generalidade abstrata<sup>225</sup>.

Por isso, nunca é demais retocar esse ponto, o julgador não pode prescindir de voltar os olhos à concretude do caso que lhe é dado a exame. Em virtude desse comando não se pode tomar precedentes como pautas gerais. Assim, não é possível tomar como verdadeiro *para todos os casos* o excerto segundo o qual é nulo o processo, a partir da apresentação, quando ela é levada a efeito na ausência dos pais ou responsáveis, nada obstante o teor dos artigos 111, inciso VI, 184 e 186 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Casos há em que não sobra qualquer prejuízo ao representado, como por exemplo, quando ele, *já maior de dezoito anos*, sequer vive com a família, está internado pela prática de outros atos infracionais graves há tempo, e, além disso, nega a participação no fato. Nada obstante, a TJRS decidiu por anular o feito, porque *a falta da oitiva do responsável legal na audiência de apresentação configura nulidade insanável*.<sup>226</sup>

Embora não se vislumbrando ofensa aos direitos e às garantias do adolescente em conflito com a lei, na situação concreta, a decisão em tela tomou o precedente como pauta geral, abstendo-se de voltar a mirada para o caso nas suas especificidades. Não houve aqui interpretação enquanto *applicatio*, mas enquanto mera prática subsuntiva do caso a texto infraconstitucional (Estatuto da Criança e do Adolescente). Tivesse o julgador em seu horizonte o texto constitucional, a

---

<sup>225</sup>STRECK, Lenio Luiz. **A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da constituição**: a tarefa de uma nova crítica do direito. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; José Luiz Bolzan de Moraes (organizadores). São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2000. p. 124.

<sup>226</sup>Apelação cível nº 700102J01424, Oitava Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Rui Portanova, j. em 10 de dezembro de 2004, maioria.

compreensão se daria voltada à particularidade do caso que não afrontou o princípio da ampla defesa tampouco a garantia prevista no artigo 227, § 3º, inciso IV, da Constituição Federal.

A Constituição é o espaço onde acontece o sentido jurídico; não é demais (sempre) lembrar que o ser se vela e se desvela e que a compreensão acontece nesse movimento. Ao contrário do que se vê na tradição metafísica, esse sentido fundante se dá a partir de uma manifestação prévia, no interior da circularidade hermenêutica, onde já há compreensão. Nesse flanco, *a Constituição funda sem ser “fundamento”, porque não é uma categoria ou uma hipótese a partir da qual se possa fazer “deduções”*. Daí a conclusão de que a noção de Constituição é um paradoxo: funda sem ser fundamento.<sup>227</sup>

Efetivamente, o fundamento, na acepção metafísica, significa inferir algo de algo, o que conduz a uma aporia, ou seja, chegar-se-á a um ponto autofundado, que vai se converter em dogma. Por isso, redargüindo esse pensar, Heidegger vai dizer que o fundamento é sem fundo, é abissal, porquanto não é infinito, nem objetivo. Ele é um perder-se, mas não em uma impossibilidade. O fundamento, na ontologia fundamental, tem um caráter prévio, em que já sempre existe um compreender a si mesmo.<sup>228</sup>

Há, pois, um pertencimento mútuo entre fundamento e ser. Mafalda Faria Blanc esclarece que a pertença do fundamento ao ser não implica que este possua um fundamento, que seja fundado em uma instância superior. Além disso, esclarece ela, a pertença do fundamento ao ser é também uma pertença do ser ao fundamento, de modo que o elemento decisivo é a pertença recíproca. *O fundamento recebe a sua essência da sua participação no ser e o ser impera como ser, na medida em que participa da essência do fundamento.*<sup>229</sup>

Diante disso, pois, a Constituição, de forma alguma, pode ser tomada como categoria fundante, a partir da qual se possam deduzir outras categorias. Dada a idéia de fundamento enquanto co-originariedade, o sentido do texto constitucional

---

<sup>227</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 126.

<sup>228</sup> Idem, p. 225-228.

<sup>229</sup> BLANC, Mafalda Faria. **O fundamento em Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p.140.

acontece a partir do modo de ser no mundo no qual está inserido o intérprete. No instante em que o texto é arrostado, já há um pré-conceito acerca da Constituição.

Assim, o ato de interpretação sempre vai acontecer no interior da espiral hermenêutica, no movimento da autocompreensão; é também nesse espaço que irão ocorrer paradas. A lei e a Constituição são paradas. Na dicção de Streck, é *quando o Dasein diz “não preciso mais me auto-compreender”, “porque a lei, o dispositivo (sob qualquer modalidade pelo qual é posto no sistema) já sustenta a minha compreensão”*.<sup>230</sup> O problema se dá, no entanto, quando ditas paradas, em um *resvalo metafísico*, acabam por se transformar em categorias e se tornam definitivas.

Não é permitido esquecer que a Constituição é um existencial e que, como tal, está ou não incorporada no modo de dizer o Direito do julgador, que se dá, a sua vez, a partir da tradição (Gadamer) na qual o mesmo se encontra imerso. E, em larga escala, o juiz ainda se descobre em um mundo circundado por uma medianidade de pensadores que tem, em seu horizonte de sentido, o modo objetificado de compreender a Constituição, o que significa uma postura acrítica, digna da *tagarelíce* e de uma existência inautêntica.

Isso significa que, no Brasil, ainda se enfrenta o problema nomeado por Streck de *baixa constitucionalidade*. O entulhamento do sentido de Constituição, promovido pelo senso comum teórico, traz como consequência a perda do sentido social e político da Carta. *Baixa constitucionalidade significa baixa compreensão, que ocorre porque a doutrina e a jurisprudência continuam assentadas nos postulados da hermenêutica clássica, de cunho reprodutivo*.<sup>231</sup>

A superação da tradição inautêntica exige que o julgador enfrente a *angústia do estranhamento*, a fuga da opinião comum, para que, por meio dela, seja capaz de alcançar uma abertura em direção às coisas mesmas, de modo a consentir o desvelamento de novas possibilidades. Em termos gadamerianos, ter horizontes não

---

<sup>230</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 232.

<sup>231</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 320.

implica permanecer limitado ao que está próximo do intérprete, mas poder ver além – afinal, lembre-se, *os horizontes se deslocam ao passo de quem se move*.

Invocando Heidegger, agora, importa lembrar que o *Dasein* precisa estar alerta para si mesmo, tornando-se transparente à tendência para a decaída da vida, fechar os caminhos de evasão para a presumida estabilidade e ter coragem de se entregar à inquietação da existência, sabedor de que tudo o que se crê sólido, estabelecido, obrigatório, não passa de algo ajeitado: *uma máscara que o dasein coloca no rosto ou que lhe é imposta pela interpretação pública, portanto, pelas opiniões, representações morais, atribuição de significados*.<sup>232</sup>

É de se relevar que o estudo do direito constitucional ainda se encontra relegado a um espaço não privilegiado, justamente porque a ênfase é dada a outros ramos da ciência. Resultado desse abandono é a falta de uma necessária filtragem constitucional dessas matérias. A propósito, não se trata de passar as normas infraconstitucionais sob o crivo da Constituição, colocando esta em contraponto àquelas, mas de agregá-la à espiral hermenêutica. Afinal, *é no nosso modo de compreensão enquanto ser no mundo que exurgirá a ‘norma’ produto da ‘síntese hermenêutica’, que se dá a partir da faticidade e historicidade do intérprete. Na pré-compreensão já há um é*.<sup>233</sup>

À evidência que essa postura significa uma renúncia à instância do cômodo e um enfrentamento da angústia do sinistro. A permanência do jurista (e do julgador) no ambiente de familiaridade em que está inserto não lhe traz qualquer desafio, assim como o exime de qualquer responsabilidade. Permanecendo nesse recinto, o julgador abdica da posição de seu próprio *poder-ser*, lançando-se na impessoalidade – *todo mundo é outro e ninguém é si próprio*. No dizer de Safranski, esses *ninguéns* encenam uma peça teatral no palco de Heidegger: máscaras, que nada tem por trás delas – nenhum si mesmo.<sup>234</sup>

Essa postura de afastamento da responsabilidade, reedite-se, em nada se coaduna com a disposição que se espera do julgador no modelo estatal vigente,

---

<sup>232</sup>SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2000. p. 162.

<sup>233</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 221.

<sup>234</sup>SAFRANSKI, op. cit., p. 203.

onde se mostra imperiosa a atitude de cumprir os compromissos plantados na Constituição, pela via da jurisdição constitucional. Mais do que isso, considerando que a medida do poder reclama a assunção de responsabilidade na mesma proporção, é preciso lembrar, com Cappelletti, que *um poder sem responsabilidade é incompatível com um sistema democrático*.<sup>235</sup>

A Constituição deve ser vivenciada enquanto Constituição; essa experiência somente será levada a bom termo se o intérprete lograr ter uma autêntica pré-compreensão a seu respeito. Outra vez, é preciso lembrar Gadamer, quando refere que os pré-juízos de um indivíduo constituem a realidade histórica de seu ser.

Segundo Streck, a tradição legou à modernidade vários sentidos de Constituição, estando entre eles aquele que a concebe a partir de sua força normativa, na sua face dirigente, programática e compromissária. É desse sentido de Constituição, que fixa morada nas pré-concepções do julgador, que dependerá a interpretação dos textos normativos. *Não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc.) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição*.<sup>236</sup>

A idéia, assim como conformada, outra vez, reporta ao círculo hermenêutico de Heidegger. É no movimento da circularidade que ocorre a antecipação de sentido, que remeterá à compreensão. Por isso, a interpretação da Constituição, no seu sentido mais autêntico (enquanto constituidora) dependerá dos pré-juízos que movem o julgador acerca da totalidade do sistema social, jurídico e político. Bem entendida essa totalidade como aquela possível ao intérprete, de acordo com o que permite sua linguagem, porquanto, como já dito várias vezes, só há mundo compreensível pela linguagem. Aliás, é dessa mobilidade que advém a existência de uma Constituição efetiva ou não.

É importante ter presente que a compreensão do texto constitucional a partir do contributo da hermenêutica filosófica remete à mobilidade, ao avanço, ao desbravar do novo, em imediata contraposição à proposta do modelo metafísico,

---

<sup>235</sup>CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 18.

<sup>236</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 209.



que, por definição, apresenta-se estagnado, fechado, previsível, como se o tempo fosse arrebatado das relações jurídicas.

Ora, considerando que, conforme Heidegger, o ser se desvela no horizonte do tempo (ser é tempo), nada mais necessário à compreensão do que a dimensão temporal, na medida em que, por meio dela, consegue-se revisar o texto, atualizando-o a cada leitura e a cada aplicação à situação concreta que é apresentada.

Nada obstante, é preciso sobrar absolutamente claro que a possibilidade de o intérprete atribuir sentido ao texto, a cada vez que for chamado a tanto, não significa que sobre ele possa dizer qualquer coisa. Em recente trabalho<sup>237</sup>, Streck traz à luz preocupação com os não raros momentos de decisionismos judiciais cuja prática muito se afeiçoa à proposta positivista.

De efeito, ao valorizar sobremaneira a esfera do supra-sensível (a norma como abstração) e, por conseguinte, relegar ao plano raso a situação concreta (fato), o positivismo ocupou-se de dar condições à arbitrariedade interpretativa e à produção de múltiplas respostas, na medida em que promoveu a cisão (incindível) de texto e norma, interpretando aquele de acordo com a sua subjetividade, inclusive ignorando o enunciado.

Essa prática, como observa o mesmo jusfilósofo, encontra resistência na hermenêutica filosófica notadamente a partir da diferença ontológica, onde texto e norma (sentido do texto) compõem uma unidade que guarda uma diferença. *Negar essa diferença implica negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais (...) e eles são atribuíveis, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete e respeitando os conteúdos de base do texto, que devem nos dizer algo.*<sup>238</sup>

Em razão disso, conclui Streck, é possível encontrar *uma* resposta *constitucionalmente adequada*, lugar onde surge o sentido do caso concreto, em imediata contraposição às variáveis admitidas pelo positivismo:

---

<sup>237</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Da interpretação de textos à concretização de direitos – a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma.** *Passim*.

<sup>238</sup>Idem, *Ibidem*.

Na medida em que o caso concreto é irrepetível, a resposta é, simplesmente, uma (correta ou não), para aquele caso. A única resposta acarretaria uma totalidade, em que aquilo que sempre fica de fora de nossa compreensão seria eliminado. O que sobra, o não dito, o ainda-não-compreendido, é o que pode gerar, na próxima resposta a um caso idêntico, uma resposta diferente da anterior. Portanto não será a única resposta; será, sim, “a” resposta. *A única resposta correta é, pois, um paradoxo: trata-se de uma impossibilidade hermenêutica e ao mesmo tempo, uma redundância, pois a única resposta acarretaria o seqüestro da diferença e do tempo* (não esqueçamos que o tempo é a força do ser na hermenêutica).<sup>239</sup>

À guisa de arremate, é possível dizer que o Estado Democrático de Direito logrará ser alcançado quando o poder estatal se voltar à concretização das promessas insertas no programa constitucional. O sucesso dessa obra não prescinde de importante contributo a ser dispensado pelo Poder Judiciário que, atuando através da jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais, obstará que a Constituição figure como mero documento simbólico.

É verdade que a concretização da Constituição pela via da jurisdição constitucional não pode resolver os problemas da sociedade brasileira de ordem distinta como educação, segurança pública, fome. Como refere Adeodato, é ingênua essa *visão messiânica da jurisdição constitucional*, porquanto o subdesenvolvimento do país é fenômeno social de raízes muito mais profundas. Entretanto, avalia o mesmo autor, a vantagem reside na circunstância de que o seu operar gradual e controlado canaliza complexidade e assim, literalmente, ‘vai fazendo a Constituição aos poucos’, re-temporalizando o texto.<sup>240</sup>

Deixar vir à presença a Constituição na atividade jurisdicional, experimentando o novo como novo, na sua face transformadora – eis o papel de (re) criação do Direito, por obra do julgador rumo a uma sociedade justa e solidária, fazendo valer a regra, singularmente, a cada vez que for chamado para prestar jurisdição.

<sup>239</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Da interpretação de textos à concretização de direitos – a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma.** *Passim*.

<sup>240</sup>ADEODATO, João Mauricio. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. V.I, n. 2. Porto Alegre, 2004.p. 179. Na seqüência, explica o autor que a equiparação entre texto e norma retira a temporalidade do direito. Todo acontecimento real é necessariamente inserido no tempo, a temporalidade é caráter essencial da realidade e o direito é um fenômeno real. p.180.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

(...) Logo pensei de escovar palavras. Porque eu havia lido em algum lugar que as palavras eram conchas de clamores antigos. Eu queria ir atrás dos clamores antigos que estariam guardados dentro das palavras. Eu já sabia também que as palavras possuem no corpo muitas oralidades remontadas e muitas significâncias remontadas. Eu queria então escovar as palavras para escutar o primeiro esgar de cada uma. (...)

Manoel de Barros (*Memórias inventadas*)

O texto construído ao longo deste trabalho demonstrou o atual estágio da problemática envolvendo a jurisdição enquanto ainda determinada e propulsora de um pensar reprodutivo, calcado em um paradigma metafísico-objetificante. Além disso, trouxe à luz uma possibilidade de ser vencido o modelo prevalecente, traçando o caminho para um atuar judicante criativo e, sobretudo, comprometido com transformações.

O percurso trilhado tratou de apresentar, em um instante primeiro, a forma como o pensamento ocidental, a partir de Platão, passou a cuidar da questão do ser, e, assim o fazendo, expôs as entranhas de um refletir que se desenvolve sobre um eixo de dualidade – o sensível e o supra-sensível, o real e a aparência, o singular e o geral.

Essa bipolaridade, que perpassou a filosofia até Martin Heidegger, influenciou decisivamente a ciência jurídica e, por via de conseqüência, a atividade jurisdicional. O julgador, como de resto todos os que operam o Direito, trabalha imerso nesse duplo: o sujeito e o objeto, o texto e a norma, o fato e o direito, a lei e a Constituição. As pré-compreensões que o dominam não dão conta de elaborar um pensamento uno, para o qual ser e ente, muito antes de configurarem o que gera e o

que é gerado, fazem parte de uma única realidade em um movimento invariável de velamento e desvelamento.

Assim, (ainda) ocultada a diferença ontológica, o juiz se resguarda em um pretense espaço neutro (mundo jurídico), onde, conforme acredita, ser-lhe-á permitido permanecer imune aos influxos externos, concentrando-se na tarefa de buscar a verdade guardada no enunciado da lei, em um processo que desconsidera quem ele é, o que pensa, o lugar de onde fala e o momento em que assim o faz, a partir de uma intersubjetividade. É possível dizer, com Gadamer, que, nesse molde, o julgador despreza a historicidade e a tradição no supremo momento de julgar. Rejeita o tempo, rejeita o ser.

Nesse processo de constante revalidação do método subsuntivo, da programaticidade no acoplar o fato ao Direito, o julgador perde-se em meio ao anônimo, com o que deixa de ser o *si próprio*, deixa de vivenciar as suas possibilidades. Essa acomodação é resultado do modo de ser cotidiano do *Dasein*, que, no mais das vezes, não se encontra consigo, mas em meio 'a gente', protegendo-se do sentimento de angústia – *uma desconolação da epiderme da alma*, como refere Fernando Pessoa – única disposição capaz de (re) locá-lo a sua possibilidade mais sua.

Assim lançado nesse espaço, o julgador se mantém na superfície da representação, impedido de dar um passo além rumo às coisas mesmas. Afinal, uma vez (re) conhecida a face desvelada da questão, não mais há caminho a ser trilhado, acomodando-se o intérprete naquilo que já se apresentou e, com isso, não assumindo qualquer risco (e responsabilidade) de um novo desocultar.

Esse é o paradigma que determina a atividade judicante, e que, a cada dia, atrai (e trai!) o julgador em um incessante movimento de ação e reação – ao veredicto prolatado sob os auspícios da subsunção, corresponde a reprodução de um Direito sem capacidade de conferir nova forma ao *status quo* vigente. Diante disso, a questão que avulta com força é a de se saber se é possível trazer à luz um novo modelo operativo da jurisdição.

Na identificação do problema, a resposta já se lhe dá. No instante em que Heidegger adentra na metafísica e promove a denúncia de seu modo de ser, já

estabelece as fundações de um pensar originário, que se volta não às abstrações tão presentes na tradição antiga, mas às coisas mesmas. Da representação o salto se dá rumo à apresentação, em um genuíno retorno aos pré-socráticos. O *dual*, que orientava o paradigma metafísico, cede espaço à recuperação do *uno*. É na unidade que habitam ser e ente enquanto distinção e pertencimento, na forma de uma dobra: a face que se revela guarda outra oculta; a face que se eclipsa traz outra à presença.

Sob os ventos desse novo paradigma, não mais é possível proferir o *já- sempre-dito*, ou seja, pronunciar o Direito a partir da diferença que provoca cisão: texto e norma, lei e Constituição, na hermenêutica filosófica, constituem uma mesma unidade, um instante singular, e assim devem ser entendidos na eterna animação velar/desvelar, que, em virtude do fluir do tempo, sempre trará uma nova dimensão, possibilitará uma nova leitura, sobretudo, porque *ser é tempo*.

É nesse lugar desbastado pela hermenêutica filosófica que se deve instalar a Constituição com toda sua força constituidora. Superar a idéia de que o texto constitucional deve resolver o caso concreto somente quando a legislação infra não seja capaz de o fazer é tarefa primeira do julgador. A unidade de pensamento proposta na filosofia heideggeriana não permite compreensão cindida – a Constituição deve fazer parte da pré-compreensão do juiz, deve integrar o seu modo de ser no mundo, deve estar no seu horizonte de sentido.

Não parece ser demais trazer outro caso de *applicatio*, também nesse espaço de encerramento.<sup>241</sup> M. E. S. foi denunciada pela prática de tráfico de entorpecente na forma tentada. A peça incoativa relatava que ela, nas dependências do Presídio, dera início ao ato de entregar ao consumo de V. L. S. a quantia de 6,30g de maconha. Não conseguiu consumir o intento, porque a (única) trouxinha foi apreendida dentro de seu calçado quando efetuada a revista pessoal.

Ouvida a ré, relatou que sucumbiu aos apelos do filho, preso e viciado, que em visita anterior implorou que levasse a droga, porque já não agüentava ficar sem ela; disse ter pago pela pequena quantia cinco reais. Ouvidas as testemunhas, confirmaram as circunstâncias em que foi apreendido o entorpecente; algumas delas

---

<sup>241</sup> Processo nº 2.04.0001562-8 originário da Comarca de Taquara.

confirmaram não terem sido raras as vezes em que a mãe tirou o filho na rua, pranto nos olhos, na tentativa de afastá-lo do vício.

Esse o contexto. Aqueles que trabalham insertos no paradigma metafísico chegam à conclusão com facilidade: o fato se conforma ao que dispõe o artigo 12 da Lei 6.368/76. Logo, 'incide' a norma penal sobre ele - programa dedutivo/subsuntivo - trazendo como consequência no plano lógico a necessária condenação. A Promotora de Justiça atuante no feito por esse paradigma se guiou, pugnando pelo julgamento de procedência da denúncia. Importante lembrar que o crime é equiparado a hediondo, ou seja, no pensamento metafísico-objeficante a conduta de *tentar entregar ao consumo de terceiro 6,30g de maconha*, a par das particularidades que envolvem o caso visto na sua concretude, é hedionda.

Entretanto, é possível se chegar a outro resultado, sem que isso signifique subjetivismo do julgador. Em face da diferença ontológica, onde fato e direito não se cindem, mas, antes, fazem parte de uma realidade una, e tendo em conta a antecipação prévia do sentido a resposta constitucionalmente adequada conduz a resultado diverso.

É preciso ter em conta que esse estado de coisas refoge ao que normalmente ocorre em crimes de traficância, onde o agente expõe a risco a saúde pública, espriando substância entorpecente, no vil propósito de obter lucro. Essa última descrição, sim, é a que melhor se amolda ao fato de ser o crime de tráfico equiparado a hediondo na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XLIII), não a conduta de uma mãe que cede aos clamores do filho e tenta lhe alcançar pequena quantidade de maconha.

Ora, como já antecipado por Streck, a Lei 6.368/76 é anterior à Constituição Federal e, somente a partir dessa, é que o crime inserto naquela, passou a ser hediondo, o que significa dizer que a mesma deve sofrer a devida *filtragem constitucional*. Assim, com essa nova ordem instaurada, o conceito de tráfico não é mais aquele constante da lei, mas o que se coaduna com o texto constitucional. *Tráfico, agora, é o tráfico hediondo, exurgente do novo topos constitucional.*<sup>242</sup>

---

<sup>242</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 42.

O diálogo com o texto da Constituição é instante fundamental do ato de julgar, cabendo revelar, aqui, que essa comunicação tem pelo menos duas funções: a primeira delas é a de sempre alargar horizontes, porque, já dizia Gadamer, *por el encuentro com el otro superamos la estrechez de nuestro saber corriente de las cosas. Se abre um nuevo horizonte hacia lo desconocido*<sup>243</sup>; a segunda, se refere à necessidade de se estar atento à constante atualização dos compromissos insertos no texto, para que se mantenham em consonância com o sentimento constitucional que anima o seio social, ressurgindo a cada dia como ordenamento vivo.

Tornar estranho o que é familiar é, como outrora foi dito, de essencial importância. É nesse movimento que sobrar espaço para a criatividade, que nada mais é do que tirar algo novo do precedente, alterando o *status quo*. Nada obstante, pela linha da hermenêutica filosófica, isso nem de longe significa discricionariedade ou relativismo, categorias afeitas ao positivismo, porquanto assentadas no modelo metafísico.

O novo paradigma hermenêutico não autoriza a atribuição de sentidos arbitrários ou da multiplicidade de sentidos. A diferença ontológica o impede de fazê-lo; assim, à evidência que não é dado ao intérprete compreender da forma que lhe aprouver, cindindo texto e norma. O que precisa restar aclarado é que os sentidos são dados a partir da faticidade, local onde está imerso o intérprete, sobrando respeitado o conteúdo do texto. Não há espaço para discricionariedade, porque, por essa senda, haverá a possibilidade de *uma resposta* constitucionalmente adequada.

De igual sorte não pode ser acusada de relativismo; falar nele remete à conclusão acerca da existência de verdades absolutas. Isso significa a negação do tempo e da finitude, o que é absolutamente estranho à hermenêutica filosófica que se constrói assentada também nesses existenciais.

É importante retomar que a existência da resposta correta ou da resposta constitucionalmente adequada não implica deslize metafísico. Com essa noção não se está diante da apreensão do ente, como aquilo que é, em sua presença

---

<sup>243</sup>GADAMER, Hans-Georg em entrevista concedida a Dutt, Casten. **En conversación con Hans-Georg Gadamer Hermenêutica/Estética/Filosofía práctica**. Traduzido por Teresa Rocha Barco. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1998. p.44

constante, estranho às alterações provocadas pelos influxos do tempo: os sentidos sempre são temporais.

Assim, reprimando o que se disse ao término do ulterior capítulo, a resposta correta assim o é para *aquele caso*. Não se trata de uma única resposta, porque isso significaria a contemplação do todo, sobrando abolido o que não foi dito e não é isso que ocorre na síntese hermenêutica. A sobra, o que ainda não foi compreendido, pode gerar, na análise de um caso similar, uma resposta diferente ao anterior.

A tarefa de desocultar os novos caminhos apontados pela hermenêutica de fundamento heideggeriano-gadameriano passa, em um momento anterior, pelo conhecimento de que o tradicional paradigma já não serve e que, em razão disso, deve ser abandonado. O problema deve ser apontado enquanto tal, sob pena de nunca surgir como problema. O entulhamento provocado pelo excesso de trabalho, pela (de) formação acadêmica e pelos símbolos e rituais que acompanham o Direito e a atividade judicante precisam ser removidos, porque eles escondem a 'coisa mesma'.

Afastados os obstáculos (herança metafísica), o caminho aparece como tal. E nele há espaço para o percurso de um operar jurisdicional de bases criativas capaz de colocar o Direito na sua mais autêntica possibilidade – a de transformador da realidade social, por obra da implementação dos compromissos insertos na Constituição.

Essa tarefa, entretanto, não prescinde do trabalho de, a cada momento, escovar palavras, de sorte a delas extrair a significância constitutiva do mundo... resgatando clamores antigos, garimpendo oralidades antes ditas, colhendo sentidos nunca escutados.



## BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Mauricio. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. V.I, n. 2. Porto Alegre, 2004.

BARROS, Manoel de. **Memórias inventadas: a infância**. São Paulo: Planeta, 2003.

BAUMAN, Zigmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da constituição de 1988. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. V.I, n. 2. Porto Alegre, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BLANC, Mafalda Faria. **O fundamento em Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 7 ed. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004

\_\_\_\_\_. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Tradução Mariza Corrêa. Campinas: Papyrus, 1996.

\_\_\_\_\_. **Questões de Sociologia**. Tradução de Jeni Vaitsman. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero, 1983.

CANOTILHO, J.J. Gomes. In: **Canotilho e a constituição dirigente**. 2 ed. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAPPELLETT, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

\_\_\_\_\_. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes.** In: A democracia e os três poderes no Brasil. Luiz Werneck Vianna (organizador). Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. In: **Canotilho e a constituição dirigente.** 2 ed. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (organizador). Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2005.

D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e continentais.** Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho.** In: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FILHO, José Carlos Moreira da Silva. **Hermenêutica filosófica e direito:** o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

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

\_\_\_\_\_. em entrevista concedida a Dutt, Casten. **En conversación con Hans-Georg Gadamer Hermenêutica/Estética/Filosofía práctica.** Traduzido por Teresa Rocha Barco. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1998

GARCIA; PELAYO, MANUEL. **Las transformaciones del estado contemporaneo.** Madrid: Alianza Editorial, 1997.

HABERMAS, Jürgen.. **Direito e democracia:** entre faticidade e validade. 2 ed. Tradução : Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V. I.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** Parte I. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 13 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

\_\_\_\_\_. **Moira (Parmênides VIII, 34-41).** In: Ensaios e conferências. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Logos (Heráclito, fragmento 50)**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. In: Ensaios e Conferências. 2 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Que é metafísica?** Traduzido por Ernildo Stein. In: Conferências e escritos filosóficos. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

\_\_\_\_\_. **Introdução à metafísica**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade: Heidegger e a reconstrução ontológica do real**. São Paulo: FAPESP: Annablume, 1999.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional)** In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; José Luiz Bolzan de Moraes (organizadores). São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2000.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. **Sociologia do direito: a magistratura no espelho**. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal**. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2000.

SANTOS, Boaventura P., et. al. Os tribunais na sociedade contemporânea. In **Revista Brasileira de Ciências Sociais** – ANPOCS nº 30 (fev. 96), ano 11. 1996 p.32-34.

SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre 'ser e tempo'**. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004.

\_\_\_\_\_. **Pensar é pensar a diferença:** filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Unijuí, 2002.

\_\_\_\_\_. **Compreensão e Finitude:** estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001.

\_\_\_\_\_. **Diferença e Metafísica:** ensaio sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

\_\_\_\_\_. **Aproximações sobre hermenêutica.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

STERN, Klaus. **O juiz e a aplicação do direito.** In: Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (organizadores). São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo.** In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; José Luiz Bolzan de Moraes (organizadores). São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2004.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica (jurídica):** compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? uma resposta a partir do ontological turn. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; (organizadores). São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2003.

\_\_\_\_\_. **Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição brasileira.** In: Hermenêutica e jurisdição constitucional. José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz (organizadores). Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_. **A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito.** In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; José Luiz Bolzan de Moraes (organizadores). São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2000.

\_\_\_\_\_. **Da interpretação de textos à concretização de direitos – a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma.**

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger.** 10 ed. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional:** aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito:** a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. V. II.

\_\_\_\_\_. **O direito e sua linguagem.** 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

\_\_\_\_\_. **Introdução geral ao direito:** interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Angonio Fabris, 1994. V. I.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)