



## MARTIN HEIDEGGER E O DIREITO BRASILEIRO: CONEXÕES NECESSÁRIAS

Martin Heidegger and Brazilian Law: Necessary Connections

Guilherme Diehl de Azevedo

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Itajaí  
[guilherme@azevedoadvogados.net](mailto:guilherme@azevedoadvogados.net)

**Resumo:** o presente artigo presta-se a demonstrar as necessárias interconexões havidas entre os postulados ontológicos de Martin Heidegger e o Direito brasileiro. Para tanto, buscamos elucidar brevemente o edifício teórico erigido pelo autor alemão, para, sequencialmente, demonstrarmos a necessidade de o considerarmos na prática jurídica em geral e, especialmente, de nosso país. Com este estudo, pudemos observar a nevrálgica relação que guarda e/ou deveria guardar a ciência jurídica com a ontologia heideggeriana que, como se pôde concluir, se não for considerada pelos aplicadores do direito, pode fazer ruir todo um sistema contemporâneo-constitucional.

**Palavras-chave:** Heidegger. Ontologia fundamental. Direito. Hermenêutica jurídica. Decisão judicial.

**Abstract:** the present article lends to demonstrate the necessary interconnections between the ontological postulates of Martin Heidegger and Brazilian law. For this, we try to elucidate the theoretical construction erected by the german author, to sequentially demonstrate the need of considering them in legal practice in general, and especially in our country. With this study, we could observe how interconnected, both sciences– legal science and Heideggerian ontology – must be, which, as we could conclude, once disregarded by the applicators of law, can crumble an entire constitutional system.

**Keywords:** Heidegger. Fundamental ontology. Law. Legal hermeneutics. Judicial decision.

### 1 INTRODUÇÃO

Martin Heidegger (1889-1976) é considerado por seus comentadores como o filósofo alemão mais importante e influente do século XX. Tal repercussão se justifica,

sobretudo, pela sua obra *Ser e Tempo*, onde o pensador se propõe a realizar verdadeira revisão (destruição) do pensamento ontológico ocidental<sup>1</sup>.

## 2 SER E TEMPO

Denunciando, desde as suas primeiras páginas, o grave erro cometido pelos pensadores da metafísica ao longo da história, qual seja, o esquecimento do ser<sup>2</sup>, Heidegger destaca, em sua mais célebre obra, que, no histórico do pensamento ontológico iniciado ainda na Grécia Antiga pela tentativa de definição do ser enquanto ser, muito embora pensadores como Aristóteles já houvessem diferenciado o ser como conceito mais universal e, destarte, transcendente às universalidades genéricas dos entes<sup>3</sup>, não se logrou êxito em esclarecer a questão mais basilar a respeito do ser, o seu sentido<sup>4</sup>. Ainda segundo o autor alemão, a problemática persistiu ainda na ontologia medieval e o acúmulo de preconceitos advindos dessa investigação foi o que terminou por não levar adiante as inquietações do pensamento grego e, assim, sepultar por completo a aludida indagação.<sup>5</sup>

Considerando-se o ser como o conceito mais universal, este foi tido historicamente como indefinível e, assim, passou-se a não mais buscar pelo seu sentido. Ocorre, todavia, que, quando se diz que “ser” é o conceito mais universal, para Heidegger, “isso não pode significar que o conceito de ser seja o mais claro e que não necessite de qualquer discussão ulterior. Ao contrário, o conceito de “ser” é o mais obscuro”<sup>6</sup>. Para o autor, tal obscuridade não poderá, entretanto, invalidar a investigação

---

<sup>1</sup>MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 2. ed. rev., Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 149.

<sup>2</sup>HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 10. ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, p. 37.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>4</sup> Por mais rico e estruturado que possa ser o seu sistema de categorias, toda ontologia permanece, no fundo, cega e uma distorção de seu propósito mais autêntico se, previamente, não houver esclarecido, de maneira suficiente, o sentido de ser e não tiver compreendido esse esclarecimento como sua tarefa fundamental. *Ibidem*, p. 47

<sup>5</sup> *Loc. Cit.*, p. 38.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 39.

do sentido do ser. Heidegger concorda, de certo modo, que, enquanto “universal transcendental”, o ser seja indefinível, porém, atribui tal indefinição não à impossibilidade completa de se atingir seu sentido e/ou à total invalidade de sua busca, mas à diferença que destaca haver entre o ser e o ente. Assim, definir é procedimento lógico aplicável aos entes, mas “ser” não é um ente e, destarte, não pode ser analisado desta forma.<sup>7</sup>

Recolocando a questão do ser no centro da problemática ontológica, Heidegger parte então à sua proposta de investigação, analisando inicialmente cada qual desses elementos estruturais. Neste sentido, percebe que o próprio ato de questionar é ação humana, ou “modo de ser” do ente humano que, privilegiado com relação aos demais, possui caráter não apenas ôntico, determinado em seu “ser” pela existência, mas também ontológico, cuja compreensão de todos os entes se perfaz em seu próprio modo de ser.<sup>8</sup>

Este privilégio do ente humano é o que coloca o próprio ser do ente humano no cerne da investigação do sentido do ser, pois, em suas palavras, “Visualizar, compreender, escolher, aceder a são atitudes constitutivas do questionar e, ao mesmo tempo, modos de ser de um determinado ente, daquele ente que nós mesmos, os que questionam, sempre somos. Elaborar a questão do ser significa [antes], portanto, tornar transparente um ente – que questiona – em seu ser”<sup>9</sup>. Heidegger cunha este ente humano que se comporta compreendendo como “Dasein” (presença, na tradução utilizada)<sup>10</sup> e o seu ser é o que deve a partir de então ser investigado como análise prévia de toda e qualquer investigação ontológica.

Neste instante, Heidegger introduz sua concepção de tempo como “horizonte de toda compreensão e interpretação de ser”<sup>11</sup>. Assim, situando a presença (*Dasein*) no tempo, institui o próprio ser da *presença* como temporalidade, uma vez que nosso ser é senão produto de nosso passado, reasentando as bases da investigação ontológica na

---

<sup>7</sup>Loc. Cit.

<sup>8</sup>Ibidem, p. 47 a 49.

<sup>9</sup>Ibidem, p. 42.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 55.

historicidade humana.<sup>12</sup> Vale ainda destacar que o ser deste ente que se comporta compreendendo é “ser-no-mundo”<sup>13</sup>. Com tal expressão quis o autor significar uma certa unidade entre a presença (ente humano) e mundo. Por “mundo”, o autor alemão ora se refere ao ente ôntico onde “vive” o homem, ora relaciona ao ser da totalidade dos entes.<sup>14</sup> Este último conceito, se bem pensado, vai ao encontro da concepção supramencionada referentemente à constituição do ser do ente humano, posto que nosso “ser” é erigido senão em nossa historicidade que desde sempre nos submerge num “mundo” (no sentido ontológico recém-explicitado de sentido do ser de todos os entes intramundanos) formado por si.

Se o ser dos entes intramundanos reside, destarte, na aparição fenomênica<sup>15</sup> dos mesmos ao homem, e/ou, por que não dizer, ao *ser* do ente humano que se comporta compreendendo, cujo qual Heidegger denomina *Sorge*<sup>16</sup> (ou cura, nas traduções portuguesas), enquanto inserido no mesmo mundo, e se tal aparição é sempre recepcionada pela *presença* por intermédio de seus elementos pré-compreensivos (forjados em sua temporalidade<sup>17</sup> - historicidade e facticidade), a verdade do mundo reside, então, na simbiose entre os signos emanados pelos entes mundanos<sup>18</sup> e o *ser* do

---

<sup>12</sup>Ibidem, §5º, p. 52 e ss.

<sup>13</sup>Ibidem, p. 98 e ss.

<sup>14</sup>Ibidem, p. 112.

<sup>15</sup>Heidegger se vale do termo “fenômeno” como “o que se mostra em si”, o ser dos entes. O termo “aparecer”, é utilizado pelo filósofo para expressar o modo de mostrar-se dos fenômenos. O termo fenomenologia, desconstruído pelo autor em sua obra, é formado por termos gregos que apontam a ideia de fenômeno, conforme conceituação recém descrita e a verdade numa concepção grega, lê-se, enquanto desvelamento. Desta monta, o autor caracteriza a fenomenologia como ciência dos fenômenos, ciência do ser dos entes, ontologia. Ibidem, p. 77.

<sup>16</sup>Ibidem, p. 102 e 103.

<sup>17</sup> A questão do tempo tem um lugar central na análise de Heidegger. A temporalidade é a estrutura mais fundamental do ser. O ser-aí (*Dasein*) existe como antecipação, como ser-possível, voltado para o **futuro**. Porém, o ser-aí existe como um ser já lançado, já no mundo; portanto, está também voltado para o **passado** e depende de sua memória. Além disso, o ser-aí existe como presença, existe no **presente**, cujo modo de apreensão é a intuição. Estes são elementos constitutivos do ser-aí enquanto temporalidade. Segundo Heidegger, ‘a essência (Wesen) do ser-aí reside em sua existência’ (*Ser e tempo*, §9). MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 271.

<sup>18</sup> “Na fenomenologia que propõe Heidegger, ‘proclamação para as próprias coisas’ não deve ser a tentativa de enquadrar o ente em categorias pré-fabricadas ou de construir teorias, sem apoio nos próprios fenômenos, dando-as em seguida como o sentido das coisas. De forma diversa, a atitude fenomenológica

ente humano, que, uma vez *sendo* através da compreensão do mundo, erige-se a partir de elementos pré-compreensivos, advindos de sua própria história.

Neste sentido, interpretar será, para o homem, a explicação apofântica da sua compreensão<sup>1920</sup>, atividade de retorno a si próprio<sup>21</sup> e a seus elementos de pré-compreensão, que edificam seu ser, e retornando ao ser do ente em análise, para, uma vez identificados os prejuízos autênticos<sup>22</sup> à interpretação (que não serão, necessariamente, os que existem em seu íntimo, mas aqueles constantes na própria tradição<sup>23</sup> da comunidade que, a exemplo das decisões judiciais, como se verá a seguir, contextualiza o caso a ser decidido<sup>24</sup>), efetivamente compreender, e, assim, dizê-lo.

---

consiste em deixar os próprios fenômenos se manifestarem.” NERY, Carmen Lígia. **Decisão Judicial e Discricionariedade**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 99.

<sup>19</sup> “... a hermenêutica filosófica propõe que reconheçamos que o processo compreensivo é filosófico, enquanto a explicação da compreensão é um proceder lógico-argumentativo, e que a soma desses dois processos resulta na interpretação”. NERY, Carmen Lígia. *Op. Cit.*, p. 133.

<sup>20</sup> Essa resposta propiciada pela hermenêutica deverá, a toda evidência, estar justificada (...) no plano de uma argumentação racional... ...se a hermenêutica não pode ser confundida com teoria da argumentação, não prescinde, entretanto, de uma argumentação adequada (vetor de racionalidade de segundo nível que funciona no plano lógico-apofântico). Afinal, se interpretar é explicitar compreendido (Gadamer), a tarefa de explicitar o que foi compreendido é reservada às teorias discursivas e, em especial, à teoria da argumentação jurídica. Mas esta não pode substituir ou se sobrepor àquela, pela simples razão de que é metódico-epistemológica. STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 410 e 411.

<sup>21</sup> “Estuda-se aquele ente que tem por tarefa compreender o ser e, contudo, para estudar esse ente que compreende o ser, já é preciso ter compreendido o ser. O ente homem não se compreende a si mesmo sem compreender o ser, e não compreende o ser sem compreender-se a si mesmo; isso numa espécie de esfera antepredicativa que seria o objeto da exploração fenomenológica – daí vem a ideia de círculo hermenêutico, no sentido mais profundo.” STEIN, Ernildo apud SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>22</sup> “Para Gadamer, esses pré-conceitos são nossos aliados na empresa compreensiva a ponto do filósofo chegar a afirmar que, sem o chão compreensivo possibilitado por esses pré-conceitos, sequer seria possível algo como a compreensão e a interpretação, visto que seria infactível atribuir sentido às coisas. Há, no entanto, que se diferenciar os inautênticos dos autênticos. A historicidade que permeia o raciocínio hermenêutico é um critério compartilhado de definição do sentido das coisas, e é justamente essa a diferença na autenticidade de preconceções.” *Ibidem.*, p. 161.

<sup>23</sup> “Tradição, em Gadamer, deve ser entendida como uma coerência histórica compartilhada através da linguagem.” *Ibidem.* p. 109.

<sup>24</sup> “Nada além do que essa distância de tempo torna possível resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os *verdadeiros* preconceitos, sob os quais *compreendemos*, dos falsos preconceitos que produzem os mal-entendidos. Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica. Tornará conscientes os próprios preconceitos, que a guiam na compreensão, com o fim de que a tradição se destaque, por sua vez, como opinião diferente, dando-lhe assim o seu direito. É claro que destacar um preconceito implica em suspender sua validade. Pois na medida em que um preconceito nos determina, não conhecemos nem o

Ademais, o homem compreende como um existencial. E por compreender, e ter em si a faculdade de perguntar sobre a verdade, lê-se, *único ente que busca o ser*<sup>25</sup>, interpreta. Compreendemos para interpretar e não interpretamos para compreender.<sup>26</sup> Assim, qualquer método de interpretação chega sempre tarde, pois, toda vez que fôssemos deles nos valermos para interpretar e, assim, tentar compreender os entes mundanos, já haveríamos compreendido o seu ser, onde, como dissemos, reside a sua verdade<sup>27</sup>.

Complementarmente, podemos ainda dizer que, se admitimos anteriormente que toda verdade do mundo se encontra numa relação comunicativa, então não há espaço fora deste processo que se fará, dada a sua natureza, senão em meio à linguagem. Se as coisas são o que dissemos sobre elas, a despeito de só estarmos com a verdade toda vez que a nossa fala se alinha com o *ser* dos entes – estes compreendidos conforme já narrado acima – e se só podemos dizer o mundo através da linguagem, então ela compõe tanto o próprio ser do ente humano, através de suas pré-compreensões, que não podem se dar fora da linguagem, quanto, pelas razões supra, o *ser* do ente em análise<sup>28,29</sup>.

---

pensamos como juízo. Como poderia então ser destacado? Conseguir pôr um preconceito diante dos olhos é impossível, enquanto estiver em constante e despercebidamente em obra, porém somente quando, por assim dizer, ele é atraído por estímulo. Esse estímulo procede precisamente do encontro com a tradição. Pois o que incita a compreensão deve ter-se feito valer já, de algum modo, em sua própria lateralidade. (...) a interpretação começa aí onde algo nos interpela. Esta é a condição suprema da hermenêutica. Sabemos agora o que ela exige com isso: de suspender por completo os próprios preconceitos.” GADAMER apud NERY, Carmen Lígia. Op. Cit., pp. 447 e 448.

<sup>25</sup> MARCONDES, Danilo. Op. Cit., p. 271.

<sup>26</sup> Fica aí invertida a noção clássica de que interpretamos algo, para poder compreender esse algo. Isso está ligado à ideia do ato de interpretar como dependente de um método, para aí sim compreender, como ato de revelar algo que já existia antes da interpretação. A fenomenologia nos dirá que, na realidade, *compreendemos para interpretar*, isto é, a interpretação é a manifestação de algo que já compreendemos. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Op. Cit., p. 48.

<sup>27</sup> “Gadamer proporá o abandono do “método” no processo de investigação das ciências humanas, dentre elas o direito. (...) não é mais possível, ante o paradigma da fenomenologia, pensar que “verdade” é descoberta metodologicamente, porque a historicidade e a linguagem não são métodos, mas modos de ser do homem.” Ibidem., p. 49.

<sup>28</sup> Cf. aduz Gadamer: “Pela linguagem é que o Dasein tem condições de nomear algo como algo (etwasalsetwas). (...) O modo como algo se apresenta ao ser faz parte do próprio ser, porque é apreensível via linguagem. (...) A linguagem é, assim, o lugar onde o Dasein se comporta compreendendo.” GADAMER apud NERY, Carmen Lígia, Op. Cit., p. 105.

<sup>29</sup> Acerca da invasão da filosofia pela linguagem, convencionou-se chamar tal procedimento de “virada linguística”, como explica Leonard Schmitz, nos seguintes termos: “todo pensamento é signo; a palavra ou o signo que utiliza o homem é o homem mesmo; o pensamento é de natureza linguística; não se pensa

A tais constructos teóricos de Heidegger e Gadamer, Lênio Streck nomeia de “giro ontológico-lingüístico”, haja vista representarem efetivas reviravoltas tanto na forma como pensávamos a linguagem quanto à ontologia, e, ao passo que o próprio processo compreensivo/interpretativo se perfaz em verdadeira trajetória circular de “ida e volta” do *ser* do ente humano ao *ser* do ente em análise que, compreendido, pode, via tal processo de retorno, ser interpretado<sup>30</sup>. A linguagem, de seu turno, não mais é considerada tão somente instrumento de narrativa do mundo tal qual o vemos, diga-se, mera reprodutora de sentido, senão que passa a ser a própria substância do mundo<sup>31</sup>. A ontologia, de seu turno, é repaginada, dado que não mais pode ser estudada tendo-se em mente a relação “S-O”, como já dito.

Tais elucidções teóricas trazem severas transformações às mais variadas searas do conhecimento humano, dado que permeiam o próprio embrião do ato humano de conhecer e dizer o mundo a seu redor. Neste sentido, o Direito sofre, igualmente, suas influências. Especial espaço de influência dos postulados ontológicos de matriz heideggeriana se dá na teoria da decisão judicial, haja vista ser, aqui, o local onde a investigação do sentido (a ontologia) do Direito se faz necessária.

### 3 DO DIREITO PÓS GIRO ONTOLÓGICO-LINGÜÍSTICO – CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Tratando-se da grande reviravolta ontológico-lingüística operada pelos filósofos já mencionados acima, é inegável a sua influência sobre o Direito, especialmente a

---

sem signos; o vir a ser de um interpretante é dependente do ser do signo, muito mais do que o ser de um ato de interpretação do signo.” SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Op. Cit., p. 41.

<sup>30</sup> “Como destaca Gadamer, aquele que visa atingir a efetiva compreensão (*correta*) do mundo pode estar fadado ao erro, visto que detém, em seu *ser*, um rol de opiniões prévias que não necessariamente se comprovam nos entes mundanos. Assim, destaca Streck, que “A compreensão só alcança as suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as quais inicia não são arbitrarias. Em razão desta circunstância, é importante que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, desde as opiniões prévias que lhe subjazem, “*senão que examine tais opiniões enquanto a sua legitimação, isto é, enquanto a sua origem e validade.*” STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 296.

<sup>31</sup> Compreender é primeiro um modo de ser e um modo de acontecer. A hermenêutica não pode mais ser vista como metodológica, como reprodutiva de sentido (Auslegung). Ao contrário, ela é produtiva de sentido (Sinngabung), de modo a compreender para interpretar (em oposição a interpretar para compreender). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico. NERY, Carmen Lígia. Op. Cit., p. 26.

tratar-se do dever-ser jurídico humano, regido por normas advindas senão de interpretação textual. Assim, apenas pelo que foi sumariamente exposto acima, já se torna perceptível a total ausência desentido em crermos em mitos como o de completude dos textos legais enquanto objetos de análise do direito. Não há mais relação sujeito-objeto na ontologia contemporânea, lembremo-nos. É, destarte, a definitiva derrocada do famigerado brocado latino “*in clariscessat*”.

Os sentidos dos textos não residem em outrora cogitada “essência” dos objetos. Assim, não têm morada exclusiva no texto, mas no próprio processo compreensivo/interpretativo havido entre o ser do ente em análise e o ser do ente humano que, compreendendo como um existencial, se relaciona com o ser dos entes mundanos compreendendo-os, desde sempre. E, se assim o é, tampouco nos é mais lícito crer que a utilização de qualquer metodologia supostamente auxiliar do processo de compreensão possa nos servir, dado que, como narrado, a compreensão não é procedimento artificial humano, hipoteticamente realizado à posteriori, senão que representa seu próprio existir no mundo<sup>32</sup>.

Qualquer método hipoteticamente utilizado chega sempre tarde<sup>33</sup>, pois não há prévio acesso aos entes mundanos sem que já tenha havido a compreensão. Assim, resta à investigação do sentido do *ser* dos entes mundanos, tão somente que o humano se valha do aludido círculo hermenêutico<sup>34</sup> para, retornando aos próprios prejuízos, questionando-os<sup>35</sup>, a fim de eleger os que efetivamente forneceram a interpretação

---

<sup>32</sup> Vide nota 9.

<sup>33</sup> Em semelhante sentido, aduz Carmen que “o intérprete não pode perguntar por que compreende. A pergunta chega tarde, pois, ao compreender (lógico-argumentativamente), já compreendeu (hermeneuticamente). Não há método capaz de controlar o processo interpretativo, pois que, toda vez que se estabelece um método, o *Dasein* já se manifestou antes disso.” NERY, Carmen Lígia. Op. Cit., p. 110.

<sup>34</sup> Como destaca Ernildo Stein, “Estuda-se aquele ente que tem por tarefa compreender o ser e, contudo, para estudar esse ente que compreende o ser, já é preciso ter compreendido o ser. O ente homem não se compreende a si mesmo sem compreender o ser, e não compreende o ser sem compreender-se a si mesmo; isso numa espécie de esfera antepredicativa que seria o objeto da exploração fenomenológica – daí vem a ideia de círculo hermenêutico, no sentido mais profundo.” STEIN, Ernildo apud SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Op. Cit., p 47.

<sup>35</sup> Questionar aqui quer referir-se ao produto da exigência hermenêutica, já destacada alhures, de suspensão dos próprios prejuízos por parte do intérprete, como bem pontua Gadamer: ...a suspensão de todo juízo, *a fortiori*, de todo preconceito, visto logicamente, tem a estrutura de pergunta.” GADAMER apud NERY, Carmen Lígia. Op. Cit., p. 144.

correta do objeto compreendido, poder efetivamente dizer algo sobre o mundo em torno de si.

Tais considerações não parecem, todavia, influir ainda hoje de maneira efetiva e definitiva no mundo prático do direito brasileiro. Por representarem, contudo, questões embrionárias do próprio ato de conhecimento, no sentido de construção do sentido do ser dos entes mundanos, não podem passar ao largo da própria investigação do sentido do Direito e, por consequência, da inafastável simbiose dos “dados de entrada” a comporem a norma, em alusão a Friedrich Müller<sup>36</sup>, lê-se, os fatos, o texto e o contexto<sup>3738</sup>.

O Direito, como tem sido estudado nas últimas décadas, já fornece suficientes subsídios a não mais termos de apelar à vontade de um julgador para corrigir eventuais

---

<sup>36</sup> Müller, também de nacionalidade germânica, desenvolveu sua teoria, por si nomeada de “Teoria Estruturante do Direito”, na efetiva tentativa de escapar das condenações aduzidas pelo positivismo. Assim, uma primeira e importante diferenciação proposta por este segundo autor fora a concepção de que os textos normativos não representavam de imediato a norma posta pelo Estado a regulamentar o convívio entre seus cidadãos. Aqueles representam, ao revés, tão somente uma fração (input) de um produto normativo final, cuja construção dependeria sempre da soma da primeira com outros fatores, tais como a própria realidade fática, e que, apenas unidos, através da interpretação, poderiam, por fim, ditar a real norma a guiar determinada situação do mundo real. Assim, para o autor, a norma não seria mera reprodução mecânica do texto normativo e tampouco seria ela advinda da simples vontade soberana de um julgador. Seria, ao revés, a simbiose entre os signos emanados pelo texto e o caso concreto posto diante de si, que, interpretados, possibilitariam encontrar, na aludida união, a devida solução ao conflito. Veja-se, neste sentido, o que pontua Leonard Schmitz acerca da teoria de Müller: “Para Müller, tanto a lei, quanto a doutrina, quanto ainda os precedentes judiciais e as súmulas são *textos*, isto é, são *dados linguísticos* (...) cada texto apresenta ao intérprete um amplo espectro possível de sentidos. (...) Todos esses elementos textuais possuem *normatividade* (...) Até então, denominava-se *norma* um comando abstrato; o texto da lei era já a norma. Na obra de Müller há uma profunda ruptura; chama-se *norma* uma decisão que só existe diante de uma facticidade concreta. Isto é, a norma é a aplicação prática do direito. A teoria estruturante está inserida no paradigma da filosofia da linguagem, consciente das revoluções que o giro ontológico-linguístico legou à ciência do conhecimento humano. Os dados são para essa teoria meramente símbolos, que não têm o condão de aprisionar em si um “teor” ou uma ‘essência’ ser extraída. A significância de cada conceito jurídico em um texto só passará a existir no momento de sua aplicação.” SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões** Judiciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 69.

<sup>37</sup> NERY, Carmen Lígia. Op. Cit., p. 26.

<sup>38</sup> Como aduz Leonard: “Norma em abstrato” é uma ordem, e não a resposta a um caso concreto; é uma prescrição, e não o resultado de um diálogo entre juiz, partes e fatos. (...) A norma pós-positivista é o resultado de se entender que elas [teoria e prática] caminham sempre juntas, pois não existe teoria sem realidade... Não é a vontade do legislador, nem pretensa “vontade da norma”, nem mesmo única e exclusivamente a vontade do julgador que dirão o conteúdo do direito, mas uma junção desses elementos em constante relação com a realidade. (...) Cada norma é irrepetível, pois diz respeito a uma situação concreta específica... mesmo que dois ou mais casos concretos aparentem ser idênticos, o processo de compreensão e interpretação do direito não é dispensado, como se o resultado (a resposta) surgisse da mera comparação entre casos. Para que se possa chegar à conclusão sobre se um caso é idêntico outro, já terá havido interpretação. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Op. Cit., p. 71.

deslizes do legislador. E devemos tributo por este feito à hermenêutica, nos termos postos acima e ao próprio fenômeno constitucionalista<sup>39</sup>. Posteriormente à promulgação da Constituição Federal, e sendo ela eivada de princípios<sup>40</sup>, estejam eles positivados ou não, não nos é mais lícito pensar o Direito como reles conjunto de regras a ditar (hipoteticamente) de maneira objetiva o convívio humano. Ao revés, estas deverão sempre ser interpretadas em conformidade com os ditames Constitucionais, especialmente porque estes, arriscamo-nos a dizer, uma vez erigidos na própria história do Homem, guardam e, destarte, conferem legitimidade aos objetos normativos a serem interpretados.

Os princípios<sup>41</sup> não devem, contudo, serem compreendidos como abertura normativa do Direito, tais quais as ditas “cláusulas gerais”, advindas de teorias como a Jurisprudência dos Valores alemã, que terminariam por permitir, ao juiz, movimentar-se dentro da imprecisão normativa para, por meio de sua consciência particular, solucionar o conflito posto diante de si, da forma como entendesse, em seu íntimo, como mais justa.

---

<sup>39</sup> “... constitucionalismo equivale, como *sistema jurídico*, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como *teoria do direito*, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos”. STRECK, Lênio Luiz.; FERRAJOLI, Luigi; et. Al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Tradução de André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13.

<sup>40</sup> As estratégias de legitimação da Lei Fundamental [outorgada pelos aliados no pós Segunda Guerra] perante os próprios alemães, e de política institucional num sentido mais amplo – que passava pela impressão que o novo regime causaria na opinião pública internacional – tiveram que enfrentar conflitos envolvendo casos concretos ocorridos ainda sob a égide do direito nazista. Pela tradição, este era um típico caso a ser resolvido pela aplicação do adágio latino *tempus regit actum*. Contudo, isso significaria dar vigência às leis nazistas em pleno restabelecimento da democracia e fundação de um novo Estado. (Re)fundação esta que implicava a afirmação de uma ruptura total com o regime anterior. Mas isso reivindicava uma tomada de decisão extra legem e, em última análise, até contra legem. Desse modo, para legitimar suas decisões e, ao mesmo tempo, não reafirmar as leis nazistas, o Tribunal passou a construir argumentos fundados em princípios axiológicos-materiais, que remetiam para fatores extra-lemem de justificação da fundamentação de suas decisões. Afirmava-se, portanto, um direito distinto da lei. Mas não bastava isso, era preciso criar instrumentos que permitissem justificar, normativamente, tais decisões. Assim é que começaram a aparecer, nas decisões do Tribunal, argumentos que remetiam a “cláusulas gerais”, “enunciados abertos” e, obviamente, “princípios”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Dissertação de Mestrado em direito, UNISINOS, São Leopoldo, 2007, p. 195, disponível em <[www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp042844.pdf](http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp042844.pdf)> acesso em 31 de julho de 2017.

<sup>41</sup> Tidos neste ponto do trabalho como bem sintetiza Leonard: “**diretrizes** que só adquirem real sentido em um caso concreto.” (grifo nosso) SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Op. Cit., p. 133.

Princípios devem ser concebidos como normativos, deontológicos, tais quais já são as regras<sup>42</sup>, e não axiológicos<sup>43</sup>, como costumeiramente se pensa, especialmente por teóricos que se automeiam “neoconstitucionalistas”. Têm, assim, o condão de exigir do magistrado a sua aplicação concreta e permitem, senão que até fornecem e/ou, em último caso, vinculam<sup>44</sup> juízes a decidir conforme a solução por eles (os princípios) apresentada para cada caso concreto. Regras e princípios não se diferem, destarte, conforme seu grau de abstração.<sup>45</sup> Ambos podem conceder solução concreta aos casos submetidos ao judiciário.<sup>46</sup> A única diferença a ser apontada, quiçá seja que, enquanto

<sup>42</sup> “não existe uma diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e as regras: a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes.” STRECK, Lênio Luiz.; FERRAJOLI, Luigi; et. Al. Op. Cit., p. 41.

<sup>43</sup> ...não é correto falar em uma axiologia principiológica, mas sim, *em uma deontologia dos princípios, visto que são os princípios que instituem as bases para a normatividade do direito*. Isto porque as regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam *como determinantes* para a concretização do direito e, em todo caso concreto, eles devem conduzir para a determinação da resposta adequada. *As regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos*. Elas “regram” o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios autorizam esta determinação; eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermeneuticamente – vem do reconhecimento da *legitimidade*. Ibidem., p. 70.

<sup>44</sup> “...a Constituição é definida, na sua parte substancial, não só como um conjunto de direitos fundamentais das pessoas, isto é, de princípios, mas também como um sistema de limites e de **vínculos**, isto é, de regras destinadas aos titulares dos poderes”. (grifo nosso) Ibidem., p. 41.

<sup>45</sup> Os princípios só não aparecem com a clareza objetiva das regras porque se revestem de uma dimensão histórico-transcendental: sua ‘aplicação’ depende de uma justificação que vai além da mera objetividade das regras, num plano que não é meramente empírico, mas que traz consigo a dimensão de vivências práticas e compartilhadas pela comunidade histórica. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de apud SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Op. Cit., p. 142.

<sup>46</sup> ...são os princípios diretivos, por exemplo, grande parte dos “princípios informadores da política social e econômica”, que intitula o Capítulo III do Título I da Constituição espanhola. Mas também se pode pensar, na Constituição italiana, no art. 1º: “A Itália é uma República democrática, fundada sobre o trabalho”... Todos os outros princípios, como, por exemplo, o princípio da igualdade e os direitos de liberdade, são reguladores, de modo que materialmente possível, mas deonticamente proibida, a sua inobservância. Na verdade, consistem em normas que, simplesmente, são formuladas de maneira diversa das regras: com base no seu respeito, e não na sua violação e, conseqüente, aplicação, como ocorre nas regras. Uma prova disso é mesmo as regras, inclusive aquelas penais, às quais se exige a máxima taxatividade, quando são observadas exsurgem com princípios, que não se aplicam, mas se respeitam: por exemplo, a observância das normas sobre homicídio ou sobre lesões corporais ou sobre o furto equivale ao respeito dos princípios da vida, da integridade corporal e da propriedade privada. É possível afirmar, inclusive, que por trás de cada regra existe um princípio (...). Inversamente, também os princípios reguladores, quando são violados, aparecem como regras, que não se respeitam, mas se aplicam: por exemplo, o princípio constitucional da igualdade, quando é violado, surge como regra em relação às violações: regra, precisamente, que proíbe as discriminações... A diferença entre a maior parte dos princípios e as regras é, portanto, a meu ver, uma diferença que não é estrutural, mas quase de estilo... Não se trata de um jogo de palavras. A contraposição, a meu ver inconsistente, instituída, indistintamente, entre regras e princípios tem relevantes implicações práticas. O seu aspecto mais insidioso é o radical

princípios sempre incidem, todos em conjunto<sup>47</sup>, em todos os casos concretos – sendo tão somente aquele mais afeto a questão em análise o que efetivamente ditará a solução correta a ela<sup>48</sup> – as regras, uma vez constatada hipótese de incidência de mais de uma delas a um mesmo caso concreto, são consideradas válidas ou inválidas na solução do conflito<sup>49</sup>. Princípios não concedem ao direito uma “abertura normativa”, mas, antes, um fechamento interpretativo<sup>50</sup>.

Autores como Robert Alexy cogitam eventual conflito entre princípios. Este autor tentou reformular a teoria vigente em seu país até os dias de hoje, leia-se, a

---

enfraquecimento do valor vinculante de todos os princípios, sobretudo se de nível constitucional STRECK, Lênio Luiz.; FERRAJOLI, Luigi; et. Al. Op. Cit., pp. 38 a 41.

<sup>47</sup> Os princípios (todos, ao mesmo tempo, mas com dimensão diferente de peso) incidem em todos os casos, e cabe ao intérprete identificar na fundamentação da decisão judicial o quanto a solução adotada respeita essa totalidade principiológica. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Op. Cit., p. 144.

<sup>48</sup> Solução esta que será, ao fim e o cabo, a única correta enquanto em conformidade com os ditames constitucionais. Neste sentido, “a partir da hermenêutica filosófica, a resposta correta é aquela que é capaz de explicitar a apropriação de prejuízos autênticos para a construção de um projeto adequado à coisa mesma. Quando estamos diante da resposta correta, ela assim nos parece porque nossas perguntas acerca da compreensão da correção dessa resposta desaparecem. A resposta correta é reconfortante porque suspende a compreensão e, assim, nos conformamos com ela.” NERY, Carmen Lígia. Op. Cit., p. 150.

<sup>49</sup> “... um princípio nunca existe isoladamente. Ele se manifesta de forma coerente com todos os demais princípios do direito. O juiz deve, então, fazer uma reconstrução integrativa do direito aplicável ao caso concreto, que depende da interpretação coerente de regras, princípios e decisões judiciais preexistentes na prática judiciária.” NERY, Carmen Lígia. **Decisão Judicial e Discricionariedade**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 105.

<sup>50</sup> ...princípios não abrem, mas fecham o sistema jurídico, hermeneuticamente. (...) A invasão da principiológica tem como função determinar respostas jurídicas mais adequadas através justamente da maneira como elas ingressam na fundamentação da decisão. Não é que as regras não eram suficientes e os princípios ampliaram os poderes do intérprete; é que a fundamentação das decisões com base meramente em regras era nitidamente falsa, e relacionar o direito com a realidade é feito de forma mais dinâmica quando se levam em consideração princípios que são democraticamente aceitos como parte de um ordenamento. (...) A dimensão prática e a historicidade dos princípios fazem com que eles não sejam “cláusulas permissivas de um projeto livre no momento da decisão judicial”. Se para cada caso concreto há uma norma (*uma resposta*, na terminologia de Dworkin), os princípios são um fechamento hermenêutico, uma orientação mais bem dada no sentido de encontrar a resposta adequada para aquele, e apenas aquele, caso concreto. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 143.

<sup>51</sup> Os princípios constitucionais representam a invasão da facticidade no direito. Mas, ao contrário do que se possa a princípio imaginar, [senão que justamente por esta natureza] eles não provocam a “abertura” do sistema, onde o intérprete possa agir livremente com discricionariedade. Ao contrário, os princípios são responsáveis pelo fechamento interpretativo. NERY, Carmen Lígia. Op. Cit., p. 127.

Jurisprudência dos Valores alemã, tentando racionalizar a aplicação de princípios.<sup>52</sup> Assim, para o jurista alemão, princípios serão, em largas linhas, “mandados de otimização”, cuja aplicação deverá, por tal razão, se dar sempre no máximo grau possível, diferentemente das regras, “mandados de definição”, cuja aplicação se daria, para ser claro, de maneira “tudo ou nada”, lê-se, ou incidem porque são aptas a solucionar o caso, ou não incidem e, toda vez que conflitarem, uma será declarada válida, enquanto as demais, hipoteticamente incidentes, serão tidas como inválidas.<sup>53</sup>

Pela motivação recém-posta, Alexy parece compreender que regras e princípios difiram entre si por um critério nivelador, o que, como já vimos, é um erro. Ademais, para Alexy, princípios devem ser cogitados apenas em casos difíceis, onde as regras não sejam suficientes à solução do conflito e, toda vez que incidentes mais de um, colidem entre si, devendo, o mais “forte”, prosperar por intermédio de ponderação a ser realizada pelo magistrado, frente ao caso concreto. Regras, de seu turno, seriam aplicadas aos casos de solução mais simples, onde bastasse, à sua aplicação, a utilização de procedimentos como a subsunção<sup>54</sup>.

A par das diversas más-compreensões teóricas realizadas por juristas nacionais<sup>55</sup>, que terminaram por “permitir” a (falsa) concessão de total liber(al)idade ao magistrado

---

<sup>52</sup>Alexy estabelece a ponderação como procedimento apto a solucionar as colisões de princípios e evitar, assim, a livre escolha do juiz no momento decisional. ou seja, Alexy cria, na sua intenção em tornar "racional" o discurso prático, uma espécie de "elemento camaleônico" que não consegue superar a velha oposição entre teoria e prática: a racionalização do discurso jurídico prático baseada em valores se dá por um meio matemático de fundamentação eu [sic] é a ponderação. No fundo, o que se instala é uma (nova) tentativa de aprisionar a razão prática num modelo teórico (porque matemático) de fundamentação. No fundo, como ressalta Lênio, em Alexy tem lugar uma repristinação da discricionariedade do positivismo jurídico. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Dissertação de Mestrado em direito, UNISINOS, São Leopoldo, 2007, p. 159, disponível em <[www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp042844.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp042844.pdf)> acesso em 31 de julho de 2017.

<sup>53</sup>Ao construir esse raciocínio, Alexy faz ser inevitável na prática que, eventualmente, diante de sua coexistência, os princípios entrem em colisão em um caso concreto (digamos, por exemplo, um choque entre a liberdade de expressão jornalística e a intimidade de uma pessoa investigada). A colisão é resolvida, nessa teoria, por um juízo valorativo do intérprete, racionalizado no processo denominado ponderação.” [indagar-se-ia, outrossim: se há uma resposta, a ponto de, ao fim e ao cabo, ser uma aplicada em detrimento das demais possíveis, então não haveria verdadeira colisão, senão apenas aparente, não?SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Op. Cit., pp.134 e 135.

<sup>54</sup> Ibidem, Loc. Cit.

<sup>55</sup> À glosa de exemplo, Streck cita equívocos por si identificados em obras de autores do porte de Humberto Ávila e Luís Roberto Barroso para retratar o quão imersa está a academia brasileira no paradigma da argumentação e o quão mal recepcionadas foram especialmente os postulados teóricos de Robert Alexy. Neste sentido, por intermédio de citação direta da obra de Barroso, Streck argui que a ideia de “Constituição como ordem de valores” é literalmente subsumida `teoria alexyna da colisão de

para se valer dos princípios como reles álibi ao uso arbitrário do poder, mesmo se bem compreendido, o edifício teórico de Alexy será de difícil sustentação frente aos paradigmas já transcritos no presente trabalho. Segundo Schmitz, o primeiro erro do aludido autor será advogar pela utilização dos princípios apenas nos *hard cases*.<sup>56</sup> Quanto a este ponto, entendemos que bastaria o questionamento “o que são *hard cases*?” para tornar o (sic) *case*, difícil (*hard*). Assim, restaria que todos os casos são *hard*; acrescente-se: especialmente porque todos, inexoravelmente, dependerão do mesmo procedimento interpretativo, a despeito de compreendermos que alguns deles possam vir a ser de mais simples execução<sup>57</sup>.

Ademais, relegando a aplicação das regras ao método da subsunção, o autor alemão ignora os postulados hermenêuticos aqui postos, que, como já dito, não mais permitem que se cogite qualquer utilização de métodos a fim de compreender o significado de qualquer que seja o ente, e em especial do texto normativo, dado que compreender é um existencial humano e, assim, qualquer metodologia a ser utilizada chegaria sempre tarde, como já dissemos.

A tese mais correta será, destarte, aquela que considera o sistema jurídico-normativo como composto por regras e princípios, sendo estes responsáveis não por abertura normativa a conceder liber(al)idade ao magistrado para decidir conforme sua consciência, e/ou, dito de outra forma, “fazer justiça”, mas sim por permitirem, enquanto normativos, ao revés, um

‘fechamento interpretativo’ próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. (...) essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional, como se dá com a teoria dos princípios de Alexy (...). Ao contrário, ela (...) retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Nesta perspectiva (...) os princípios são *vivenciados* (“facticizados”) por aqueles que

---

princípios, sem se atentar minimamente para os pressupostos lógicos que sustentam a teoria do autor. De outra banda, citando Ávila, Streck intenta demonstrar ainda que autores brasileiros confundem os postulados alexyanos de tão grave maneira que chegam a cogitar a aplicação do procedimento da ponderação a regras, o que, a seu juízo, é um equívoco, face a que, em suas palavras, a ponderação é “um dos fatores centrais que marcam a **distinção** entre regras e princípios de Robert Alexy” (grifo nosso). STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

<sup>56</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Op. Cit., p. 150.

<sup>57</sup> Ibidem., p. 153.

participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade.<sup>58</sup>

Esta visão de poder judiciário como possível veículo “curador” do direito não mais merece prosperar em nosso meio. Talvez como já houvera antecipado Hans Kelsen, direito e moral guardam, entre si, relação que outro autor alemão, Jürgen Habermas, nomeará de “co-originariedade”. Para este último, direito e moral unem-se através da institucionalização da segunda no e pelo primeiro. “A moral não tem força jurídico-normativa. O que tem força vinculativa, cogente, é o direito, que recebe conteúdos morais quando de sua elaboração legislativa”<sup>59</sup>. O legislador, diga-se, (também) não goza de total liberdade para produção textual-normativa, senão que, aos aludidos princípios constitucionais, deve, desde sempre, tributo. A própria Constituição, lembremo-nos, como destaca Lênio Streck, é que será considerada “materialmente legítima justamente porque fez constar em seu texto toda uma carga principiológica que já se manifestava no mundo prático, no seio de nossa comum-idade”<sup>60</sup>.

Tal se dá em função de evoluções jurídico-normativas advindas do histórico humano e que hoje culminam no Direito Constitucional que, eivado de princípios (tidos estes nos moldes anteriormente dispostos e uma vez admitidos por Constituições como a vigente em território brasileiro), vincula os operadores, tanto em âmbito legislativo quanto judiciário, permitindo a normatividade “indireta”, poderíamos assim dizer, não de uma moral subjetiva, de qualquer cidadão e/ou de um único julgador, mas de toda comunidade, como exige o próprio regime democrático adotado pelo país.

Não podemos, neste sentido, confundir os princípios com textos positivados na Constituição Federal que contenham suposto “aspecto principiológico”. Assim, a despeito de as balizas textuais também merecerem respeito, haja vista também comporem a norma (como inputs, lembrando Müller, novamente) não cabe ao magistrado visar interpretação meramente textual (sintático-semântica) de princípio eventualmente positivado, de sorte a abrir-lhe chance a nela inculcar elementos

---

<sup>58</sup> STRECK, Lênio Luiz.; FERRAJOLI, Luigi; et. Al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Tradução de André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 70.

<sup>59</sup> Ibidem., p. 77.

<sup>60</sup> Ibidem., 71

subjetivos, senão íntimos, dado que hipoteticamente dotados de maior abstração, mas sim buscar uma reconstrução não apenas coerente, mas integrativa<sup>61</sup> de todo o histórico do direito atinente à norma aplicável ao caso posto diante de si para, desta feita, decidir da maneira correta.

Tais construções nos permitem concluir que princípios não colidem, de sorte a que o juiz devesse valorá-los em seu íntimo, fazendo um prosperar em detrimento de outro. Princípios coexistem, de sorte a que um demonstrar-se-á mais aplicável ao caso concreto, uma vez realizada a aludida reconstrução integrativa das hipotéticas normas incidentes no caso.

Uma vez que ao juiz é vedado não decidir, a questão passa a ser meramente a partir de qual paradigma ele fará a interpretação da norma jurídica aplicável. É neste sentido que a hermenêutica heideggeriana do pós giro ontológico-linguístico se manifesta: a verdade, e/ou, dito de outra forma, a resposta correta<sup>62</sup> aos casos concretos e sua interpretação frente aos textos normativos, embora não atemporal, é uma só e advém não apenas de cogitada “essência” do (sic) objeto textual normativo e tampouco de elementos meramente volitivos de um julgador, senão que, uma vez composta pela simbiose dos próprios signos emanados do texto e do caso concreto e elementos pré-compreensivos do intérprete, enquanto “ser-aí”, como nomeia Heidegger, estará erigida na própria historicidade e facticidade humana, como trabalhado alhures, respectivamente àquela comunidade onde o julgador estiver inserido.

Por derradeiro, necessário será ainda mencionar que, ao que se usou chamar de “dobra da linguagem”, vincula-se a concepção de que decisões judiciais devam ser fundamentadas. A linguagem exerce dupla função no processo interpretativo, diga-se, enquanto dá “substância” a própria existência do *ser*, vale à própria manifestação (apofântica) do homem acerca do objeto interpretado. Assim, o consagrado dever

---

<sup>61</sup>Integrity demands that public standards of the community be both made and seen, sofar as this is possible, to express a single, coherent scheme of justice and fairness in the right relation.” DWORKIN apud NERY, Carmen Lígia. Op. Cit., p. 125.

<sup>62</sup> Correta enquanto em conformidade com a Constituição. Neste sentido, dispõe Streck: “... uma vez compreendida devidamente a questão do sentido que tem a Constituição – texto que recebe um norma (sentido) –, torna-se mais fácil entender as razões pelas quais uma resposta será correta (constitucional, porque constitucionalmente adequada, depois do exame da coerência da integridade da resposta a ser dada em determinado caso) e outra será incorreta (porque incompatível com a coerência e a integridade do direito, que estará fundado na materialidade da Constituição).” STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 353.

constitucional de fundamentação das decisões judiciais<sup>63</sup> será, de seu turno, em síntese, o ato de reconstruir, por meio de texto, o que chamaremos aqui de “caminho hermenêutico” traçado pelo magistrado na construção da norma aplicada ao caso concreto. Tal se faz necessário para fins de permitir aos jurisdicionados e à própria comunidade, como um todo, conferir tenha sido elaborado o projeto autêntico na construção normativa em questão. Será o “extrato” do processo interpretativo judicial que, na qualidade de tal, poderá legitimá-lo.

Nas palavras de Carmen Ligia Nery,

a resposta correta no direito será aquela que, detalhada fundamentação, explicita a integridade e coerência do direito. Deve, portanto, revelar o acontecer do sentido do caso concreto em uma tradição autêntica (fundada em prejuízos autênticos) que, ao fazê-lo, gera a sensação de um desaparecer hermenêutico em que o intérprete suspende o processo compreensivo, pois já não encontra mais a necessidade de seguir vendo perguntas àquele respeito. Por fim, essa decisão correta é pautada sempre em princípios, nunca em valores pessoais do juiz, blindando a possibilidade de exercício de poder discricionário do julgador no Estado Democrático de Direito<sup>64</sup>.

## CONCLUSÃO

Como se pode perceber ao longo do presente estudo, os avanços na ontologia, posteriormente aos contributos de Heidegger, influenciaram e ainda influenciam em muito o pensamento ontológico, determinando, não raro, mudanças drásticas nos paradigmas antes utilizados nas mais variadas áreas do saber. No Direito, a destruição, que o próprio autor se vale para referir os reflexos de sua teoria sobre o conhecimento humano, também não poderia deixar de agir. A prática, contudo, ainda parece não ter aceito com total aplicabilidade a derrocada dos seus antigos métodos, sem tampouco fazer frente aos postulados aqui expostos. Tal atraso na inclusão dos novos paradigmas

---

<sup>63</sup>Assim reza a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” [grifo nosso]. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>64</sup> NERY, Carmen Lígia. Op. Cit., p. 153.

no debate ontológico aplicado ao Direito não pode, todavia, servir ao manutenção de teorias já antes superadas, especialmente quando tal manutenção representar prejuízo real ou iminente aos sujeitos regidos pelo sistema ainda não totalmente atualizado.

Não se está aqui fornecendo solução a todos os casos futuramente postos frente ao judiciário brasileiro, senão que clareando paradigmas a serem considerados pelo juiz- intérprete para os fins de bem atender aos postulados ontológicos e constitucionais contemporâneos. Embora a cogitada tarefa seja deveras intrincada, não nos é facultado, por eventual dificuldade do empreendimento, desistir da mesma, especialmente quando tal desistência implica no ferimento dos mais caros e tão arduamente conquistados postulados principiológico-constitucionais<sup>65</sup>.

Conforme já dito, a Constituição Federal adveio com o intuito de reestabelecer a democracia frente a traumáticas experiências vivenciadas pelo país em virtude de longo período ditatorial vivenciado por nosso povo. Assim, se o desejo de toda a comunidade é não mais regressar ao modelo antigo de exercício do poder por parte do Estado, resta-nos, senão, defender a imediata consideração e aplicação dos paradigmas teóricos e epistemológicos necessários à sua garantia.

## Referências:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

HEIDEGGER, Marin. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 10. ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

---

<sup>65</sup> Neste sentido são as palavras de Georges Abboud: “se ao final de mais de seiscentas páginas de tese nos perguntarem se há efetivamente um caminho irretorquível ou uma forma/equação a ser utilizada para se produzir a resposta correta, diremos que não, inclusive porque não é esse o caminho para se construir a resposta correta. Apesar disso, tal constatação não diminui em nada a importância da defesa e da exigência da resposta correta no âmbito administrativo e judicial porque é essa metáfora que hoje confere sentido para viver o direito. O fato de inexistir uma fórmula exata para se produzir a resposta correta não nos autoriza a desistirmos dela; somente perante sua exigência é que podemos nos livrar dos grilhões relativistas e arbitrários que dominam nosso sistema jurídico. A resposta correta é, antes de tudo, uma metáfora: mais importante do que a resposta correta é a busca; o ganho democrático é consequência imediata disso – antes de tudo o que importa é a *travessia*. Enfim, se desistirmos da resposta correta, desistiremos de nós mesmos enquanto juristas.” ABOUD, Georges apud NERY, Carmen Lígia. Op. Cit., p. 162.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 2. ed. rev., Rio de Janeiro: Zahar, 2007

NERY, Carmen Lígia. **Decisão Judicial e Discricionariedade**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Dissertação de Mestrado em direito, UNISINOS, São Leopoldo, 2007, p. 195, disponível em <[www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp042844.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp042844.pdf)> acesso em 31 de julho de 2017.

SCHMITZ, Leonard Zieseimer. **Fundamentação das Decisões** Judiciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lênio Luiz.; FERRAJOLI, Luigi; et. Al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Tradução de André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva 2014.