

A COMPREENSÃO EXISTENCIAL DA CONSTITUIÇÃO: Os caminhos do Neojusnaturalismo¹⁷²

THE EXISTENTIAL UNDERSTANDING OF THE CONSTITUTION: The ways of Neojusnaturalism

Cleyson de Moraes Mello¹⁷³

RESUMO

A presente pesquisa estuda a natureza filosófica do cuidado (cura) e destaca as suas implicações para uma melhor compreensão da Constituição. O autor busca caminhar em direção a um direito natural ontológico no contexto da Analítica Existencial de Heidegger em que o cuidado (cura) é considerado como “ser do Dasein” cuja temporalidade desvela o seu sentido ontológico.

Palavras-Chave: Direito Natural. Heidegger. Cura. Dasein.

ABSTRACT

The present study presents the philosophical nature of care (cure) highlights its implications for a better understanding of the Constitution. The author seeks moving towards an ontological natural right in the context of Heidegger's Existential Analytic in which care is considered to be the "being of Dasein" whose temporality unveils its ontological sense.

Keywords: Natural law. Heidegger. Care. Dasein.

1 INTRODUÇÃO

A obra *Ser e Tempo* publicada por Heidegger, em 1927, representa um marco na esfera filosófica, sobretudo na noção de ser. Esta perspectiva teórica heideggeriana mais específica já vem se espalhando na dogmática jusfilosófica, mormente nas questões do fundamento do direito e hermenêutica jurídica contemporânea. É necessário reconhecer que elementos como *Dasein*

172 Esta pesquisa científica é o resultado do Estágio de Pós-Doutoramento do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro - IHGB, supervisionada por Antônio Celso Alves Pereira.

173 Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ. Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ. Professor do PPGD da UERJ e UVA. Email: profcleysonmello@hotmail.com

Artigo convidado.

(ser-aí), temporalidade e cura (*sorge*, preocupação, cuidado) devem ter uma atenção quase que exclusiva na teoria do direito uma vez que refletem uma análise da existência humana.

A substituição do rigor da lógica formal (que constitui o mundo da vida em rigorosas estruturas matematizantes) na decisão judicial pela *essência* representa um passo largo para a libertação da hermenêutica em direção a novos horizontes. A fenomenologia heideggeriana (§7º ST) e a efetividade refletem um caminho peculiar de Heidegger na história da filosofia. A analítica existencial é a base para o reconhecimento da temporalidade como sentido ontológico da cura (*sorge*, cuidado, preocupação), ou seja, representa as estruturas constitutivas do ser do homem. Com isso a hermenêutica deixa de ser um problema metodológico, mas caminha para a questão ontológica. Daí que o fundamento do direito se aproxima a um direito natural ontológico (não-clássico) na medida que a fundamentação jurídica esteja vinculada com o *Dasein* e a cura. O problema do fundamento do direito pode encontrar solução adequada sob o ponto de vista ontológico, especialmente, se enfrentarmos o problema do ser em seu acontecer.

Nestes termos, as estruturas constitutivas do direito devem ser pensadas a partir do problema do ser, isto é, o homem. O “princípio da dignidade da pessoa humana” ganha destaque neste modo de ser. Este princípio deve ser visto não apenas como princípio, senão como uma espécie de meta-norma. Melhor dizendo: a pessoa, o homem é o *fundamento* jurídico, ou seja, a razão de ser dos princípios e das regras. Na realidade é o homem (a pessoa) que delinea o fundamento de toda e qualquer norma jurídica. Vale lembrar que dignidade é um atributo ou qualidade da pessoa. É neste sentido que a dignidade da pessoa humana se fortalece, reforçando seu caráter emancipador e contribuindo ainda para a superação da forma tradicional de se dizer o direito.

Não basta, pois, que o reconhecimento e inserção da ideia de dignidade humana nas Constituições e nos principais tratados internacionais do segundo pós-guerra permaneça de forma simbólica e entificada (ZAGREBELSKY, 2002). É certo que a dignidade da pessoa humana não pode ser conceituada uma vez que deve ser alçada (como um verdadeiro “salto”) a um patamar de meta norma, ou seja, a um espaço de fundamentalidade jurídica em que possa ser enraizada com a própria constituição existencial do *Dasein*. A dignidade da pessoa humana deve apontar para a estrutura constitutiva do *Dasein*, isto é, a cura (*sorge*, preocupação, cuidado). O existencial do *Dasein* deve fornecer (juntamente com a dignidade da pessoa humana) o fio condutor da compreensão do direito. Isto porque o *Dasein* está no mundo, antes

de mais e fundamentalmente, como *compreensão* e *cuidado* (cura). Numa sociedade aberta, tal como é o Estado Democrático de Direito na contemporaneidade, a concepção da dignidade da pessoa humana quer como “princípio”, quer como fundamento do direito deve ter um conteúdo aberto e inclusivo, como uma espécie de amálgama aos elementos constitutivos e totalizantes do *Dasein* (cura).

Daí a necessidade e imprescindibilidade de uma investigação aprofundada de forma a tentar apontar uma nova via para a compreensão do direito, cuja invocação da “dignidade da pessoa humana” (no sentido do próprio homem) esteja apoiada em um direito natural de cariz ontológico, transcendental não-clássico, cujo epicentro normativo e densidade constitucional seja a cura (ser do ser-aí).

2 O SER DO *DASEIN* (PRE-SENÇA) COMO CURA

É no § 41 de *Ser e Tempo* que Heidegger trata da *cura* como o ser da pre-sença (*Dasein*). A cura (cuidado, *sorge*, preocupação) é uma articulação complexa constituída por três elementos: existencialidade (ser-adiante-de-si-mesmo), facticidade (já-ser-no-mundo) e decadência (ser-junto-dos-entes-intramundanos) (HEIDEGGER, 2002, P. 255). Estes caracteres ontológicos do *Dasein* se desvelam sob a forma de uma totalidade articulada, uma espécie de nexos originário de um todo estrutural. Melhor dizendo: é neste contexto de completude dos elementos ontológicos fundamentais do *Dasein* que será possível apreender ontologicamente o seu ser enquanto tal (Ibid., p.255-256).

Daí a importância da hermenêutica (PALMER, 1999) (DUBOIS, 2004) e da compreensão, uma vez que é na constituição ontológica da compreensão que se evidencia o poder-ser e o estar lançado. Heidegger afirma que “*em seu ser, a pre-sença já sempre se conjugou com uma possibilidade de si mesma.*” (HEIDEGGER, 2002, p. 256) É neste horizonte que a estrutura totalizante do *Dasein* encontra sua *condição de possibilidade*, permitindo, pois, a essa tripla estrutura desvelar no modo de sua unidade. A cura abrange a unidade dessas determinações ontológicas (Ibid., p.257).

Importante lembrar que esta estrutura ontológica não está relacionada a um binômio sujeito-objeto (relação de objetos com um sujeito), senão a uma estrutura fenomenalmente articulada com seu todo originário (OLIVEIRA; SOUZA, 2001). A cura é, pois, em sua

totalidade indivisível e “toda tentativa de reconstrução ou recondução do fenômeno da cura a atos ou impulsos particulares tais como querer ou desejar, propensão ou tendência converte-se em fracasso.” (HEIDEGGER, 2002, p. 258)

A cura precede a si mesma e é neste preceder-se a si mesma que subsiste a sua condição de possibilidade ontológico-existencial (Ibid., p. 258).

É neste sentido que a decisão judicial não pode estar desvinculada do seu ponto de vista ontológico. É necessário que o julgador tenha horizontes, desvinculado de uma visão solipsista (uma espécie de redução de toda a realidade ao sujeito pensante). Ao decidir, só se compreende um caso concreto decidendo se projetado em suas possibilidades como ente a ser tratado na cura. É por isso que ao decidir, se decidi algo que se quer, algo que já foi determinado a partir daquilo em-função-de (o preceder a si mesmo). Nesta condição de possibilidade ontológica do ato de decidir são constitutivos e essenciais: a) uma abertura prévia (o preceder a si mesmo); b) a abertura ao caso concreto decidendo (o mundo como algo que já se é) e; c) o projeto de compreensão do *Dasein* numa condição de possibilidade (poder-ser).

Heidegger ensina que como fato, o projetar-se do *Dasein* (ser-ai, pre-sença) está sempre junto a um mundo descoberto e é a partir deste que o projetar-se recebe as suas possibilidades (HEIDEGGER, 2002, p-259). É isto que restringe antecipadamente as possibilidades de escolha no âmbito da decisão judicial.

A decisão judicial em sua totalidade não pode ser realizada de modo superficial a partir de seus elementos primários ônticos, senão reconduzidas a partir de uma questão ontológica fundamental, mais profunda, articulada pela totalidade da multiplicidade estrutural da *cura*. Neste contexto, a cura permite ao magistrado decidir e olhar a constituição de modo ôntico-existenciário, ou seja, a partir dos fundamentos ontológicos adequados lastreados na essência da constituição. Neste sentido, a compreensão ontológico-existencial da constituição pode causar uma espécie de estranheza, mormente quando se desconhece e não se compreende a cura. Na maioria das vezes a decisão judicial e a compreensão da constituição são realizadas apenas no viés ôntico e não ontológico.

A compreensão da Constituição é um existencial. A compreensão não pode abrir mão do modo de ser do *Dasein* (ser-ai), uma vez que não pode ser um ente simplesmente dado, “resultante da colagem de pedaços” (Ibid., p. 94), mas deve se dar, em sua totalidade, pela sua compreensão existenciária. Assim, o julgador deve compreender a Constituição, nada menos,

“do que da exigência de projetar esses fenômenos existenciais sobre as possibilidades existenciais já delineadas e pensá-las, existencialmente, ‘até o fim’” (Ibid.). Dessa maneira, a compreensão existencial da Constituição anuncia o seu caráter mais originário e fundamental. E o mais importante com isso, é que a decisão judicial no sentido existencialmente possível e própria, deixa de lado o seu caráter de uma construção arbitrária.

Do ponto de vista ontológico, a Constituição deve ser des(velada) a partir do ser-aí (*Dasein*). Mais do que isso: “seu ‘teor’ não se funda na substancialidade de uma substância e sim na ‘autoconsistência’ do si-mesmo existente e cujo ser foi concebido como cura.” (HEIDEGGER, 2002, p. 95) O fenômeno do si-mesmo está incluído na cura (cuidado, *sorge*, preocupação), necessitando, pois, de uma compreensão originária e própria da Constituição.

A compreensão ontológica não é pura invenção (Ibid., p. 263). A auto interpretação do *Dasein* como “cura” foi apresentado por Heidegger em sua obra *Ser e Tempo*, com base na fábula de Higino (*Faust und die Sorge*) (Ibid.). Vejamos:

Certa vez, atravessando um rio, “cura” viu um pedaço de terra ardilosa: cogitando, tomou um pedaço e começou a lhe dar forma. Enquanto refletia sobre o que criara, interveio Júpiter. A cura pediu-lhe que desse espírito à forma de argila, o que lhe fez de bom grado. Como a cura quis então dar seu nome ao que tinha dado forma, Júpiter a proibiu e exigiu que fosse dado o nome. Enquanto “Cura” e Júpiter disputavam sobre o nome, surgiu também a terra (*tellus*) querendo dar o seu nome, uma vez que havia fornecido um pedaço de seu corpo. Os disputantes tomaram Saturno como árbitro. Saturno pronunciou a seguinte decisão, aparentemente equitativa: “Tu, Júpiter, por teres dado o espírito, deves receber na morte o espírito e tu, terra, por teres dado o corpo, deves receber o corpo. Como, porém, foi a “cura” quem primeiro o formou, ele deve pertencer à ‘cura’ enquanto viver. Como, no entanto, sobre o nome há disputa, ele deve ser chamar ‘homo’, pois foi feito de humus (terra) (Ibid., p. 263).

Neste sentido, a cura é vista “como aquilo a que pertence a pre-sença humana ‘enquanto vive’. Heidegger afirma que a determinação pré-ontológica da essência do homem expressa na fábula acima desvela, desde o início, o modo de ser em que predomina seu percurso temporal no mundo (Ibid., p. 264). Assim, a cura se caracteriza pela historicidade que deve ser guiada ontologicamente.

Daí que a essência da Constituição está diretamente relacionada a sua “constituição ontológica” sempre subjacente. Isto só se torna ontologicamente possível desde que ela possa

ser interpelada e lida como cura. A condição de possibilidade existencial da Constituição tida como “cuidado com a vida e com o homem” deve ser sempre compreendida como *cura* em seu sentido mais originário, isto é, em seu sentido ontológico.

A decisão judicial deve, pois, possuir uma envergadura de cunho pré-ontológico da essência do homem enquanto ser-no-mundo. Melhor dizendo: cabe ao julgador realizar uma interpretação do caso concreto decidendo, a partir de um conceito existencial de cura.

A compreensão existencial da Constituição é a própria abertura do ser-no-mundo. Toda a decisão judicial deve ser derivada dessa compreensão existencial, que é a própria luz, iluminação, abertura, clareira, revelação do ser-aí, *Aletheia*.

Considerando que a compreensão é um existencial, não existe explicação sem a prévia compreensão. Melhor dizendo: o sentido alcançado pela explicação já nos é dado, na própria explicação, ou seja, o sentido faz parte da própria estrutura prévia da compreensão. A compreensão e a explicação constituem existencialmente a pre-sença (ser-aí).

É através do método fenomenológico que as estruturas do ser-aí são explicitadas e que trazem em si a possibilidade de antecipação do sentido do ser pela pré-compreensão. Como dito acima, o sentido da pre-sença é dado pela *temporalidade* (*Zeitlichkeit*), ou seja, o tempo é o ponto de partida do qual a pre-sença (ser-aí) sempre compreende e interpreta o seu ser. Dessa forma, o ser-aí é de tal modo que realiza uma compreensão do ser no horizonte do tempo. Vale lembrar que a temporalidade, neste caso, não é a representação tradicional do tempo (para Heidegger este seria o tempo inautêntico), senão uma temporalidade autêntica. É dessa forma que, em *Ser e Tempo*, Heidegger sustenta a tese da *Pre-sença e Temporalidade* (Segunda Seção de *Ser e Tempo*) que faz desmoronar radicalmente a equivalência metafísica entre *ser* e *eternidade*.

Frise-se que a abertura do ser-aí, ou seja, o ser do ser-aí é a preocupação (cura, *sorge*). Essa é a luz que constitui a luminosidade da pre-sença, isto é, aquilo que o torna “aberto” e também “claro” para si mesmo. É a cura que se funda toda abertura do pre e a temporalidade ekstática que o ilumina originariamente. Heidegger afirma que somente partindo do enraizamento da pre-sença na temporalidade que se consegue penetrar na possibilidade existencial do fenômeno, ser-no-mundo, que, no começo da analítica da pre-sença, fez-se conhecer como constituição fundamental (HEIDEGGER, 2002, p. 150).

A abertura essencial do ser do homem é chamada *cuidado, preocupação* e o sentido propriamente temporal da existência enquanto modo de ser humano é a temporalidade (NUNES, 2002).

Na esfera da jusfilosofia, a relação homem/ser e o fundamento do direito não possuem um caráter de uma ligação estabelecida entre duas coisas que poderiam existir isoladamente, senão constitui um conjunto original para se dizer o direito. A conexão é pensada a partir da *cura*, deixando de ser pensada a partir de uma simples relação.

O homem não pode ser pensando dissociado do fundamento do direito, como um “ente” a parte. O direito não pode pensar o homem como objeto ou ente, senão pensado na sua totalidade (HAAR, 1997). Mas será que o magistrado, no momento da decisão judicial, só encontra aquilo que ele já compreendeu? Será que o Direito é apenas um conjunto de normas axiologicamente neutras, em que o magistrado o vê com um olhar redutor, restrito e abstrato, reduzindo-o a um ente subsistente? O direito deve ser pensado a partir do pensamento filosófico que determinará a nossa primeira compreensão das coisas, graças a compreensão do ser do ente disponível (a essência do pensamento jurídico é a compreensão do ser no seu acontecer).

Ora, dessa maneira, o fundamento do direito requer uma desconstrução, uma disrupção que implique o voltar a trazer à luz para o direito, um fundamento jurídico experimentado a partir da *cura*. O direito não pode ficar soterrado e encoberto como um simples ente. É necessário, pois, um retorno ao fundamento originário do direito, quer dizer, uma experiência de desvelamento do ser em relação à ordem jurídica. Deve-se, portanto, desconstruir decisões judiciais usuais e vazias em sua fundamentalidade de forma a recuperar e reconduzir os fundamentos do direito em direção a *cura*. É, portanto, uma dupla tarefa da teoria jurídica: por um lado, *conceitual*, já que se faz necessário o retorno do fundamento do direito ao seu sentido mais originário e profundo, por outro lado, *apropriativo*, no sentido de apropriação pelo intérprete da utilização da hermenêutica filosófica na esfera jurídica.

3 A COMPREENSÃO EXISTENCIAL DA CONSTITUIÇÃO E A CURA

Em sua obra *Sobre o Humanismo*, Heidegger afirma que o esquecimento da Verdade do Ser em favor da avalanche do ente, não pensado em sua essência, é o sentido da “decadência”, mencionada em *Ser e Tempo* (HEIDEGGER, 1995, p. 53).

A possibilidade da decadência enquanto imersão no mundo tem a sua origem na fuga do *Dasein* (pre-sença) perante si mesmo. A própria pre-sença (*Dasein*) confere a si mesma a possibilidade de perder-se no impessoal e de de-cair na falta de solidez. Isso porque a própria pre-sença prepara para si mesma a tentação constante de de-cair (GMEINER, 1998).

É neste sentido que Ernildo Stein afirma que, na preocupação como decaída está radicada a tendência de senso comum de experimentar o ente real, para poder fugir e se distanciar da verdadeira compreensão do ser. O senso comum desconhece o fato de que somente pode conhecer realmente o ente se o ser já foi conhecido, ou seja, através do viés ontológico (STEIN, 2001, p. 256).

Nas palavras de Heidegger: “*Mas o que propriamente se deve compreender permanece, no fundo, indeterminado e inquestionado; não se compreende que compreender é um poder-ser que só pode ser liberado na pre-sença mais própria*” (HEIDEGGER, 2002, p. 239).

É nesse sentido que Heidegger entende que o ser-no-mundo da de-cadência é em si alienante, já que ocorre o encobrimento do seu poder-ser mais próprio. Essa alienação gera um aprisionamento (prisão) da própria pre-sença em seu sentido mais originário. Dessa forma, Heidegger caracteriza os fenômenos da de-cadência como: tentação, tranquilidade, alienação e aprisionamento (prisão) (HEIDEGGER, 2002, p. 240).

Essa “mobilidade” da pre-sença em seu próprio ser é chamada de precipitação, ou seja, a pre-sença “*se precipita de si mesma para si mesma na falta de solidez e na nulidade de uma cotidianidade imprópria.*” (Ibid.).

Como visto alhures, a cura (cuidado, *sorge*, preocupação) é uma articulação complexa constituída por três elementos: existencialidade (ser-adiante-de-si-mesmo), facticidade (já-ser-no-mundo) e de-cadência (ser-junto-dos-entes-intramundanos) (Ibid., p. 255).

Assim, o *Dasein*, pela compreensão, inaugura uma circularidade. É, pois, uma circularidade hermenêutica. Ou seja, a recíproca relação entre *ser* e *ente* somente ocorre porque há o *Dasein*, isto é, porque há compreensão. Assim, o acesso ao ser é colocado a partir da compreensão do ser e tal compreensão é dada a partir da compreensão que o *Dasein* possui de si mesmo. Nesse sentido, o *círculo hermenêutico* e a *diferença ontológica* são os pilares que suportam a teoria heideggeriana. Em relação à metafísica, colocam-se novos paradigmas: o ser é entendido por um conceito ontológico dado pela compreensão e a diferença entre *ser* e *ente* impede a entificação do ser (matriz da tradição metafísica).

A diferença ontológica é a diferença entre *ser* e *ente*, uma vez que o ser é o elemento através do qual ocorre o acesso aos entes, isto é, sua condição de possibilidade. Essa condição é realizada por meio da compreensão pelo *Dasein*, pelo ser humano que se compreende e que sempre se dá pelo círculo hermenêutico. Dessa forma, a circularidade hermenêutica substitui o modelo da tradição metafísica ancorado na relação sujeito-objeto. De acordo com um modo de ser que lhe é constitutivo, a pre-sença tem a tendência de compreender seu próprio ser a partir daquele ente com quem ela se relaciona e se comporta de modo essencial, primeira e continuamente, a saber, a partir do “mundo”.

A compreensão é a própria abertura do ser-no-mundo, bem como é um existencial. Destarte, todo o compreender é derivado dessa compreensão existencial, que é a própria luz, iluminação, abertura, clareira, revelação do ser-aí, *Alethéia*. Considerando que a compreensão é um existencial, não existe explicação sem a prévia compreensão. Melhor dizendo: o sentido alcançado pela explicação já nos é dado, na própria explicação, ou seja, o sentido faz parte da própria estrutura prévia da compreensão. A compreensão e a explicação constituem existencialmente a pre-sença (ser-aí). Portanto, é a compreensão prévia um existencial do ser-aí que como sua abertura, clareira, luz sempre se apresenta à medida que é buscada. Aí está o círculo hermenêutico. Nas palavras do próprio Heidegger, esse círculo da compreensão “*não é um cerco em que se movimentasse qualquer tipo de conhecimento. Ele exprime a estrutura-prévia existencial, própria da pre-sença.*” (HEIDEGGER, 2002, p. 210).

Segundo Heidegger, nele se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário.¹⁷⁴ O que o filósofo procura mostrar é que devemos compreender as coisas de modo originário e autêntico, “a partir das coisas elas mesmas” desatrelado e desvinculado dos conceitos ingênuos e opiniões que a tradição em si as carrega. Portanto, o círculo da compreensão pertence à estrutura do sentido, cujo fenômeno tem suas raízes na constituição existencial da pre-sença, enquanto compreensão que interpreta. Por conseguinte, o círculo da compreensão sustenta o método fenomenológico hermenêutico de Heidegger.

Como dito alhures, o sentido da pre-sença é dado pela *temporalidade* (*Zeitlichkeit*), ou seja, o tempo é o ponto de partida do qual a pre-sença (ser-ai) sempre compreende e interpreta o seu ser. Dessa forma, o ser-aí é de tal modo que realiza uma compreensão do ser no horizonte do tempo.

174 Heidegger ensina que no círculo da compreensão se esconde o conhecimento mais originário e só pode ser

Por outro lado, a abertura do ser-aí, ou seja, o ser do ser-aí é a preocupação (*cura, surge*). Essa é a luz que constitui a luminosidade da pre-sença, isto é, aquilo que o torna “aberto” e também “claro” para si mesmo. É a cura que se funda toda abertura do pre e a temporalidade ekstática que o ilumina originariamente. Heidegger afirma que somente partindo do enraizamento da pre-sença na temporalidade que se consegue penetrar na possibilidade existencial do fenômeno, ser-no-mundo, que, no começo da analítica da pre-sença, fez-se conhecer como constituição fundamental (Ibid. p. 150).

A abertura essencial do ser do homem é chamada *cuidado, cura, preocupação* e o sentido propriamente temporal da existência enquanto modo de ser humano é a temporalidade. É o pôr à luz com sentido temporal da existência enquanto modo de ser humano. Daí a ontologia da finitude, já que o *Dasein* é finito, isto é, mortal (*Ser e Tempo*, Primeiro Capítulo da Segunda Seção – *A possibilidade da Pre-sença ser-toda e o ser-para-a-morte*).

Assim, Heidegger propõe a tese da finitude do tempo original, em detrimento à tese clássica da infinitude do tempo da natureza. Assim, podemos dizer que não há ser nem tempo senão na medida em que há *Dasein*. O *Dasein* dá a si mesmo o seu tempo. O fundamento ontológico originário da existencialidade da pre-sença é a temporalidade. A totalidade das estruturas do ser da pre-sença articuladas na *cura* só se tornará existencialmente compreensível a partir da temporalidade (HEIDEGGER, 2004, p. 13).

A compreensão do ser é tornada possível mediante a temporalidade ekstática do *Dasein*, ou seja, o tempo passa a ser o *locus* da compreensão do *Dasein*. É, com efeito, no § 65 de *Ser e Tempo* que a temporalidade é revelada como constituindo o sentido do cuidado, *sorge, cura*. Heidegger afirma que “enquanto cura, a totalidade ontológica da pre-sença diz: preceder-se-a-si-mesma-em (um mundo) enquanto ser-junto-a (entes que vêm ao encontro dentro do mundo)” (Ibid., p. 121). Assim o filósofo fixou a articulação da estrutura originária da *cura* na temporalidade. Isso quer dizer que o *Dasein* (pre-sença) nunca perde a sua integralidade; que ela perdura no tempo, porque ele é formado por momentos inseparáveis uns dos outros. Daí Heidegger falar em estrutura do ser-aí. Esta estrutura fundamental é chamada ser-no-mundo.

apreendido de modo autêntico, se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos e “chutes”. Ela deve, na elaboração da posição prévia e concepção prévia, assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas. Isto porque a compreensão, de acordo com seu sentido existencial, é o poder-ser da própria pre-sença, as pressuposições ontológicas do conhecimento histórico ultrapassam, em princípio, a ideia de rigor das ciências mais exatas. A matemática não é mais rigorosa do que a história. É apenas mais restrita, no tocante ao âmbito dos fundamentos existenciais que lhe são relevantes (HEIDEGGER, 2002, p. 210).

Pertence à estrutura ontológica da pre-sença uma compreensão do ser. É sendo que a pre-sença está aberta para si mesma em seu ser. Há que se buscar uma abertura mais abrangente e mais originária dentro da própria pre-sença (*Dasein*) (HEIDEGGER, 2002, p. 245) (GRONDIN, 1987).

Daí que a fórmula existencial pela qual Heidegger explicita o ser do *Dasein* como Cuidado (Cura) é preceder-a-si-mesmo-em (um mundo) enquanto ser-junto-a (um ente intramundano que vem ao encontro) (HEIDEGGER, 2004, p. 110) (GADAMER, 1997). É, portanto, a temporalidade que torna possível a unidade da existencialidade, da faticidade e da decadência, enquanto momentos estruturais do cuidado (*cura*). Todavia, o mundo é, ao mesmo tempo, o “lugar” do passado-presente-futuro: temporalidade.

É, pois, a partir do viés ontológico que a Constituição deve ser compreendida e aplicada. A copertença entre o homem e o ser deve ser posta, originariamente, no fundamento da Constituição a partir da *cura*. O *homem* e o *ser* são o mesmo em sua fundamentalidade. Daí a importância de um caminhar em direção a um direito natural ontológico em que a *cura* possa delinear o fundamento do direito.

O pensamento heideggeriano caminha no sentido de analisar o homem não como um ente em meio aos outros entes (estrutura ôntica), mas procura analisar o homem a partir da abertura que nele é a própria manifestação do ser.

Na conferência Tempo e Ser, Heidegger procura pensar o ser, perpassando pela análise do tempo autêntico, naquilo que lhe é mais próprio, qual seja: *Ereignis*, ou seja, um retorno ao fundamento, à origem.

É nesta linha que a compreensão da constituição é um existencial e deve estar ancorada a um fundamento do direito natural ontológico. Não se trata, pois, de um jusnaturalismo modelado pela natureza, pela divindade, identificado com a razão ou a partir de uma natureza de valores (viés axiológico). Aqui caminhamos em direção a um direito natural transcendental, não clássico, de cariz ontológico, na medida em que o transcendental se refere ao ultrapassamento do ente em direção ao seu ser (diferença ontológica).

Tudo isto é muito importante porque o julgador não deve olhar o caso concreto de forma objetivamente dada, com olhar desinteressado que é, por excelência, o olhar das ciências matemáticas. Mas esta análise deve buscar o verdadeiro modo de ser do caso jurídico, um olhar a partir do homem referido as suas possibilidades (poder-ser). Heidegger afirma que

“encaminhar na direção do que é digno de ser questionado não é uma aventura, mas um retorno ao lar.” (HEIDEGGER, 2002, p. 58). Este é um dos grandes desafios da teoria jurídica na contemporaneidade: pensar o direito a partir do seu fundamento mais digno de ser questionado, ou seja, compreender a constituição a partir de seu existencial acolhido e permeado pela cura (cuidado, *sorge*, preocupação).

4 CONCLUSÃO

O direito deve estar ancorado no ser-aí (*Da-sein*) e a dignidade da pessoa humana na *cura* (ser do ser-aí). Isto significa dizer que há um caminho possível: um caminhar na direção de um direito natural (não-clássico) de significado ontológico. Coloca-se em primeiro plano, como uma espécie de meta norma, a dignidade da pessoa humana iluminada pela cura (cuidado, *sorge*). É esta luminosidade orientadora que vai colorindo progressivamente os fundamentos do direito.

A dignidade da pessoa é a âncora de fundamentalidade do ordenamento jurídico, vista e orientada a partir de um viés ontológico. A *cura* (cuidado) dá a legitimação do direito. Melhor dizendo: a dignidade da pessoa humana vista a partir de um *locus* originário vai orientar as bases das instituições sociais, políticas e jurídicas de uma sociedade.

É a *cura* que iluminará uma espécie de “mínimo existencial” da condição humana que vai lastrear e fundamentar um direito global (universal) da sociedade. Isto porque há de se reconhecer as diferenças identitárias e o relativismo cultural das diversas comunidades e suas legítimas opções.

O novo direito natural (neojusnaturalismo) finca, portanto, suas raízes na pessoa, a partir de sua *ek-sistência* (nível ontológico). Ainda que possamos considerar uma diversidade cultural em várias sociedades, fica, claro, que existe um mínimo de unicidade e convergência entre elas que será sempre o “ser pessoa”, a pessoa na sua essência. Não é a pessoa vista a partir dos níveis ôntico, normativo ou axiológico, senão ontológico. É, pois, uma viragem para a analítica existencial e, por conseguinte, a abertura de possibilidades para a leitura existencial da constituição.

Ôntica é toda a consideração (teórica e prática) do ente que se relaciona aos caracteres do ente como tal, sem destacar o seu ser; já o viés ontológico, pelo contrário refere-se ao direcionamento do ser ente.

A problematização desta pesquisa consistiu, pois, em harmonizar o fundamento do direito natural a questão do ser, a partir de um viés ontológico. Como visto, a ideia de homem em *Ser e Tempo* é um “poder ser”. A possibilidade é o próprio sentido do conceito de existência (neste caso, leia-se ek-sistência). Daí é possível afirmar que o fundamento do direito se desloca para a essência do homem, o seu existir. A essência do homem é a sua existência. Aqui, vele lembrar, mais uma vez, que o termo existência não é o da realidade (fenômeno ôntico), o termo existência deve restar entendido no sentido de ek-sistere, isto é, ultrapassar a realidade simplesmente dada em direção a sua possibilidade (nível ontológico).

Assim, o direito natural, não clássico, de cariz ontológico, é transcendental no sentido de ultrapassamento do homem como algo dado (entificado, coisificado) em direção ao seu ser. Isto significa dizer que o fundamento do direito se recoloca no plano ontológico. Frise-se não é mais um direito natural baseado no cosmos, em Deus, na razão, senão no homem em sua ek-sistência (conforme a analítica existencial de Heidegger).

O fundamento do ordenamento jurídico está fincado no ser do homem referido a possibilidades (poder-ser) num diálogo concreto num mundo de coisas e pessoas (ser-no-mundo). Ek-sistência, Da-sein, ser-no-mundo, ser-aí, estar-aí são, pois, sinônimos. É o homem situado na forma de projeto; um estar lançado a possibilidades.

Ora, assim, torna-se necessário o abandono do papel puramente *descritivo* das normas jurídicas, em especial, das normas constitucionais, com vistas a ser uma força normativa constitutiva do homem historicamente situado visto e analisado a partir da *cura*.

Daí a necessidade de uma reflexão crítica dos fundamentos do direito tendo como ponto de partida a questão da *cura* e do sentido do homem e sua consequente mutabilidade social, isto é, a partir desta compreensão do direito, espera-se respostas concretas historicamente adequadas, a partir das novas questões que surgem na sociedade hodierna.

Pensar e compreender o Direito em sua forma mais originária entrelaçado e fundamentado a partir da *cura*. Este é o desafio em direção às sendas da realização da tutela da dignidade da pessoa humana. É um pensar o Direito com as lentes voltadas para o mais essencial: a dignidade humana como fundamento e meta norma. Ao reconhecermos a dignidade

humana como meta norma faz com que se busque o ser no âmbito do homem e, por conseguinte, se considere o próprio homem ek-sistente como o fundamento mais originário do ordenamento jurídico.

O esquecimento da Verdade do Ser em favor da “coisificação” do Direito, não pensado em sua essência, é o sentido de sua decadência. Sem a percepção desta essência todo o esforço e o cuidado para se “dizer o direito” transborda no vazio. As normas jurídicas em abstrato devem ganhar mais plenitude e colorido se a exegese deixar de ser considerada uma hermenêutica de orientação metodológica-científica (modo de conhecer) para ser direcionada a hermenêutica ontológica (modo de ser).

A dogmática jurídica não pode esconder as vicissitudes da realidade material (mundo vivido) que o Direito deve tutelar, em especial, nas questões diretamente relacionadas ao Homem, sua dignidade e personalidade.

A partir desse *lôcus hermenêutico*, a relação jurídica deve ser compreendida como a realização do Direito, inserida no seu contexto histórico-cultural. É a realização do direito conduzida por uma questão prévia: a sintonia do Direito com os cânones da tutela da dignidade da pessoa humana. Daí a necessidade de uma nova racionalidade a partir de uma perspectiva ontológico-existencial (MELLO, 2006).

Melhor dizendo: é a possibilidade de análise do fenômeno jurídico a partir de suas vicissitudes totalitárias concretas no mundo da vida. É a relação jurídica ajustada a uma nova dinâmica social de inter-relação humana vista a partir de suas especificidades concretizantes. É justamente por isso que os operadores do direito precisam ajustar a dogmática jurídica ao novo, ao efêmero, ao *poder-ser*, a diversidade, à diferença, ao pluralismo, bem como enfrentar as relações jurídicas a partir de sua dinamicidade espaço-tempo cultural. O jurista não pode fechar os olhos para esta nova realidade, refugiando-se num formalismo positivista que prescindia de aproximações com a hermenêutica filosófica e constitucional.

A noção de dignidade da pessoa humana vai se conformando, a partir do momento em que o Direito é desvelado a partir da ec-sistência. Pois é ec-sistindo que o homem pode pensar a Verdade do Ser. A ec-sistência do homem é uma ec-sistência histórica. O que se percebe é a necessidade de contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana. O homem é, em sua Essência, primeiro ec-sistente na abertura do Ser.

A concretização da dignidade da pessoa humana nesta perspectiva caminha na direção da Essência do homem, isto é, na direção da Verdade do Ser (o homem mais do que o *animal rationale*). É, pois, o humanismo do Direito que pensa a humanidade do homem na proximidade do Ser.

Daí que o substrato material da dignidade da pessoa humana somente será desvelado se o operador do direito caminhar inicialmente em direção ao seu fundamento mais originário, qual seja: Dasein, ser-no-mundo, ser-aí, pre-sença. É a partir deste locus hermenêutico que se irradiam os preceitos e regras que orientará o homem, experimentado a partir da ec-sistência do Ser, historicamente situado.

Somente na ec-sistência do homem na Verdade do Ser é que o Direito poderá ser (des)velado de forma legítima constituindo o lugar originário de sua dignidade e personalidade.

Reitera-se, que a pessoa, a partir de sua realidade ontológica, permeada pela *cura* é o ser cuja essência e ek-sistência destinará o fundamento do direito. De igual modo é caracterizada pela cura, cujos traços de sociabilidade, solidariedade, alteridade, reconhecimento, autonomia e mínimo existencial se desvelam em todas as suas cores e matizes. A cura e a noção de dignidade da pessoa se entrelaçam e ilumina o ponto de partida necessária para a compreensão do direito a partir de um viés da ontologia fundamental. Este é, pois, um caminhar em direção de um direito natural (não clássico) visto e compreendido existencialmente. Dito de outra forma: o fundamento do direito compreendido a partir da essência da pessoa. É uma viragem cujo fundamento do direito está centrado na ontologia, uma vez que a *cura* desvela e ilumina as questões fundamentais da pessoa no ordenamento jurídico.

É, pois, um salto. E o salto sugere uma ruptura. Uma dupla ruptura com o homem enquanto sujeito e o ser enquanto fundamento da ordem jurídica, ambos acolhidos pela cura (cuidado, preocupação, *sorge*). É um salto para o interior da espiral hermenêutica, saltamos para a pertença de homem e a cura como fundamento originário do direito. Nessa dimensão mais originária do direito, visto e compreendido a partir do homem em sua essência (pertencimento de homem e o ser), encontramos o fundamento do direito em sua plenitude, cuja tonalidade é a *cura*. O cuidado (cura, preocupação, *sorge*) fornece a estrutura ontológica do *Dasein*. É uma compreensão do direito cuja condição de possibilidade revela-se com a estrutura da cura (cuidado). Aqui, o fundamento do direito aproxima-se do sentido da ek-sistência humana.

A essência do direito e a compreensão existencial da constituição só será possível através do conhecimento do ser desta coisa, o conhecimento ontológico da constituição. O conhecimento ontológico da constituição somente será possível a partir de um projeto de horizonte, um estar-lançado, uma compreensão do ser. A essência do direito aponta para a dignidade da pessoa não como princípio constitucional, mas vai além, vista e compreendida como fundamento do próprio ordenamento jurídico pensada e justificada a partir da cura. O homem em sua ek-sistência acolhido pela cura coloca-se perante novas possibilidades (poder-ser) de fundamentalidade jurídica, abrindo, pois, caminhos para um novo direito natural não clássico de cariz ontológico.

Pensar o direito é preocupar-se com a sua essência. O pensamento jurídico não é uma relação sujeito-objeto e, de alguma forma intemporal. Ao contrário, o direito é um *sendo* (baseado em Heráclito), a dignidade está sempre em processo de mutação e desenvolvimento, vista e compreendida a partir da própria ek-sistência. As nossas relações sociais, jurídicas, práticas e teóricas somente as mantemos com as coisas e pessoas por existirmos e relacionarmos com o ser. É, pois, uma relação preliminar e original que é a ontologia. Por isso pode-se dizer que o fundamento do direito é sem fundo, abissal, pois não se associa a nenhum fundamento objetificante da metafísica ocidental. Trata-se de procurar o fundamento do direito que esteja alinhado com a essência da pessoa, sua dignidade e seus respectivos substratos. Dessa forma, a questão é ontológica: relação do homem e seu poder-ser. É uma recondução da questão do fundamento do direito em relação a existência humana. A essência do homem consiste em existir o que significa dizer que o fundamento do direito deve partir da questão do ser. Daí a necessidade de realizar um salto – uma transcendência. É uma transcendência porque provoca uma ultrapassagem da compreensão do ente (verdade ôntica) para a compreensão do ser (verdade ontológica), constituindo, portanto, a existência humana. Eis a razão da denominação de um direito natural “transcendental” não clássico.

Somente compreendemos a ek-sistência a partir do Dasein. Ele é ser-no-mundo. O Direito é um sendo, é um acontecer, é uma abertura de possibilidades. O ser deve ser compreendido a partir do homem em seu próprio acontecer, historicamente situado. A hermenêutica, com o viés da ontologia fundamental, procura interrogar o ser por meio da historicidade e da temporalidade do ser-aí, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica.

É certo que na civilização moderna o conceito de pessoa brilha como estrela de primeira grandeza em seus mais diversos matizes nos campos da Moral, do Direito, da Filosofia, da Antropologia, da Sociologia, da Psicologia, da Religião, etc. Daí as diversas linhas teóricas e paradigmas que possuem como epicentro o conceito de pessoa. Nesta perspectiva torna-se difícil à busca de uma definição precisa acerca da dignidade da pessoa humana, em especial, na seara jurídica.

A despeito da interrogação filosófica sobre o homem no correr dos séculos, considerando o paradigma heideggeriano, é na dimensionalidade da cura, (cuidado, *sorge*, preocupação) que a dignidade da pessoa humana e a sua personalidade se desvelarão, uma vez que neste espaço o homem não é um ente, senão o *aí-do-ser*. É um novo paradigma de fundamentação do direito, já que pautado na dimensionalidade ontológica da pessoa humana.

Ainda hoje, com raras exceções, o dizer o Direito nos chega por meio de um pensamento jurídico alienante e silente, pautado em um positivismo legalista. Angustiante por natureza, a busca desenfreada pela segurança jurídica sufoca cada vez mais o pensar original. Um sistema jurídico axiologicamente neutro, a-temporal, a-histórico já representa um perigo a ser evitado e uma ameaça a ser controlada pelos juristas. O pensamento jurídico que concebe o direito sem o devido cuidado (cura, *sorge*) é considerado um pensamento infundado que esquece o verdadeiro problema a que deveria prestar-se atenção. O sentido do cuidado (cura) é a temporalidade. Heidegger não fundamenta a temporalidade na dimensão da consciência. Ora, as coisas chegam ao ser apenas enquanto se situam no projeto lançado (abertura de possibilidades, estar lançado) do *Dasein*, e este somente se desvela enquanto cuidado (cura).

A dignidade da pessoa humana acolhida pela *cura* deve ser reconhecida pelo Direito, não como questão de validade da norma jurídica, senão como sentido do ser, como algo preexistente e anterior a todo fenômeno jurídico. É uma espécie de *a priori* do conhecimento na ontologia como hermenêutica da faticidade, como analítica existencial.

Dessa maneira a compreensão existencial da constituição está umbilicalmente entrelaçada com a dignidade da pessoa humana e a cura, não sendo, pois, uma compreensão empírica de algo enquanto algo, e sim condição de possibilidade desta última. É necessário, pois, que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana seja reconduzido a uma matriz existencial. Melhor dizendo: é o homem reposicionado em sua *ec-sistênc*ia.

REFERÊNCIAS

DUBOIS, Christian. **Heidegger: Introdução a uma Leitura**. Tradução Bernardo Barros Coelho de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GMEINER, Conceição Neves. **A Morada do Ser: Uma abordagem filosófica da linguagem na leitura de Martin Heidegger**. São Paulo: Loyola, 1998.

GRONDIN, Jean. *Le Tournant dans la Pensée de Martin Heidegger*. Paris: Presses Universitaires de France, 1987.

HAAR, Michel. **Heidegger e a Essência do Homem**. Tradução Ana Cristina Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ensaio e Conferências**. 2.ed. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Ser e Tempo**. Parte I. 12.ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Ser e Tempo**. Parte II, Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 11.ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p.13.

_____. **Sobre o Humanismo**. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p.53.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Hermenêutica e Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

NUNES, Benedito. **Heidegger & Ser e Tempo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de; SOUZA, Ricardo Timm de. (Org.) **Fenomenologia**

Hoje: Existência, ser e sentido no alvorecer do século XXI. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

PALMER, E. Richard. **Hermenêutica.** Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude:** Estrutura e Movimento da Interrogação Heideggeriana. Ijuí, Rio Grande do Sul: Unijuí, 2001, p.256.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia.** Tradução Marina Gascón. 4.ed. Madrid: Trotta, 2002.