

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

MARIA ROSILENE DOS SANTOS

A CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS NA
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

POUSO ALEGRE-MG
2012

MARIA ROSILENE DOS SANTOS

A CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS NA
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Dissertação apresentada como exigência parcial
para obtenção do Título de Mestre em Direito
Constitucional ao Programa de Pós-Graduação da
Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.

MARIA ROSILENE DOS SANTOS

A CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS NA HERMENÊUTICA
FILOSÓFICA

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ___/___/___

Banca Examinadora

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Agostinho Oli Koppe Pereira
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Pouso Alegre - MG

2012

Aos meus pais que contribuíram de forma
ímpar na concretização deste meu
objetivo.

AGRADECIMENTO

Ao Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni, orientador e incentivador do meu trabalho de Pós-Graduação na Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Aos Profs.(a) Drs.(a) Alexandre Gustavo Franco Melo Bahia, Dierle José Coelho Nunes, Elias Kallas Filho, Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, Gustavo Ferraz de Campos Mônaco, Irene Patrícia Nohara, José Luiz Quadros de Magalhães, Liliana Lyra Jubilit e Renato Maia pelo estímulo e importantes sugestões.

Aos Srs.(as) mestrandos da 1ª turma de mestrado da FDSM: Ana Silvia Marcatto Begalli, Angela Limongi Alvarenga Alves, Gabriela Soares Balestero, Ludimila Ferreira Teixeira, Marco Aurélio de Oliveira Silvestre, Régis Willyan da Silva Andrade, Rosyanne Silveira da Mata Furtado, Vitor Ribeiro Romeiro e Wellington Clair de Castro, indistintamente, pela atenção, auxílio e amizade.

À Luiz Donato Coura Júnior pelo auxílio, paciência e incentivo.

Aos meus amigos Marta Gizeli e Régis Willyan pelo conforto de suas amizades.

“É muito melhor arriscar coisas grandiosas, alcançar triunfos e glórias, mesmo expondo-se a derrota, do que formar fila com os pobres de espírito que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem nessa penumbra cinzenta que não conhece vitória nem derrota”.

(Theodore Roosevelt)

RESUMO

SANTOS, Maria Rosilene dos. A Concepção de Princípios Jurídicos na Hermenêutica Filosófica. 2012. 141f. **Dissertação** (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, MG, 2012.

O ordenamento jurídico é composto por um conjunto de normas no qual estão inseridos os princípios. Estes princípios estão dispostos no ordenamento jurídico de forma expressa ou não, e em decorrência disso surgem para os intérpretes jurídicos dúvidas quanto à interpretação do sentido destes princípios, e conseqüentemente, dúvidas quanto à aplicação deles frente ao caso concreto. Assim, com o intuito de buscar o sentido dos princípios, a presente pesquisa visa analisar estes princípios a partir de uma interpretação hermenêutica jurídico-filosófica do texto legal em conjunto com os princípios jurídicos. Para tanto, se faz necessário uma análise reflexiva sobre a concepção dos princípios jurídicos que seja adequada aos ideais do Estado Democrático de Direito e que tenha como objetivo o equilíbrio da tensão entre constitucionalismo e democracia e que garanta a efetividade dos direitos fundamentais. Com isso se verifica que a interpretação dos princípios, assim como do texto legal, não pode ser realizada de forma metódica, pois para que seja obtido o sentido do ser é necessário que ele se desvele ao intérprete a partir do seu mundo vivido. E isto só é possível por meio da linguagem, da historicidade do ser, que desnuda o mundo prático do ser em seu ser-aí. Diante disso, se verifica que toda e qualquer interpretação hermenêutica jurídico-filosófica que busque o sentido do ser sempre entenderá os princípios como co-originários da norma, e não como meta-critérios de solução de lacunas.

Palavras-chave: Princípios. Hermenêutica Filosófica. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

SANTOS, Maria Rosilene dos. The Development of Legal Principles in Philosophical Hermenêutics. 2012. 141f. **Dissertation** (Master in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, MG, 2012.

The legal system is composed of a set of rules which are embedded in the principles. These principles are arranged in the legal system explicitly or not, and as a result, there arises for interpreters legal doubts about the interpretation of the meaning of these principles, and therefore doubts as to their application against the case. Thus, in order to seek the meaning of the principles, this research aims to examine these principles from a legal-philosophical hermeneutic interpretation of the legal text in conjunction with legal principles. Thus, it is necessary to a reflective analysis on the design of the legal principles that is appropriate to the ideals of a democratic state and that aims to balance the tension between constitutionalism and democracy and to ensure effectiveness of fundamental rights. Thus it appears that the interpretation of principles as well as the legal text, can not be performed in a methodical manner, as to give the sense of being is necessary for him to unveil the interpreter from their lived world. And this is only possible through language, the historicity of being, which lays bare the practical world of being in its being-there. Thus, it appears that any and all legal and philosophical hermeneutic interpretation that seeks the meaning of being always understand principles such as co-originating from the norm, and not as a meta-criteria solution gaps.

Keywords: Principles. Philosophical Hermenêutics. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CRÍTICA HERMENÊUTICA AO RACIONALISMO DAS CIÊNCIAS SOCIAIS	17
1.1. O Problema do Método nas Ciências sociais.....	17
1.2. A Contribuição de Heidegger à Filosofia Hermenêutica.....	25
1.3. As limitações do Positivismo Jurídico.....	30
1.4. O Problema da Resposta Correta no Neopositivismo Jurídico de Hans Kelsen.....	39
2. A COMPREENSÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO	44
2.1. A Historicidade da Compreensão Hermenêutica.....	44
2.2. O Círculo Hermenêutico.....	49
2.3. O Princípio da História Efetual.....	54
2.4. Interpretação, Compreensão e Aplicação do Direito.....	59
3.A COMPREENSÃO HERMENÊUTICA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	66
3.1. Concepções Tradicionais de Princípios.....	66
3.2. A Linguagem como Horizonte Hermenêutico dos Princípios.....	77
3.3. Crítica às Concepções Tradicionais de Princípios.....	82
3.4. O Horizonte Linguístico dos Princípios.....	94
4.OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NA CONCEPÇÃO HERMENÊUTICA	99
4.1. O Horizonte de Sentido dos Princípios.....	99
4.2. O Equilíbrio entre Constitucionalismo e Democracia.....	106

4.3. Hermenêutica e Efetividade dos Direitos Fundamentais.....	123
4.4. Hermenêutica e a Resposta Correta (Adequada à Constituição).....	116
CONCLUSÃO	127
REFERÊNCIAS	137

INTRODUÇÃO

Nesta investigação procurar-se-á estabelecer uma reflexão sobre a concepção de princípios adequada aos ideais do Estado Democrático de Direito, ao equilíbrio da tensão entre constitucionalismo e democracia e à efetividade dos direitos fundamentais, à luz da Hermenêutica Constitucional da tradição hermenêutica de Gadamer.

Desde o positivismo clássico do Século XIX, a cultura jurídica ocidental viu triunfar o direito positivo sobre o direito natural. Desde então se passou a entender o direito como um conjunto de normas gerais que regulamentavam a vida dos seres humanos atribuindo regras para uma vida em sociedade, e consequentemente, para atingir um bem comum.

Os princípios são garantias de ordem de uma sociedade, sendo eles positivados (expressamente) ou não, eles são constituintes das normas que garantem a efetivação de direitos fundamentais dos sujeitos. Mas, nem sempre foi assim, haja vista que os princípios antes de serem positivados eram tidos como princípios gerais do direito e que, posteriormente, a partir do constitucionalismo, foram positivados, de forma expressa, alguns princípios na Constituição dos Estados, principalmente, com a função de servir como elementos de governo na aplicação de políticas públicas.

Diante disso, surge no campo do direito os problemas de sentido dos princípios: O que são princípios? Para que servem? Pois, se são métodos de interpretação como decidir entre um ou outro princípio-método que terá mais relevância em relação ao outro? Ou, até mesmo, se são métodos, como garantem a satisfação dos direitos fundamentais? Ou por outro lado, os princípios são normas? São constituintes das normas e co-originários às regras?

Problemas estes que se forem entendidos fora do contexto hermenêutico jurídico-filosófico garantir-se-á, ao intérprete do texto legal, um poder discricionário para escolher qual princípio terá maior relevância. Ou qual princípio será superior ao outro. E, para, além disso, se imporia cada vez mais ao judiciário uma tarefa extraordinária de instrumento concretizador de políticas públicas, e consequentemente, a impossibilidade de se garantir a efetividade dos direitos fundamentais, pois não basta uma ordem para o Estado fazer, o Estado Democrático de Direito tem que ter

condições de efetivá-las. Com isso, o problema dos direitos fundamentais atinge outro âmbito, que é a capacidade do Estado em ser um Estado Democrático de Direito que garanta a efetividade dos direitos primordiais dos sujeitos.

Neste sentido, se verificará que os conflitos podem, por vezes, demandar mais ou menos dificuldade na interpretação da norma de acordo com o caso concreto. Ou seja, a subsunção do fato à norma poderia ser obtida de forma simples e fácil (“*easy cases*”), ou no caso de impossibilidade de uma subsunção, *a priori*, uma subsunção do fato à norma, se deveria, então, recorrer a uma interpretação frente aos casos difíceis.

A norma, assim, deve ser entendida no seu âmbito geral, a qual engloba não só as regras, mas também os princípios, que também estão inseridos e positivados no conjunto normativo superior que é Constituição do Estado.

Estes princípios surgiram no ordenamento jurídico como princípios gerais do Direito, não tendo nenhuma referência expressa no corpo textual legal. Eram princípios que não possuíam conceitos definidos, de ordem de direito natural, ou por vezes tidos como regulamentações que decorriam dos subsistemas normativos que derivavam de ideias políticas, sociais e jurídicas, ou ainda, como máximas reconhecidas no campo do ordenamento jurídico.

Com a positivação dos princípios no texto normativo, ou pela constitucionalização dos princípios, àqueles princípios gerais do direito passaram a constar expressamente na Constituição e com isso surge, doutrinariamente, a denominação de princípios constitucionais.

Com isso, se verifica que durante o positivismo lógico jurídico, os princípios eram tidos como critérios para suprir as supostas aberturas ou falhas das regras jurídicas sob o pretexto de um fechamento do sistema jurídico. Ou seja, na ausência de regras regulamentadoras sobre o caso concreto, o intérprete se valia dos princípios para sanar tais lacunas. Os princípios, portanto, eram tidos como um elemento metódico para a concretização do fato à norma. Com isso, as interpretações passaram a ter cunho subjetivo dos intérpretes, pois a estes foram delegados poderes para escolherem qual princípio era mais adequado para suprir as lacunas e se amoldar ao caso concreto.

Isso também se verificará, mesmo após o positivismo lógico, com o advento do pensamento pós-positivista, pois os princípios continuaram desprovidos de conceitualização predominante. Com isso, surgiram no âmbito interpretativo, inúmeras

tentativas de se estabelecer conceitos aos princípios com o fim precípua de inseri-lo no contexto compatível ao Estado Democrático de Direito.

Exemplo disso, é a construção procedimental do conceito de princípios como uma espécie de “mandado de otimização do direito”, em que se defende que o intérprete, por meio da ponderação de valores entre princípios, teria o poder de escolher quais dos princípios conflitantes teriam mais peso sobre o outro. Ou seja, qual valor de princípio preponderaria sobre o outro. Já, no plano substancial, se verifica uma conceituação mais material e conteudística dos princípios, entendendo-os como uma enunciação do que já fora enunciado. Como normas de sentido deontológico com função principal de desvelar o sentido que a norma traz por meio do seu enunciado.

Com isso, diante destas (para citar somente estas) concepções de princípios surge uma questão pertinente, que constitui a problemática central desta pesquisa, que é saber, dentre as várias concepções pós-positivistas de princípios, como a perspectiva hermenêutica encaminha seu horizonte de sentido dos princípios jurídicos, no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o objetivo desta pesquisa será investigar como a hermenêutica jurídico-filosófica encaminha uma reflexão sobre o problema da compreensão do horizonte histórico-linguístico dos princípios fundamentais e que ganhos essa concepção pós-positivista de direito produzirá em relação à concepção tradicional, positivista, de interpretação e aplicação do direito.

Para serem atingidos esses resultados, no que segue procurar-se-á destacar as principais críticas da hermenêutica ao racionalismo no campo das ciências sociais em geral e, em especial, ao positivismo jurídico, para demonstrar como será possível uma compreensão hermenêutica do direito. E assim, a partir dessa visão hermenêutica do direito em geral, que se articula o círculo hermenêutico, os princípios da história efetual e o fenômeno da historicidade da compreensão da cultura jurídica prática, se tornará possível investigar como a hermenêutica possibilita uma compreensão autêntica dos princípios jurídicos, sinalizando as críticas às concepções tradicionais de princípio, a historicidade-linguística dos princípios fundamentais e a relação entre essa concepção hermenêutica e as exigências do Estado Democrático de Direito. Em especial o equilíbrio entre constitucionalismo e democracia e a efetividade dos direitos fundamentais-sociais.

No campo dos direitos fundamentais será possível verificar que a temática principiológica é um assunto de interesse importante para a realização prática do

direito, que está incluso nas Constituições dos Estados e que merece uma abordagem mais aprofundada, haja vista que existem inúmeros estudos esparsos referente a esta questão. Neste sentido, se pretenderá, por meio da presente pesquisa, analisar como a hermenêutica filosófica da tradição Heidegger-Gadamer constitui o sentido dos princípios, para que ao fim se possa obter um resultado que contribua aos operadores do direito não só no nível teórico, mas, sobretudo, no nível da realização prática dos direitos fundamentais.

Assim, a partir desta conceituação hermenêutica jurídico-filosófica de princípios, será possível que o intérprete da norma legal se desvincule da metafísica tradicional da relação sujeito-objeto e do conseqüente discricionarismo decisório, haja vista a ontologização do sentido do ser e a inserção da linguagem como fio condutor para uma compreensão/interpretação adequada dos princípios como co-originários e constitutivos das regras. Com isso, se verificará que, em tempos de pós-positivismo e neoconstitucionalismo, a legitimidade dos direitos fundamentais (princípios) pressuporá um equilíbrio entre a segurança do constitucionalismo e a dinâmica da democracia.

No plano societário, a conceituação hermenêutica jurídico-filosófica dos princípios proporcionará uma autêntica legitimidade e efetividade dos direitos fundamentais. Isso porque, a partir do constitucionalismo os princípios são chamados à instituição da norma, pois são tidos como normas, garantindo assim que os direitos fundamentais sejam aplicados. Tanto a efetividade, quanto a legitimidade, são questões relacionadas exatamente com a tensão entre constitucionalismo e democracia. Já que a efetividade dos direitos fundamentais pressupõe a positivação das políticas públicas do Estado na forma do direito constitucional, ao mesmo tempo em que a sua legitimidade pressupõe a sua definição mediante processos democráticos plurais.

Para serem atingidos esses resultados, esse programa de investigação utilizará como método, a fenomenologia da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, que se propõe a fugir das regras metódicas das ciências humanas numa perspectiva crítica da metafísica. E assim, por meio da hermenêutica filosófica, tornar-se-á possível analisar como a razão deve ser recuperada na historicidade do sentido por meio da auto-compreensão do intérprete. Como o sujeito faz uma análise como participante e intérprete da tradição histórica, da interpretação da norma se valendo de uma interpretação das suas próprias tradições. Um interpretar de modo progressivo em que haverá uma auto-compreensão de quem interpreta.

Com base nisso, se verificará que a hermenêutica filosófica insere a interpretação no contexto interpretativo, e com isso se tem a denominada “Virada Hermenêutica” do texto para a auto-compreensão do intérprete onde “Ser que pode ser compreendido é linguagem”.

Nesse sentido afirmar-se-á a importância da hermenêutica filosófica após a virada linguística na qual passou a ser considerada como condição de possibilidade de superação dos velhos paradigmas para um conhecimento dos acontecimentos reais.

Uma hermenêutica filosófica que possui duas dimensões que serão analisadas na interpretação: a dimensão hermenêutica e a dimensão apofântica, ou seja, um nível que estrutura a compreensão, sendo mais aprofundável e um nível mais explicitativo, lógico. Ou seja, o Círculo hermenêutico. Círculo que rompe com a relação sujeito-objeto e conseqüentemente pretende impedir uma decisão de cunho subjetivista ou objetivista que são característicos do pensamento metafísico, o qual a hermenêutica busca ultrapassar.

Com o auxílio dos pensamentos hermenêuticos de Lênio Luiz Streck será possível perceber a inserção da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer no campo da aplicação do direito no Estado Democrático de Direito. E assim, conseqüentemente, será realizada uma análise da interpretação e aplicação dos princípios jurídicos dentro da instituição do direito.

Para tanto será analisado no primeiro capítulo o problema do racionalismo das ciências sociais que introduziu os métodos de interpretação, e que posteriormente com a filosofia hermenêutica de Heidegger, a interpretação do sentido do ser ganha outros rumos, principalmente, em oposição aos limites do positivismo jurídico e do neopositivismo jurídico de Hans Kelsen.

No segundo capítulo será abordada a compreensão hermenêutica do direito, tendo como referencial teórico Hans-George Gadamer a partir da sua hermenêutica filosófica que insere a historicidade na compreensão dos princípios. E é por meio desta historicidade que ao intérprete serão atribuídos inúmeros questionamentos e possibilidades de respostas, aos quais compreenderão um círculo hermenêutico da compreensão. Círculo este que perfaz a análise da consciência histórica efetual diante da compreensão, interpretação e aplicação do direito.

Na mesma linha hermenêutica jurídico-filosófica o terceiro capítulo será desenvolvido a partir da compreensão hermenêutica dos princípios jurídicos, no que para tanto, deverão ser analisadas e criticadas as concepções tradicionais de princípios

para então chegar-se-á a inserção da linguagem como horizonte hermenêutico dos princípios.

Por fim, espera-se no quarto e último capítulo analisar a concepção hermenêutica jurídico-filosófica dos princípios fundamentais no seu horizonte histórico-linguístico. O horizonte do sentido hermenêutico dos princípios que garanta o equilíbrio entre o constitucionalismo e democracia, além da garantia da eficácia dos direitos fundamentais, e com isso, a obtenção de uma resposta correta ou adequada à Constituição.

1. CRÍTICA HERMENÊUTICA AO RACIONALISMO DAS CIÊNCIAS

1.1. O Problema do método nas ciências sociais

O papel da filosofia com relação à ciência começou a ser tema de discussão no início do século XX. Com isso, o objetivismo científico tornou-se questão problemática a ser analisada, haja vista a tendência por parte da racionalidade científica moderna em atribuir uma objetividade aos fenômenos.

Esse objetivismo, também pode ser conhecido como a relação “sujeito-objeto”, ou seja, um modo exegético-positivista de se compreender e interpretar textos normativos. A objetividade dos textos a ser interpretado se sobrepunha ao sujeito intérprete, em razão de uma suposta suficiência do texto normativo que dispensava qualquer participação do sujeito nesta interpretação.

Havia um racionalismo metodológico, ou seja, havia a concepção positivista de que a ciência era a única fonte de conhecimento verdadeiro. Que todo conhecimento existente advinha da especulação racional. Ou seja, os racionalistas pretendiam chegar à verdade, por meio da razão, por meio da ciência que “conhecia” os atos dos sujeitos sociais. Com isso, se tem a problemática do uso do saber (científico) para manipulação instrumental do mundo, e conseqüentemente, exurgiu a questão da pretensão de validade, ou seja, um questionamento em saber se a base fática utilizada pelas ciências para a correção normativa é verdadeira, correta ou não.

Lenio Streck diz que:

na Escola de Exegese toda a norma era geral, e o juiz – em face da cisão entre fato e direito – ficava restrito ao exame dos fatos, a partir de uma subsunção. Tratava-se do império objetivista do texto produzido pela vontade geral. A vontade geral atuava como prévia fundamentação. O juiz era a “boca que pronunciava a lei”.¹

Ocorre que:

a pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método para produção do conhecimento científico no direito.

¹STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 378.

Isso levou – de acordo com a atmosfera intelectual da época (problemática que, entretanto, ainda não está superada) – a uma aposta em *uma racionalidade teórica asfixiante* que isolava/insulava todo contexto prático de onde as questões jurídicas realmente haviam emergido. Melhor dizendo, essa racionalidade teórica possibilitou – e continua a possibilitar – a “entender” o direito em sua “autônoma objetividade”. Ou ainda em outras palavras, os fatos sociais, os conflitos, enfim, a faticidade, não faziam parte das “preocupações” da teoria do direito. Portanto, ironicamente, a pretensão estabilizadora e cientificizante do positivismo jurídico acabou por criar uma babel resultante da separação produzida entre questões teóricas e questões práticas, entre validade e legitimidade, entre teoria do direito e teoria política.²

É uma tendência de “coisificar” os fenômenos numa ótica idealista da metafísica que não reconhece os fenômenos concebidos pela consciência como integrantes do conhecimento. Com isso a crítica do objetivismo se tornou proposição fundamental para a passagem crítica da metafísica para uma filosofia em razão da controvérsia entre método cientificista e método crítico.

Surgiu então, no direito, o pensamento contraposto ao objetivismo por meio das correntes subjetivistas que afirmavam o caráter individual da norma, isso porque não só o texto legal era feito pelo sujeito (legislador) assim como a norma extraída do texto também era interpretada pelo sujeito (intérprete). Neste caso, houve uma “subjetividade assujeitadora de um sujeito que se considera ‘proprietário dos sentidos (abstratos) do direito’ e que nada ‘deixa’ para a faticidade”.³

A partir desta subjetividade verifica-se a existência de uma discricionariedade interpretativa-decisória realizada pelo intérprete. Lenio Streck observa que esta discricionariedade⁴ denominada como discricionariedade do “*sub-jectum*” “*dis-põe*” dos sentidos do direito. Com isso tal discricionariedade transforma a decisão em um “álibi” para os atos de vontade do intérprete.⁵

Diante disso a questão sujeito-objeto tornou-se um método insuficiente para a aplicação do direito, pois havia a necessidade de um conhecimento metodológico com base em uma forma, de um molde que não conseguia exprimir todas as possibilidades adstritas ao sujeito e ao objeto. Ora dispunha de um objetivismo acirrado porque o

²STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p.418.

³STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 422.

⁴“Ora, na medida em que sempre há um déficit de previsões, as posturas positivistas ‘delegam’ ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), além de dar azo à tese de que o direito é (apenas) um conjunto de normas (regras). Em consequência, a interpretação jurídica é transformada em filologia, forma refinada de negação da diferença ontológica. E também não se pode, a pretexto de superar o problema da arbitrariedade (subjetivista-axiologista) do juiz, ‘desonerá-lo’ da ‘tarefa’ de elaboração de discursos de fundamentação, que, na teoria do discurso de Habermas e Günther, dão-se (sempre) *prima facie*.” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 364.

⁵STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p.422.

sentido estava nas coisas, ora de um subjetivismo incontrolável porque impunha o sentido diante da consciência do sujeito.

É o que, embora utilizando outros referenciais teóricos, verifica Edgar Morin ao dizer que “[o] Os maiores progressos das ciências contemporâneas são obtidos quando o observador é reintegrado à observação. Tal atitude é logicamente necessária, afinal todo o conceito remete não apenas ao objeto concebido, mas ao sujeito conceituador”.⁶

A partir disso, surgiu no direito outro problema do racionalismo, que foi o problema do método. Para Ernildo Stein, a discussão sobre o problema do método surge com Hegel que criticava a filosofia por não haver um conceito suficiente de método das ciências, “algo mais preciso sobre ‘o método deste movimento ou da ciência’ isto é, da Filosofia”.⁷

Mas foi com o pensamento de Martin Heidegger que a crítica ao método racionalista conquistou níveis mais profundos de inteligência. Com a fundação da sua filosofia hermenêutica, Heidegger pretendeu desenvolver uma nova categoria para a compreensão do mundo, contrária à subjetividade e baseada em um novo entendimento, que ele denominou de analítica existencial.

Esse movimento filosófico, por uma superação do racionalismo nas ciências, não aconteceu, somente, no campo da filosofia, mas em todas as áreas das ciências. Com isso, se pode observar, também, em outros referenciais teóricos a importância dessa superação. Para Edgar Morin, por exemplo, o racionalismo deve ser abandonado inclusive no âmbito das ciências da natureza:

Hoje, o próprio princípio do método cartesiano deve ser *metodicamente* posto em dúvida, além da disjunção dos objetos entre si, das noções entre elas (as idéias claras e distintas) e da disjunção absoluta do objeto e do sujeito. Hoje a nossa necessidade histórica é de encontrar um método que detecte e não que oculte as ligações, as articulações, as solidariedades, as implicações, as imbricações, as interdependências, as complexidades.⁸

A partir, então, desses problemas verifica-se (retornando à perspectiva filosófica), a importância do pensamento de Hans-George Gadamer, que inseriu uma possível proposta de superação desses problemas, em continuação à tradição hermenêutica de Heidegger. Ou seja, enquanto Heidegger explicitou a fenomenologia

⁶MORIN, Edgar. **O método 1: a natureza da natureza**. Trad. Ilana Heineberg. Porto Alegre: Sulina, 2002, p. 23.

⁷STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano**. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983, p. 14.

⁸MORIN, Edgar. **O método 1: a natureza da natureza**. Trad. Ilana Heineberg. Porto Alegre: Sulina, 2002, p. 29.

da compreensão em termos de uma filosofia hermenêutica, Gadamer procurou desenvolver essa fenomenologia radicalizando a hermenêutica como compreensão lingüística do mundo, a partir da qual a linguagem passou a ser concebida como condição de possibilidade do mundo e não mais meramente como mediação.

Por essa razão, a importância dos pensamentos hermenêutico-filosóficos de Gadamer⁹ para a presente pesquisa que os têm com referencial teórico. Isso porque, a sua hermenêutica filosófica tem por finalidade a edificação de um modo de conhecer filosófico que busca analisar “o que nos acontece além do nosso querer e fazer”.¹⁰ Ou seja, um modo de conhecer hermenêutico-filosófico distante daquela relação sujeito-objeto típico da metafísica.

Para Gadamer, o fenômeno da compreensão, assim como a maneira de se interpretar o compreendido, se tornou um problema hermenêutico o que englobaria toda a experiência do homem no mundo. Porém, contrariando a tradição do racionalismo moderno, o fenômeno hermenêutico não buscou uma análise de um conhecimento seguro por meio de métodos, mas o compreender e o interpretar das coisas, fenomenologicamente.¹¹

Gadamer buscou, assim, entender as ciências do espírito por meio do fenômeno hermenêutico, como uma experiência superior, que a distinguiu de qualquer outro método histórico próprio de investigação da história da filosofia. Ou seja, ele era contra toda e qualquer pretensão de transformação do conhecimento em método pela ciência clássica e pretensão de uma universalidade da metodologia científica,

Para entender este fenômeno hermenêutico, se deve recorrer ao que Gadamer propôs como uma espécie de liberação da questão da verdade a partir da experiência da arte, ou seja, a superação da dimensão estética presente nas ciências do espírito que compreendem a si mesmas por meio de uma analogia ao processo indutivo das ciências da natureza. Isso pode se verificado em Gianni Vattimo, que apesar de ser adepto à outros referenciais teóricos, ele observa que

⁹GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes, Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007.

¹⁰GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 14.

¹¹“Compreender e interpretar textos não é um expediente reservado apenas à ciência, mas pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo. Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. Não se interessa por um método de compreensão que permita submeter os textos, como qualquer outro objeto da experiência, ao conhecimento científico. Tampouco se interessa primeiramente em construir um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicos da ciência, embora também aqui se trate de conhecimento e de verdade. Ao se compreender a tradição não se compreendem apenas textos, mas também se adquirem discernimentos e se reconhecem verdades”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes, Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p. 29.

o objetivo de Gadamer é recuperar a arte como experiência de verdade, contra a mentalidade cientificista moderna, que limitou a verdade ao campo das ciências matemáticas da natureza, relegando todas as outras experiências, mais ou menos explicitante, ao domínio da poesia, da pontualidade estética, do *Erlebnis*. (...). Pode-se dizer que a arte é experiência de verdade se é experiência autêntica, isto é, se o encontro com a obra modifica realmente o observador.¹²

A formação da humanidade, na contemporaneidade, estava intimamente ligada à constante evolução do conceito de cultura, o que influenciava no aperfeiçoamento das aptidões e faculdades humanas. E esta formação evolutiva da humanidade-cultural contraria justamente aquele estilo de ciências do espírito que “pressupõem[unham] que a consciência científica já é[ra] algo formado, possuindo assim esse tato verdadeiramente inapreensível e inimitável, que sustentava a formação do juízo e o modo de conhecimento das ciências do espírito, como um elemento”.¹³

É o *sensus communis* que também influenciou a humanidade desde a Antiguidade, como ressalta Gadamer ao dizer que “não significa somente aquela capacidade universal que existe em todos os homens, mas também o sentido que institui comunidade”.¹⁴ Isso porque a “atividade do juízo - de subsumir o particular no universal, de reconhecer algo como o caso de uma regra – não pode ser demonstrada logicamente”.¹⁵

Com esta formação cultural (senso comum) Gadamer observa a compreensão da experiência da obra de arte – como também dos princípios jurídicos e de toda a experiência jurídica – como um fenômeno hermenêutico, tendo em vista que a verdade da obra é obtida a partir da vivência, da experiência hermenêutica, do seu modo de ser, seu contexto e historicidade. Com isso, Gadamer refuta todo e qualquer tipo de método.¹⁶

É a partir desta linha de pensamento que a ontologia dos princípios e seu significado tomaram um cunho hermenêutico, pois não importava uma consciência

¹²VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.122.

¹³GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 51.

¹⁴GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes, Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p. 57.

¹⁵GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 69.

¹⁶“Veja-se, nesse sentido, as percutientes críticas e advertências acerca desse assunto feitas por Marcelo Cattoni, Álvaro Souza Cruz, Menelick de Carvalho Neto e Lúcio Chamon, que melhor detectaram essa problemática em terras brasileiras. Já a opção pela hermenêutica filosófica implica trabalhar, mais do que com a viragem lingüística, com o giro ontológico (*ontologische Wendung*), com o que ser e ente (na adaptação que fiz para a hermenêutica jurídica, norma e texto) somente subsiste a partir da diferença ontológica, o que implica igualmente evitar qualquer tipo de dualismo metafísico (palavras e coisas, questão de fato e questão de direito, essência e aparência, para referir apenas estas). Optar pelo paradigma hermenêutico (fenomenologia hermenêutica, de matriz heidggero-gadameriana) implica **abandonar qualquer possibilidade de uso de métodos, metamétodos ou metacritérios interpretativos ou a ponderação** (em etapas ou não).” Grifamos. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito*. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 373-374.

estética do belo, ou uma verificação da verdade ou uma reflexão da correção normativa, mas sim a experiência do direito, o seu modo de ser. Porém, importante verificar que a norma jurídica não é um objeto frente ao sujeito, mas que o verdadeiro ser do direito é obtido quando ele se torna uma experiência transformadora do sujeito que a experimenta.¹⁷

Neste sentido, embora utilizando outros referenciais teóricos, concorda Edgar Morin ao afirmar sobre a falsa racionalidade de se ter um conhecimento especializado de tudo, de se “abs-trair” ou extrair um objeto de seu contexto ou conjunto (disjunção) causa uma dificuldade de se atingir o cerne da questão.¹⁸

Trata-se de entender o pensamento que separa e que reduz, no lugar do pensamento que distingue e une. Não se trata de abandonar o conhecimento das partes pelo conhecimento das totalidades, nem da análise pela síntese; é preciso conjugá-las. Existem desafios da complexidade com os quais os desenvolvimentos próprios de nossa era planetária nos confrontam inelutavelmente.¹⁹

Por outro lado, seguindo uma linha mais crítica, Karl Popper também conclui que “devemos encarar *todas as leis ou teorias como hipotéticas ou conjecturais*; isto é, como suposições”.²⁰ Isso porque “nenhuma quantidade de asserções de teste verdadeiras justificaria a alegação de que uma teoria explanativa universal é verdadeira”,²¹ ou até mesmo porque “*o método da ciência é o método de conjecturas ousadas e de tentativas engenhosas e severas para refutá-las*”, ou seja, nenhuma teoria contém a verdade eterna, apenas uma aproximação da verdade melhor do que outra teoria.

Karl Popper espera, assim, que com a existência do denominado “terceiro mundo”,²² ele pudesse contribuir à teoria da compreensão hermenêutica. Para isso, Karl Popper diz:

¹⁷“O ‘sujeito’ da experiência da arte, o que fica e permanece, não é a subjetividade de quem a experimenta, mas a própria obra de arte”. GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 155.

¹⁸ “Desse modo, o século XX viveu sob o domínio da pseudo-racionalidade que presumia ser a única racionalidade, mas atrofiou a compreensão, a reflexão e a visão em logo prazo. Sua insuficiência para lidar com os problemas mais graves constituiu um dos mais graves problemas para a humanidade. Daí decorre o paradoxo: o século XX produziu avanços gigantescos em todas as áreas do conhecimento científico, assim como em todos os campos da técnica. Ao mesmo tempo, produziu nova cegueira para os problemas globais, fundamentais e complexos, e esta cegueira gerou inúmeros erros e ilusões, a começar por parte dos cientistas, técnicos e especialistas”. MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Trad. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; revisão técnica de Edgard Assis Carvalho. 6. ed. São Paulo: Cortez; Brasília-DF: Unesco, 2002, p. 45.

¹⁹MORIN, Edgar. **O método 1: a natureza da natureza**. Trad. Ilana Heineberg. Porto Alegre: Sulina, 2002, p. 46.

²⁰POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**; Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975.p. 20.

²¹POPPER, Karl Raimund. Op. cit., p. 17.

²²Popper faz uma análise epistemológica (estudo do grau de certeza do conhecimento científico) no que apresenta o denominado “terceiro mundo” que seria um mundo de “*conteúdos objetivos de pensamento*, especialmente de pensamentos científicos e poéticos e de obras de arte” em contrapartida ao primeiro e segundo mundo, de estados materiais e estado de consciência, respectivamente. Este terceiro mundo trabalha com uma significação objetiva, de conteúdo lógico objetivo em que a informação

Começarei aqui partindo da admissão de que *a compreensão de objetos pertencentes ao terceiro mundo* é que constitui o problema central das humanidades. Isto, parece, afastar-se radicalmente do dogma fundamental aceito por quase todos os estudiosos das humanidades (como o termo indica) e especialmente por aqueles que estão interessados no problema da compreensão. Refiro-me, naturalmente, ao dogma de que os objetos de nossa compreensão pertencem principalmente ao segundo mundo, o de que devem, de qualquer modo, ser explicados em termos psicológicos. Admitidamente, as atividades ou processos cobertos pelo guarda-chuva do termo “compreensão” são atividades subjetivas, ou pessoais, ou pessoais, ou psicológicas. Devem ser distinguidas do *produto* (mais ou menos bem sucedido) dessas atividades, de seu resultado: o “estado final” (por enquanto) da compreensão, a compreensão, pode ser também um objeto de terceiro mundo, especialmente uma teoria; e o último caso é, em minha opinião, o mais importante. Encarada como um objeto de terceiro mundo a interpretação será sempre uma teoria; por exemplo, uma explicação histórica apoiada por uma corrente de argumentos e, talvez por evidência documentária.²³

Embora Karl Popper possua outros referenciais teóricos, os objetivos hermenêutico-filosóficos de superação da metodologia típica da tradição racionalista também são por ele comungados. No entanto, a sua visão crítica o impede de ver um detalhe importante no que diz respeito à constituição linguística do mundo.

Neste sentido também, Edgar Morin, que também é adepto a outros referenciais teóricos, observa que

a qualidade do sujeito garante a autonomia do indivíduo. Contudo, este pode ser submetido. Ser submetido não significa ser dominado de fora, como um prisioneiro ou um escravo; significa que uma potência subjetiva mais forte impõe-se no centro do programa egocêntrico e, literalmente, subjuga o indivíduo, que acaba possuído dentro de si mesmo. Assim, o sujeito (no sentido autônomo do termo) pode tornar-se sujeito (no sentido dependente do termo) quando o Superego Estado, Pátria, Deus ou Chefe prepondera dentro do programa de inclusão, ou quando o Amor subjuga o professor Unrath a Lola Lola, no *Anjo azul*. Podemos ser possuídos subjetivamente por um Deus, um Mito, uma Idéia, e é essa idéia, esse mito, que, instalados como um vírus no programa egocêntrico, nos comandará, imperativamente, enquanto cremos servir voluntariamente.^{24,25}

E este autor ainda ressalta que:

Foi a partir dessa aptidão que o indivíduo humano tomou consciência de si, objetivando-se no seu “duplo”, pois o espírito humano pôde se auto-examinar, praticar a introspecção, a auto-análise, o diálogo consigo mesmo. Paradoxo: objetividade só pode vir de um sujeito. Idéia inacreditável para quem subjetivamente nega toda existência ao sujeito.

ou a mensagem transmitida só tem significação por meio do que foi dito ou escrito, de forma transcendental (feito pelo homem, sobre-humano ao mesmo tempo).

²³POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975, p. 157-158.

²⁴MORIN, Edgar. **O método 5**: a humanidade da humanidade. Trad. Juremir Marchado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 79.

²⁵A referida obra *Anjo azul* é um clássico alemão baseado na história do rígido e severo Professor Unrath que se apaixona por Lola Lola que é uma cantora de cabaré. Eles se casam, mas a vida de casados se torna desastrosa no que leva à ruína daquele professor. Cfr. Disponível em: < <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/cultura/leni.htm> > Acesso em: 20 dez. 2011.

O ponto capital é que cada sujeito humano pode considerar-se ao mesmo tempo, como sujeito e objetivar o outro enquanto o reconhece como sujeito. Infelizmente, é capaz de parar de ver a subjetividade dos outros e considerá-los somente como objetos. A partir daí, torna-se “inumano”, pois deixa de ver a humanidade deles ou, ao contrário, só pode amar ou odiar cegamente.²⁶

Neste sentido, Gadamer verifica que toda interpretação deve ser temporal. A temporalidade é o próprio modo de ser da compreensão. Daí que *toda repetição é tão original quanto à própria obra*,²⁷ porque ter-se-á sempre uma produção do sentido dos princípios jurídicos e não uma mera reprodução, haja vista o conteúdo temporal implícito. Um fenômeno natural pode ocorrer em vários lugares e ser diferente em cada um deles em decorrência do conteúdo histórico, da experiência do modo de ser da obra de cada lugar.

Isso porque, toda representação/apresentação de uma obra interpretada é produção de uma obra nova, e que em decorrência disso, foi acrescentado à obra um conteúdo da experiência. Isso acontece, por exemplo, na pretensão de padronização da experiência jurídica na forma de súmulas vinculantes, que na realidade não tem nenhum teor relativo aos julgamentos por precedentes do direito inglês e norte-americano, isso porque o precedente é um caso específico (possui o nome dos envolvidos) que é apreciado e julgado por um juiz ou tribunal, e para que seja usado como precedente, as peculiaridades dos casos (atual e o precedente) devem ser semelhantes, e até mesmo o fato ser correlato à norma.

Neste sentido, Lenio Streck analisa as súmulas (denominadas vinculantes) como aquelas que buscam um retorno daquele positivismo racional, como oposição a positividade da relação sujeito-objeto. Para Lenio Streck existe uma necessidade de se ter tudo expresso em texto, e

por isso, é possível dizer que quem transforma as súmulas vinculantes em um “mal em si” são as suas equivocadas compreensão e aplicação. Explico: pensa-se, cada vez mais, que, com a edição de uma súmula, o enunciado se autonomiza da faticidade que lhe deu origem. É como se, na própria *commom law*, a *ratio decidendi* pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da ‘questão de fato’. Se isso é crível, então realmente a súmula e qualquer enunciado ou verbete (e como gostamos de verbetes, não?) será um problema. E dos grandes. E como respondo a isso? Com uma “exigência hermenêutica” que se traduz na frase de Gadamer: só

²⁶MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade**. Trad. Juremir Marchado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 80.

²⁷GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes, Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p. 181.

podemos “compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido”.²⁸

Lenio Streck ainda observa que:

As súmulas, assim como os ementários que (pré)dominam as práticas judiciárias, tem a pretensão de possuírem uma substância comum a todas “as demandas” (causas). Isso explica as razões pelas quais *não mais discutimos causas no direito e, sim, somente teses*. Essas teses transformadas em super-enunciados – proporcionam “respostas antecipadas”. No fundo trata-se de um “sonho” de que a interpretação do direito seja isomórfica.²⁹

A hermenêutica filosófica, neste sentido, se ocupa da compreensão de textos de modo amplo que, por consequência, ultrapassa a consciência estética. E por isso pode-se concluir que “a compreensão deve ser entendida como parte do acontecimento semântico, que se forma e realiza o sentido de todo enunciado. Tanto os enunciados da arte quanto os de qualquer outra tradição”.³⁰ Inclusive, as tradições jurídicas.

Com isso verifica-se que, a partir de uma análise hermenêutica, a expectativa de uma reconstrução das condições originais de sentido de um texto ou de uma experiência não pode ser auferida como originais, face à historicidade do ser. Parafraseando Gadamer, se pode concluir que a simples restituição do passado não é suficiente para que se possa chegar à essência do espírito histórico, mas sim por meio da correlação desta restituição do passado com a vida atual, com o pensamento do mundo-vivido que se é possível chegar ao sentido do ser.

1.2. A Contribuição De Heidegger À Filosofia Hermenêutica

Em decorrência desta problemática sobre o método cientificista, se verifica que não há como discutir sobre os conceitos do ser sob um olhar exterior ao objeto, muito menos sem se pretender fixar tais conceitos a partir do mundo vivido do ser.

²⁸STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. constituição, hermenêutica e teoria discursivas da possibilidade à necessidade de resposta corretas em direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. Assim também para Gadamer, em termos mais gerais, quando afirma que: “A imagem é um processo ontológico; nele o ser torna-se uma fenômeno visível e pleno de sentido. O caráter original da imagem, portanto, não se limita à função “copiadora” da imagem, e nem sequer ao domínio particular da pintura e da escultura “figurativas”, do qual, por exemplo, a arquitetura ficaria totalmente excluída. O caráter original da imagem é, antes, um momento essencial que encontra seu fundamento no caráter representativo da arte. A “idealidade” da obra de arte não pode ser determinada através da relação com uma idéia como um ser a ser imitado, reproduzido, mas como diz Hegel com o “aparecer” da própria idéia. A partir do fundamento de uma tal ontologia da imagem, torna-se duvidosa a primazia do quadro pintado sobre madeira, que faz parte de um acervo de pinturas e que corresponde à consciência estética. Ao contrário, o quadro guarda uma relação indissolúvel com o seu mundo.” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p. 205.

²⁹STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.71.

³⁰GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 231.

A partir da tendência metodológica das ciências modernas de querer impor um método à filosofia, Heidegger partiu de uma discussão metodológica que tinha como base um método adequado à questão própria da filosofia, na qual consistia em três concepções diferentes de método:

Do método científico que toma formas específicas, dependendo das ciências que o utilizam; do método próprio da Filosofia que se desenvolve desde Descartes e perpassa toda a metafísica da subjetividade; e do método que o Filósofo esboça de forma provisória no §7 de *Ser e Tempo* e que se revela em exercício nas principais instâncias de sua obra filosófica, dando-lhe unidade e dimensão especulativa.³¹

É uma nova concepção de método (método fenomenológico³²) que pretendia ser contrário à subjetividade,³³ ao ponto de Ernildo Stein ter observado tal pretensão como se fosse um “retorno ao fundamento da metafísica, tanto sob o ponto de vista do portador da metafísica, através da analítica existencial, quanto sob o ponto de vista da história da metafísica, através de um confronto sistemático-crítico com a História da Filosofia”.³⁴

Heidegger se desponsa com a introdução de estudos filosófico-hermenêuticos em uma época em que preponderavam métodos da relação sujeito-objeto. Ou seja, como assim observa Ernildo Stein:

É preciso não apenas coragem para subverter da maneira como Heidegger o fez, a questão do princípio da razão e a questão do fundamento, basilares em toda a tradição. Sem um método que dê coerência e sentido, tentativas destas desembocam em experimentos sem consistência. Somente a maneira de ver fenomenológica pôde conduzir a uma ruptura da rigidez de categorias como transcendência, finitude, liberdade.³⁵

No entanto, esta nova categoria de pensamento de Heidegger se fundou em modelo binário de velamento-desvelamento. Ou seja, o método fenomenológico de Heidegger procurou pensar o ser numa concepção de ser-velado, encoberto pelo pensamento subjetivo que necessitava ser descoberto, desvelado pela história do seu próprio ser. Esta nova concepção está ligada à questão do sentido do ser (do ser-aí). O

³¹STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983, p. 17.

³² HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I e II. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universidade São Francisco. 2005.

³³ “A subjetividade que assim caracteriza a metafísica ocidental é por isso o sinal e a causa do esquecimento do ser. Causa porque nela se esconde a atitude ingênua diante do ser-aí na medida em que este não é visto em seu caráter ambíguo na relação com o ser; sinal que é preciso ser interpretado para se compreender a estrutura binária e ambígua do ser-aí para então se problematizar a ‘essência da metafísica’ considerada mesmo intocável como área que nenhum questionamento filosófico pode ultrapassar”. STEIN, Ernildo. Op. cit., p. 126.

³⁴ STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983, p. 21.

³⁵STEIN, Ernildo *In*: HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência do fundamento. A determinação do ser do ente segundo Leibniz. Hegel e os gregos**. Trad. e notas com uma introdução ao método fenomenológico heideggeriano de Ernildo Stein. Revisão de José Geraldo Nogueira Moutinho. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971, p.10.

mostrar do ser como coisa mesma, em que a compreensão e a interpretação do ser passavam a ser analisadas, ontologicamente, como uma forma de interpretação da presença, do ser-no-mundo a partir dele mesmo – do “ser-em como tal”.^{36,37}

A compreensão do ser teve início com um projetar-se dele mesmo para possibilidades de interpretação, isto é, “um poder-ser que repercute sobre a presença das possibilidades enquanto aberturas”.³⁸ Por isso da afirmativa de que sempre compreendemos para interpretar e não o inverso, como assim observa Lenio Streck.³⁹

Todo conhecimento do ser baseado na sua temporalidade exige uma abertura, um desvelamento em que faz surgir uma transcendentalidade. Nisso reside a meta da fenomenologia hermenêutica,⁴⁰ do ser-aí que é “a explicação do tempo como o horizonte transcendental da questão do sentido do ser. O tempo fundado na temporalidade do ser-aí é transcendental porque conota a abertura do ser-aí”.⁴¹

A ação interpretativa possui significado a partir da elaboração das possibilidades do ser que são projetadas na compreensão. É o descobrir algo a partir dele mesmo, a partir da circunvisão do seu ser. Tudo que se tem à disposição é compreendido como isto ou aquilo, e esse “como” é a interpretação.

É o entender de tudo que se põe à nossa frente numa articulação de aceção do seu ser. Um objeto que é posto a nós para ser interpretado será apreendido de forma livre, de maneira meramente compreensiva, e ao mesmo tempo, será transposto em seu sentido levando em consideração o ser-no-mundo. Com isso tem-se a interpretação do ser.

Neste sentido a assertiva em dizer que não há como traçar limite quanto ao início ou fim dos atos de uma interpretação. Pois o “como” interpretativo não se distingue do ato de compreender. Na realidade ambos os atos fazem parte de um todo,

³⁶HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Trad. de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed.. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universidade São Francisco. 2005, p. 184-227.

³⁷“O mundo da vida não se apresenta, portanto, para Heidegger como um desafio para a radicalidade reflexiva, mas antes a reflexão recebe dele seu objeto e movimento. O mundo da facticidade do ser-aí era para Heidegger a área em que se impunha o problema do ser caso se quisesse fugir do objetivismo ingênuo”. STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano**. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983, p. 47.

³⁸HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Trad. de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed.. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universidade São Francisco. 2005, p. 204.

³⁹STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. 46 – n.1, Coimbra: Coimbra, 2005, p. 66-77.

⁴⁰Fenomenologia hermenêutica, segundo Stein surge em razão da escolha do método por meio do entendimento de fenômenos na filosofia que almejava elaborar uma ontologia, mas que ao ser utilizada pelos pensamentos de Heidegger sofreu influência de uma base a hermenêutica. Por isso uma fenomenologia de cunho hermenêutico. STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano**. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983, p. 82.

⁴¹STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano**. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983, p. 67.

pois a partir do momento em que se compreende algo como tal é sinal de que isto já foi interpretado diante de uma circunvisão da experiência do ser-no-mundo. Isso porque, se aquilo que se vê ou se interpreta faz sentido, quer dizer que já havia uma posição prévia compatível (implícita) sobre aquele ser objeto da compreensão.⁴²

Heidegger afirma que interpretar é a “estrutura-como”, que está

numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata se compraz em se basear nisso que “está” no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação necessariamente já ‘põe’, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.⁴³

Com isso a interpretação se move num campo circular em que sempre se movimenta no já compreendido e dele se faz compreender de modo adequado. Ou seja, o sentido de algo dado como possibilidade na articulação de sua compreensão é o modo como se articula na interpretação.⁴⁴

O juízo (a proposição) que é obtido de algo por meio de uma “demonstração que [se] determina através da comunicação”,⁴⁵ ganha sentido, na medida em que se funda na compreensão de uma interpretação. Há assim um círculo hermenêutico da finitude porque o ser não acontece sem o ser-aí.

Este círculo interpretativo compreende em um “como” hermenêutico de existencialidade, que busca uma interpretação baseada na compreensão do mundo da vida, em contrapartida ao “como” apofântico da proposição que determina o que simplesmente foi dado. “Toda delimitação formal do círculo da compreensão já é resultado da própria consciência de que o autor se movimenta nele”,⁴⁶ porque “sempre antecipamos o horizonte a partir do qual compreendemos tal e tal coisa”.⁴⁷

Podemos assim afirmar que seria o modo de encontro/confronto entre a compreensão e a interpretação, pois a partir do momento que se discute algo, ou que se

⁴²“A pre-sença só ‘tem’ sentido na medida em que a abertura do ser-no-mundo pode ser ‘preenchida’ por um ente que nela se pode descobrir. *Somente a pre-sença pode ser com sentido ou sem sentido*. Isso significa: o seu próprio ser e o ente que se lhe abre podem se apropriados na compreensão ou recusados na incompreensão”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I e II. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed.. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universidade São Francisco. 2005, p. 208.

⁴³HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 207.

⁴⁴“É por isso que o método fenomenológico que se aplica ao fenômeno no sentido fenomenológico consiste em mostrar aquilo que em seu próprio ato de manifestação se vela.” STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983, p.73.

⁴⁵HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 214.

⁴⁶STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Coleção ensaios – política e filosofia. Ijuí-RS: Unijuí, 2001, p. 250.

⁴⁷STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Op. cit., p. 254.

desvela seu sentido por meio da interpretação, a sua compreensão já dada deixa de ser estática (“como-hermenêutico”) e passa a ser discutida, iluminada. Ao fim desta interpretação o seu conteúdo se tornará indiscutível (“como apofântico”), até o momento em que for submetida a uma nova compreensão que a levará ao “como hermenêutico” e, por conseguinte ao “como apofântico”, e assim por diante.

Neste sentido verificamos que o ser-aí está limitado a manifestar o ser por meio do velamento, ou seja, há uma finitude do ser-aí. O “ser-aí, portanto, é pensando e compreendido como finitude em função da finitude da compreensão do ser. O ser é finito porque é compreendido pelo ser-aí que é finito enquanto preocupação e temporalidade”.⁴⁸

Por meio da disposição e da compreensão tem-se a abertura do ser-no-mundo, ou seja, o ser é apresentado de forma a garantir possibilidades para uma interpretação apropriada dele mesmo. E interpretação a partir do veículo condutor e articulador que é o discurso. Isso porque,

o discurso é um existencial originário da abertura, constituído primordialmente pelo ser-no-mundo, ele também deve possuir, em sua essência, um modo de ser especificamente *mundano*. A compreensibilidade do ser-no-mundo, trabalhada por uma disposição, se *pronuncia como discurso*. A totalidade significativa da compreensibilidade *vem à palavra*. Das significações brotam palavras. As palavras, porém, não são coisas dotadas de significados.⁴⁹

No discurso a pre-sença, o ser-aí dos princípios jurídicos se pronuncia a partir do momento que está ali para se abrir ao mundo. O que se comunica é o que foi apreendido dos princípios, e por isso se acha exterior, desvelado. “o que se pronuncia é justamente o estar fora, isto é, o modo cada vez diferente da disposição (ou do humor) que, como se indicou, alcança toda a abertura do ser-em”.⁵⁰

Diante disso, aquela abstração do ente de forma objetiva havida naquela relação sujeito-objeto perde totalmente seu sentido quando, por meio de Heidegger, se chega ao ente pelo recurso transcendental (historicidade) da compreensão do ser pelo ser-aí.⁵¹

⁴⁸STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Op. cit., p. 295.

⁴⁹HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis/RJ, Bragança Paulista/SP: Editora Vozes: Universidade São Francisco. 2005, p.219.

⁵⁰HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis-RJ Vozes; Bragança Paulista-SP: Universidade São Francisco. 2005, p. 221.

⁵¹“o ser-aí não pode exercer a função de fundamento, o que ainda era típico da subjetividade da filosofia moderna e da fenomenologia de Husserl.” STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983, p. 149.

No entanto, é importante ressaltar que toda interpretação dos princípios jurídicos só foi possível porque houve uma conexão entre o discurso e a compreensão que resultou numa compreensibilidade que se tornou clara a partir da escuta. Ou seja, o ser-aí dos princípios só foi transmitido porque havia um sujeito que, a princípio, compreendeu o que ouviu e porque ouviu.⁵²

Assim como o homem se entifica (se mostra como um ente) no discurso, os princípios e toda experiência jurídica também se mostram a partir do discurso, que se compreende na disposição, compreensão, interpretação e proposição da sua presença, do seu ser-aí.

Esta, portanto, foi a contribuição de Heidegger, isso porque “[a] manifestação hermenêutica do ser enquanto fenômeno que o homem realiza é a própria mensagem que recebe do ser. Se o homem realiza um papel hermenêutico é porque o ser faz com que comunique e assim possibilita a comunicação de sua mensagem”⁵³. A diferença ontológica somada ao círculo hermenêutico procura extirpar a subjetividade, a representação e objetificação do ser. “Não entificar o ser, identificando-o com o ente ou um ente significa, para Heidegger, superar a metafísica”.⁵⁴

Ou seja, Heidegger rompe com a metafísica clássica que designa sentido a partir das coisas (“coisificação” do ser), e com a metafísica moderna que atribui sentido ao ser a partir da consciência do sujeito (subjetividade), do cientificismo das ciências sociais que se reconheciam (erroneamente) como suficientes portadores do conhecimento jurídico.

Os pensamentos filosófico-hermenêuticos de Heidegger contribuem, assim, para o que podemos denominar de uma pós-metafísica que atribui sentido na linguagem e a partir dela. Heidegger propõe uma superação do pensamento metafísico por meio do *Dasein*, ou seja, do ser-aí, do ser no seu mundo vivido. Ele insere o mundo do ser na sua interpretação e aplicação. Uma transcendentalidade do sentido do ser que é apresentada ao intérprete que desde já compreende o ser, haja vista a insuficiência do ente (objetivismo) em revelar o sentido do ser. Ou seja, a tentativa de superação das limitações do positivismo jurídico.

⁵² “[s]omente quem já compreendeu é que poderá escutar”. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I e II. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis-RJ Vozes; Bragança Paulista-SP: Universidade São Francisco. 2005, p. 223.

⁵³ STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. Op. cit., p.91.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 207.

1.3. As Limitações Do Positivismo Jurídico

Quando se fala em positivismo jurídico, hoje, torna-se importante distinguir as diversas concepções que existiram, ao menos a partir da modernidade. A primeira expressão positivista do direito foi com a Escola da Exegese, na França do Século XIX, que partia de uma concepção legalista do direito, segundo a qual todo o direito se continha, exclusivamente, nos textos legais positivados, em especial no Código Civil de Napoleão. Mas após o desenvolvimento de várias escolas da interpretação e da metodologia da decisão jurídica, tais como a Escola Histórica do Direito, o Movimento do Direito Livre, a Jurisprudência dos Conceitos, dos Interesses e dos Valores, e por fim com o neopositivismo lógico de Hans Kelsen, o pensamento positivista foi sendo alterado.

O positivismo jurídico foi uma manifestação típica de ordenamento de um conjunto de regras e métodos para dar validade ao direito, e com isso a ciência do direito passou de modo racional a conhecer-se e aplicar-se.

O método positivista surgiu, no direito, como uma construção de doutrinadores que tinham o intuito de apresentar alguns modelos e processos que entendiam ser corretos e que deveriam ser cumprido pelos juristas. Ou seja, eles prescreviam, “prévia e autonomamente” ordens e métodos jurídicos, por eles considerados corretos, de aplicação no mundo jurídico global.

Neste sentido, Castanheira Neves diz que “[n]ão deparamos agora com uma prática jurídica em que se reconhece uma certa metódica, estamos perante um teórico (doutrinal) M.J.[método jurídico] que se define *a priori* e pretende impor à prática”.⁵⁵ Ou seja, “M.J. que traduzia, em suma, «uma concepção e um tratamento do direito positivo independentemente de fins e valores, fundada somente sobre a validade absoluta de categorias formais e sobre a eficácia da argumentação lógica»”.⁵⁶

Com isso, a partir dessa metódica do positivismo⁵⁷, é possível distinguir a *constituição do conhecimento* do direito já constituído. Isso se evidencia diante de

⁵⁵CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta**: escritos acerca do direito do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.p. 303.

⁵⁶CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta**: escritos acerca do direito do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 305.

⁵⁷Lenio Streck afirma que “o positivismo pode ser traduzido pelos seguintes aspectos (suas teses centrais): a) que a existência (vigência e validade) do direito em uma dada sociedade depende das práticas dos membros dessa sociedade; são pois, as fontes sociais do direito; b) que a validade de uma norma independe de sua ‘validade’ moral; trata-se pois, da separação entre direito e moral (secularização); c) que as normas jurídicas de um ordenamento não ‘cobrem’ todas as hipóteses de aplicação; isto quer dizer que haverá ‘casos difíceis’ que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso à discricionariedade,

duas escolas de pensamento do direito daquela época: a Escola Histórica e a Escola de Exegese. Isto é, o que para a Escola Histórica o constituir do direito se dava a partir do elemento “histórico-comunitário”, para a Escola de Exegese seria a partir do poder legislativo. Além de que o conhecimento do direito se apresentava por meio da letra da lei, ou seja, um legalismo pós-revolucionário com tendência codificadora da norma, enquanto que, para a Escola Histórica o direito tinha cunho cultural e com isso impunha um sistema de conceitos racional lógico-abstrato dedutivo (positivismo científico).

O positivismo jurídico, portanto, generalizou a definição metodológica da ciência do direito pelo fato de reduzir a interpretação, conceitualização e sistematização a uma “mera dedução silogístico-subsumtiva a uma mera operação «puramente lógica»”.⁵⁸ Isso porque, o direito era considerado como um “*sistema autônomo*”, que subsistia em si diante das outras referências como a ética, a política, dentre outras; um “*sistema normativo unitariamente consistente (sem contradições), pleno (sem lacunas) e fechado (auto-suficiente)*”;⁵⁹ de razão teórica, com juízos coerentes à dogmática conceitual e de aplicação lógico-dedutiva ou subsumtiva.

Lenio Streck observa que o positivismo é indissociável da “discricionariiedde/arbitrariedade e [d]o sujeito do esquema sujeito-objeto”,⁶⁰ que ainda se faz presente no século XXI, por meio de discursos objetivistas, que não se distingue texto de norma, ou que submeta tais textos à subjetivação do intérprete que subsume o fato à norma.

Neste sentido, Castanheira Neves, apresenta críticas⁶¹ ao método jurídico positivista, sob dois sentidos: um de cunho analítico e outro metodológico. Sendo o analítico: aquele que versa sobre a aplicação do direito que não era puramente lógica, dedutiva, mas que havia “ponderações prática, «juízos de valores» e considerações teleológicas”, além do problema de não se localizar na dedução de premissas já postas ao caso, mas no juízo prévio e autônomo do julgador em selecionar tais premissas e preparar a subsunção. E ainda que a elaboração da norma era realizada com cunho

poder ‘delegado’ aos juízes (é neste ponto que o positivismo se liga umbilicalmente ao sujeito solipsista – *Selbstsüchtiger* – da modernidade)”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 335.

⁵⁸CASTANHEIRA NEVES, A. Op. cit., p.307.

⁵⁹CASTANHEIRA NEVES, A. Op. cit., p.307-308.

⁶⁰STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Op. cit., p.336.

⁶¹CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta**: escritos acerca do direito do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Op. cit., p. 309-310.

prático e subjetivista do jurista, de acordo com os objetivos práticos deste, para então, como interpretação realizar uma mera explicitação analítica do seu conteúdo objetivo.

Já no sentido metodológico a crítica se assenta relacionada, principalmente, à Escola de Exegese (no entanto as outras escolas de pensamento também tiveram parcela criticável), pois se direito positivo tem uma base regulamentativa prática na vida social (histórica), é impossível que um pensamento jurídico de caráter, estritamente, lógico seja suficientemente capaz de abarcar todas as peculiaridades do caso. Daí, a implantação da figura das lacunas no direito, por parte da Escola de Exegese, pois, eles não conseguiam impor um sistema pleno. Ou seja, um sistema jurídico auto-subsistente que se constrói no contexto humano-histórico-social.

No entanto, verificamos que o positivismo jurídico alcançou o seu maior grau de cientificidade e objetividade com os aportes teóricos do neopositivismo lógico de Hans Kelsen. Um projeto teórico neopositivista que visava a edificação de uma ciência especificamente jurídica do direito. Uma ciência autônoma do acontecimento jurídico, blindada em relação às demais reflexões externas ao direito. Uma ciência pura no sentido do isolamento do objeto científico do direito - a norma jurídica.

O neopositivismo, assim, se apresentou como uma tendência metodológica consistente em um:

processo teleológico de actividade intelectual, ou o complexo estruturado de regras e actos intelectuais que cumpre realizar para atingir um determinado objectivo cultural, em que se vê, simultaneamente, o modelo de actividade de um certo domínio cultural e a condição e critério da validade das produções desse mesmo domínio.⁶²

Embora utilizando outro referencial teórico (pragmático-sistêmico), Leonel Severo Rocha concorda quando diz que tanto Norberto Bobbio quanto Hans Kelsen, principalmente Kelsen, pode ser considerado como neopositivista, pois “o neopositivismo é uma matriz ainda bem centrada nos aspectos descritivos e estruturais do Direito, mantendo ainda, no tocante aos seus aspectos políticos, uma visão de neutralidade, por enquadrar-se no tipo de Estado Liberal clássico, não interventor”, ou porque;

postulam uma ciência do direito alicerçada em proposições normativistas que descrevem sistematicamente o objeto direito. Trata-se de uma metateoria do direito, que ao contrário do positivismo legalista dominante

⁶²CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta**: escritos acerca do direito do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Op. cit., p. 301-302.

na tradição jurídica (que confunde lei e direito), propõe uma ciência do direito como uma metalinguagem distinta de seu objeto.⁶³

Ou seja, a teoria pura de Kelsen é o direito enquanto se distingue da ciência do direito. “O direito é a linguagem objeto, e a ciência do direito, a metalinguagem: dois planos lingüísticos diferentes”.⁶⁴ Uma teoria carregada de pressupostos teórico-epistemológicos (normativismo) de perspectiva racionalista ligada ao normativismo e ao Estado. Por isso uma teoria “extremamente limitada”.⁶⁵ Com isso,

se entende a necessidade de criticar-se a epistemologia do neo-positivismo analítico, da linguagem da denotação pura, introduzindo-se uma epistemologia construtivista que privilegie para a globalização a temática da pluralidade social, da complexidade, dos paradoxos e riscos, e mostre algumas das consequências que esta perspectiva está provocando na teoria do Direito.⁶⁶

Neste sentido, Castanheira Neves acrescenta alguns apontamentos⁶⁷ à Teoria Pura de Hans Kelsen com base na unidade do seu sistema jurídico. Para Castanheira Neves, o problema da teoria defendida por Kelsen foi sua restrição epistemológica. Kelsen buscava desvincular o direito da sociologia e da política, ou seja, deixar de tê-los como *ultima ratio*. Intenção esta fruto da herança positivista (“cientismo do século XIX e epistemologicamente depurado na radicalização empírico-analítica”),⁶⁸ influenciadora daquela época. Para isso, Castanheira Neves afirma que,

se também entendemos que não deve procurar-se quer na sociologia quer na política a *ultima ratio* (e começaremos já a dizer *ultima ratio* não epistemológica, mas axiológica) do jurídico, justamente por isso, ou para isso, não devemos excluir do nosso horizonte problemático, e da intencionalidade normativo-jurídica, tanto a dialética entre o direito e o facto (facto histórico-social) como a relação, em que o sentido e a validade da *práxis* se terá de decidir, entre o jurídico e o político.⁶⁹

Castanheira ainda observa:

A preocupação de constituir o pensamento jurídico como pensamento de verdade ou de ciência, i.é, como uma ciência e na perspectiva de uma certa concepção de ciência, não poderá legitimar que nele se omita ou sequer se neutralize a sua intenção e o seu compromisso prático-normativos, de modo

⁶³ROCHA, Leonel Severo. **Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico**. In: Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito. Leonel Severo Rocha, [et. Al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.16.

⁶⁴ROCHA, Leonel Severo. **Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico**. In: Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito. Op. cit., p.17.

⁶⁵ROCHA, Leonel Severo. **O direito na forma de sociedade globalizada**. In: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS. São Leopoldo. 2000, p.118.

⁶⁶ROCHA, Leonel Severo. **O direito na forma de sociedade globalizada**. In: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito, Op. cit., p.118.

⁶⁷Castanheira Neves acentua que em razão do conhecimento de Kelsen, ele prefere não chamar tais comentários como sendo críticas, mas um “debate de ideias”. Cfr. NEVES, A. CASTANHEIRA. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.2. Coimbra: Coimbra, 1995, p.101.

⁶⁸Ibidem, p.101.

⁶⁹Ibidem, p.102.

que metodologicamente se o forme (deforme) para melhor o orientar para servir a ideia de direito (i.é, a normativa intenção de justiça).⁷⁰

Castanheira Neves analisa com isso a unidade do sistema jurídico (o problema a ser resolvido deve ser “de direito” e não problema acerca “do direito”) e a sua normatividade objetiva. Deve haver um postulado da intenção prática do direito, haja vista que o direito é mediador em seu *modus* objetivo de uma “dimensão de existência e condição de possibilidade da realização humana (da realização do homem como pessoa)”.⁷¹ O direito, em sua sistematicidade, objetiva uma ordem (transcendental) de convivência humana. No entanto, o positivismo crítico de Kelsen não consegue se desvencilhar dos critérios distintivos resultantes da dialética, ou seja, distingue entre o “constituído (critério normativo pressuposto) e um constituendo (o normativo de [sic] contínua integração)”.⁷² Com isso, Castanheira Neves afirma que

o sistema positivo legal acaba por ser apenas um conjunto de formais critérios jurídicos utilizados ao serviço de uma intenção normativa que o ultrapassa. O que do mesmo passo significa que o direito histórico-socialmente realizado é bem mais vasto e rico do que aquele que apenas pela legalidade se defina, no seu *corpus* formalmente prescrito.⁷³

Neste sentido a constituição histórica do normativo jurídico, em Kelsen, se resume ao desenvolvimento de um sistema pressuposto “um mero desenvolvimento ou enriquecimento progressivamente intra-sistemático (...) [que] se circunscreve a um só momento, a um só domínio ou a um só nível do pensamento jurídico na sua tarefa de realização do direito”.⁷⁴

O direito, para Castanheira Neves, segue quatro dimensões, ou pressupostos: axiológica, dogmática, problemática dialética e praxista. Ou seja, um momento axiológico que define a índole essencial da normatividade jurídica e a constitui como direito (validação social plena), de intenção material autônoma à validação do direito perante o político;⁷⁵ um momento dogmático em que os princípios normativo-jurídicos constituem o direito, “o dogmático da normatividade jurídica, não exclui, nem dispensa e antes implica, a abertura sistemática e uma problemática dialética, na sua

⁷⁰Ibidem, p.105-106.

⁷¹Ibidem, p.113.

⁷²CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995, p.130.

⁷³CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995, p.131.

⁷⁴Ibidem, p.132.

⁷⁵Como afirma Castanheira Neves: “apenas, uma axiológica intenção específica que se reconheça o direito é capaz de ultrapassar a positivística concepção da neutralidade formal do jurídico, em que vai também indirectamente admitido o primado do político, sem ter no entanto de fazer coincidir a intenção jurídica fundamental (...) com um qualquer programático «ideal social»”. CASTANHEIRA NEVES, A. Op. cit., p.139.

constituição e na sua realização”;^{76,77} um momento ou dimensão problemático-dialéctica, ou seja, os problemas histórico-sociais;⁷⁸ e por fim, uma dimensão praxista em que a decisão concreta é aquela que se assume como *práxis*. No entanto, Castanheira Neves ressalta que o sistema jurídico na perspectiva destas quatro dimensões:

não poderá ser um sistema simplesmente funcional e antes há-de manifestar um conteúdo axiológico, que não haverá de ser um sistema tão-só social ou de perspectiva sociológica e sim de índole dogmático-normativa, de uma dogmática normativa, no entanto, problematiza dialecticamente e não de plenitude e auto-suficiência objectiva e que, por último, não poderá ser assimilado por um pensamento jurídico apenas cognitivo (analítico ou hermenêutico), já que no sistema se terá de pensar unitariamente o juízo-decisão prática concretamente constitutiva.⁷⁹

Diante do todo sistemático e da sua unidade normativa, Castanheira Neves faz apontamentos à modalidade de unidade normativo-sistemática (ou unidade lógica *a priori*) proposta pela Teoria Pura do Direito de Kelsen, pois:

não se trata, nesses pensamentos, de uma unidade lógico-conceitualmente abstracta obtida através da formal identidade de significações subsistentes, mas uma unidade de institucionalização que é simultaneamente um processo normativamente estruturado e dinâmico de aplicação-produção («aplicação» que é simultaneamente produção) do direito. E a garantia da unidade tê-la-íamos aqui num único fundamento normativo – a *Gurndnorm* – que legitimaria, enquanto objectivaria, o sistema instituído e a que teria de ir redutivamente referido todo o direito que se constitua e aplique no quadro do mesmo sistema (no quadro da ordem jurídica que é esse sistema). *Unidade por redução* (e redução analítico-transcendental) a um só fundamento normativo.⁸⁰

Com isso, Kelsen propunha a partir da norma superior uma ideia de totalidade normativa. Porém, quando as regras eram incapazes de prever as peculiaridades práticas do caso (importante notar que esta incapacidade é confirmada com base na Hermenêutica filosófico-jurídica), foi necessário implantar a ideia de uma “aparente” lacuna no ordenamento, ou antinominas normativas. Ou seja,

o sistema jurídico kelseniano não é susceptível de compreender a constituição problemático-dialéctica do normativo jurídico e, por conseguinte, de a pensar numa unidade sistemática. Falta-lhe a outra

⁷⁶Ibidem, p.145.

⁷⁷Para Castanheira Neves: “nosso momento jurídico-cultural se vê superada a dogmática de autoridade (seja carismática, tradicional ou sustentada simplesmente pelo poder) por uma dogmática de fundamentação e é esta intenção de fundamentação que irá inserir no sistema jurídico, não obstante a sua dimensão dogmática e mesmo como correlativa dela, também uma dimensão dialéctica”. CASTANHEIRA NEVES, A. Op. cit., p.144.

⁷⁸Castanheira Neves afirma que: “um normativo sistema jurídico pressuposto se problematiza e dialectiza na problemática da realização histórico-prática do direito, (...) a alternativa para o momento dialéctico, a inserir no problema do sistema e da sua unidade, volta a ser um direito-poder ou um direito em que o critério é a força. Por tudo o que se compreende também que o pluralismo dialógico é ele próprio a situação existencial do problema da justiça e que só através dele este problema pode ir obtendo a sua solução”. NEVES, A. CASTANHEIRA. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995, p.153.

⁷⁹CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Op. cit., p.155.

⁸⁰Ibidem, p.157-158.

dimensão dialéctica, aquela que acrescenta a perspectiva unicamente considerada «de cima para baixo». É que a *Reine Rechtslehre* [Teoria Pura do Direito] provém do racionalismo teórico-sistemático e analítico e a racionalidade prática (prático-constitutiva) é o que justamente não compreende e por isso dela abstrai. Na linguagem de PARSONS, o sistema de KELSEN pensa a «normatividade», mas não pensa a «condicionalidade» (condicionamento histórico-concreto do jurídico), sendo certo que sem esta, em dialéctica com aquela, não há autêntica realização do direito – nem verdadeiramente direito.⁸¹

Ou seja, a referida *Grundnorm* e todas as normas do sistema jurídico kelseniano são pressupostas sem uma verificação. Segundo Castanheira Neves,

o sistema kelseniano juridicaliza apenas uma organização coactiva do poder através de um coerente sistema de normas, por que aquele actue e com os limites tão-só da lógica instituída por esse sistema, e renuncia a pensar a dimensão de «justiça», i. é, a totalizante e unitária integração materialmente comunitária, sem a qual também não há uma ordem de direito e simplesmente um sistema de pensamento. E renúncia à dimensão de justiça sem que, todavia, a segurança se veja melhor assegurada, pois a continuidade-constituição normativa dinamiza-se nesse sistema tão-só afinal por um decisionismo, com toda a sua possibilidade de subjectivo arbítrio, conformadamente aceite.⁸²

Para, além disso, Castanheira Neves ainda incita que, em caso de afastar a interpretação para observação na *Grundnorm* de um pressuposto hipotético de validade, o único resultado seria que

ao serviço de uma função na verdade simplesmente epistemológica, então a unidade sistemática pensada por KELSEN é apenas a unidade do sistema teórico de um conhecimento sobre o direito que nada nos diz quanto ao problema normativo da unidade dos sistema jurídico enquanto tal. O sistema kelseniano sustentará a unidade ou a coerência lógicas de um pensamento «reconstrutivo», de um certo tipo analítico de pensamento sobre o direito, mas não considera a unidade normativamente prática da ordem jurídica.⁸³

A lógica da coerência do sistema jurídico de Kelsen, portanto, mesmo na tentativa de assegurar a continuidade da sua validade normativa, é despicienda e não consegue resolver o problema prático-normativo do sistema jurídico e da sua unidade constitutiva.

Unidade essa que não poderá, pois ser apenas lógica – uma lógica de relações entre normas –, nem só de sistemática consistência – uma estrutural relação funcionalística com a complexidade –, mas que haverá de constituir-se em termos de levar pensada a natureza materialmente normativa do jurídico.⁸⁴

Ou seja, uma unidade que constitua e ordene todo o sistema, de modo integrá-lo num todo congruente que não possa ser pré-definido como um axioma (como uma

⁸¹Ibidem, p.159.

⁸²CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995, p.160.

⁸³Ibidem, p.161.

⁸⁴Ibidem, p.165-166.

verdade que não exige demonstração), como um pressuposto, mas uma assimilação de novas experiências problemáticas que a constitui.

Quanto à índole geral do sistema, que corresponde ao direito e à sua ordem, pode-se afirmar que o direito “não é essencialmente objecto pressuposto, mas *acto* histórico – e que só um sistema e um pensamento com o mesmo dinamismo constituinte, e não simplesmente de objectividade epistemológico-analítica, o poderão compreender e racionalizar”.⁸⁵

Com isso, Castanheira Neves conclui que:

o direito – não tem a sua unidade numa coerência conceitual, não tem também numa norma que institua uma lógica de poder, não a tem ainda numa coordenação social de cibernética operatória – cremos que a tem na solidariedade dialéctica com que nós, homens-pessoas em diálogo comunitário, vivemos a nossa axiológico-social realização.⁸⁶

Desta feita, os apontamentos feitos ao neopositivismo científico (neopositivismo jurídico lógico) de Kelsen, por Castanheira Neves, podem ser resumidos no fato de que:

KELSEN desinteressou-se do normativo jurídico material para se ocupar apenas da forma analítica de uma pura teoria sobre o direito, porque, segundo o seu juízo, tudo o que não fosse essa teórica analítica estaria inquinado de um ideológico interesse político, já legitimante, já combatente do poder, mas sempre em vista do poder. Por outras palavras, só sendo ciência pura o pensamento jurídico se recusaria a ser um instrumento ao serviço do poder.⁸⁷

Ou seja, um exacerbado positivismo a um sistema ou ordenamento jurídico que visa estabelecer ordem humana sem levar em consideração a *práxis*, a historicidade do mundo vivido dos sujeitos de direito. É o que Lenio Streck indaga:

Mas o que há de errado com os projetos positivistas de ciência jurídica? Com Heidegger, podemos dizer que esse conceito corrente de ciência (como um universo teórico de proposições válidas-verdadeiras) esconde um modo mais originário do fenómeno da verdade. Isso porque a verdade deve ser percebida já em meio à lida com o mundo prático e não reduzida ao universo teórico das ciências. Afinal, a própria verdade “teórica” das ciências é produto da interpretação projetada pela compreensão. Portanto, há algo anterior à verdade da ciência que, de certa forma, lhe é condição de possibilidade. No caso do direito, o equívoco dos projetos positivistas está no próprio recorte na totalidade do ente que tais teorias efetuam para caracterizar o estudo do fenómeno jurídico. Dito de outro modo, o modelo

⁸⁵CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Op. cit., p.174.

⁸⁶Ibidem, p.180.

⁸⁷Ibidem, p.180.

excessivamente teórico de abordagem gera uma espécie de asfixia da realidade do mundo prático.⁸⁸

Ou ainda, embora adepto à outro referencial teórico, Leonel Severo Rocha observa que:

A crítica à TPD [Teoria Pura do Direito] deve ser dirigida à singularidade política do Direito. Na TPD, esta singularidade está manifesta desde o seu interior de forma categórica. Kelsen, embora o negue, *não percebeu* que engendrou sua teoria sobre bases teóricas politicamente bem delineadas.(...) Kelsen, ao propor a neutralidade axiológica da TPD, nada mais faz do que tentar, pelo menos inconsciente, impor seu pensamento, político sobre o Direito.⁸⁹

Assim, com base na nova perspectiva dos pensamentos atuais (Pós-positivista) pode-se afirmar, de acordo com Castanheira Neves, que o pós-positivismo se distingue do tradicional positivismo lógico nos seguintes aspectos: a) o direito deixa de ser visto como uma auto-subsistente e de lógico-sistemática racionalidade (dogmática) e passa a ser prático-normativa; b) o sistema do direito passa a ser aberto sujeito à lacunas; c) integração entre a intenção do pensamento jurídico e a intenção do direito na tentativa de integração das lacunas; d) validade do pensamento jurídico como pensamento prático; e) o objeto problemático da discussão metodológica se focaliza nos entornos da decisão concreta e não mais proposições; f) o uso de fundamentos e critérios normativos extratextuais (interesses, fins, valores) como fatores resolutivos para decisão jurídica, e por fim g) o abandono do direito como mera aplicação, passando a ser integrante da sua própria produção.⁹⁰

Com isso, se verifica que a problemática da validade da interpretação, para os positivistas, estava circunscrita no campo metodológico ou racionalista. E isto não deve prosperar, pois a questão de fato, a historicidade, a consciência da história efetual, por meio da linguagem serão os fatores que atribuem condições para a obtenção do conceito da norma. Conceito este que leva em consideração a *práxis*, a questão de fato. Por isso, a crítica hermenêutica filosófica na ruptura com a metodologia ou racionalidade positivista. No entanto, é equivocado todo e qualquer pensamento que relacione a hermenêutica aos sentidos arbitrários dos textos, pois a circularidade hermenêutica não cinde fato e norma, ela os conjuga diante da *applicatio*.

⁸⁸STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão Jurídica em tempos pós-positivistas. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos** – NEJ. v.14. n.2, 2. quadrimestre, 2009, p.7.

⁸⁹ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p.78.

⁹⁰CASTANHEIRA NEVES, **Digesta**: escritos acerca do direito do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.2. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 307-308.

1.4. O Problema Da Resposta Correta No Neopositivismo Jurídico De Hans Kelsen

A interpretação da norma jurídica diante do texto legal continuou a ser questão de discussões dentro do ordenamento jurídico, inclusive no que tange aos pensamentos de Kelsen, que na sua obra denominada Teoria Pura do Direito⁹¹ dedicou-se epistemologicamente ao estudo de uma teoria pura vinculada ao sistema do Direito.

Para Kelsen, quando é suscitado ao órgão jurídico uma aplicação do direito ele deve fixar um sentido ao texto literário, ou seja, deve extrair o sentido da norma que irá aplicar ao caso. O órgão jurídico deve interpretar a norma jurídica. Com isso, se tem a problemática sobre o conteúdo que será atribuído àquela norma.

Esta norma pode ser interpretada não só para a construção de uma sentença judicial, como também para resoluções administrativas, realizadas por órgãos jurídicos e órgãos não jurídicos, respectivamente. Daí a distinção de Kelsen quanto à interpretação “autêntica” e “não-autêntica”.⁹²

A norma jurídica em Kelsen seguiu um padrão de escalonamento entre as regras jurídicas existentes em razão da sua criação e aplicação. Isto é, a norma criada por um órgão superior competente (legislativo) tem um escalão superior à norma interpretada/aplicada por um outro órgão (judiciário). Porém, a determinação da norma para sua aplicação, “nunca, é, porém, completa”, isso porque a norma de “escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. (...) tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou *moldura* a preencher”.⁹³

A determinação do sentido da norma depende, neste sentido, de circunstâncias externas (que não estão contidas no texto literal), em razão da não previsão do legislador, ou até mesmo, em razão da impossibilidade de previsão por parte do legislador frente às peculiaridades de cada caso em concreto.

A indeterminação intencional poderia, desta feita, ocorrer diante da ignorância dos pressupostos que levariam ao direito, assim como em decorrência das

⁹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁹² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. Op. cit., p.245 ss.

⁹³ Ibidem, p. 246.

consequências condicionadas ao direito. E por isso, o órgão competente tenha se resguardado no direito de estabelecer normas de caráter geral.

Já a indeterminação não-intencional pode advir tanto do sentido ou significação da norma (palavra com vários significados não unívocos); quanto da discrepância entre expressão e vontade do legislador (o legislador tinha intenção de dizer algo que não correspondia ao que foi expresso no texto), assim como também quando há contradição entre duas ou mais normas que se contradizem total ou parcialmente.

O direito, para Kelsen, deve ser aplicado como uma *moldura* em que se tem várias possibilidades de aplicação ao caso concreto. Com isso, se o ato de interpretar é fixar sentido do objeto por meio do conhecimento, então deverão ser aplicadas todas as possibilidades conhecidas dentro do direito. Portanto, para Kelsen, não há que se falar em uma única interpretação correta, mas em possíveis soluções.

Kelsen, porém, refuta a jurisprudência tradicional que propõe um desenvolvimento de método em que torne possível o preenchimento ajustado de uma moldura já pré-fixada. Ou seja, um redirecionamento ao positivismo anterior debatido, em que a solução do direito estava na lei e assim, ter-se-ia uma teoria usual da interpretação da lei em que todas as hipóteses fornecidas garantiriam “apenas *uma única solução correta* (ajustada)”.⁹⁴ Seria

como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.⁹⁵

Neste sentido, Kelsen observa que os métodos de interpretação disponíveis não continham nenhum critério que solucionasse a questão da escolha ou preferência de qual possibilidade (apresentada dentro do campo do direito) teria preferência à outra. Exemplificando, Kelsen apresenta o método do *argumentum* a contrario e o de ponderação dos interesses.

Uma interpretação baseada na fixação de métodos de conhecimentos que não podem ser pré-existentes sem levar em consideração as inúmeras possibilidades apresentadas a partir do ser-no-mundo. Com isso, se verifica que Kelsen debate

⁹⁴KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

⁹⁵Ibidem, p.248.

parcela da problemática positivista que foi a questão da inserção do mundo prático na interpretação normativa. No entanto, é impossível haver uma única interpretação metodologicamente correta, pois o método é incapaz de abranger todas as possibilidades desveladas pelo ser em seu mundo.

No entanto, Kelsen verifica que tanto a criação (produção) jurídica da lei quanto a aplicação da norma jurídica podem fazer uso de outras normas não jurídicas (que não resultam do direito), pois, mesmo diante da aplicação do direito, não há como fugir da escolha do órgão aplicador (da subjetividade do intérprete) diante das possibilidades reveladas aos questionamentos interpretativos. É a vontade do intérprete diante da interpretação cognoscitiva.

Por meio deste ato de vontade Kelsen distinguiu a interpretação autêntica da não-autêntica. Ou seja, a interpretação realizada pelo órgão aplicador do direito da interpretação realizada pela ciência jurídica. Isso porque, a interpretação realizada pelo órgão aplicador do direito sempre cria direito, seja com caráter geral (quando o legislador produz lei) seja com caráter individual (quando o juiz cria norma individual ou executa uma sanção). Para ele, a propósito,

importa[va] notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.⁹⁶

Já a interpretação científica era “pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo e esta função não é realizada pela via da interpretação do Direito vigente”.⁹⁷

No entanto cumpre ressaltar que, apesar da hermenêutica jurídico-filosófica se assemelhar à concepção neopositivista quanto ao fato da interpretação jurídica constituir o direito (produzir o direito). Isso porque, tanto para o neopositivismo quanto para a hermenêutica jurídica, sempre haverá criação/produção do direito a partir de uma interpretação/compreensão do direito. Porém, a hermenêutica se difere do neopositivismo, justamente, em razão da herança racionalista, baseada nas análises sistemáticas da linguagem jurídica do neopositivismo, pois para esta corrente de

⁹⁶KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 250.

⁹⁷Ibidem, p.250.

pensamento, seria possível haver várias respostas, igualmente possíveis e corretas, ao caso concreto. Com isso, há uma desconsideração da dimensão hermenêutico-substancial do sentido das normas jurídicas e, em especial, dos princípios jurídicos.

Lenio Streck crítica os pensamentos de Kelsen ao afirmar que “[d]e todo modo, vale a pergunta: qual seria a validade (ou o sentido) de uma hermenêutica jurídica que admitisse ‘qualquer resposta’, enfim, de uma hermenêutica que admitisse, como Kelsen, que a interpretação judicial é um ato de vontade?”⁹⁸

Assim, para a hermenêutica:

[a]A verdade não é vista como uma ‘problema teórico’, pela simples razão de que a hermenêutica não separa ‘teoria e prática’. É porque entendo a hermenêutica (jurídica) como integridade e antimetafísica, em face da *applicatio*, é possível dizer que a verdade passa a ter um sentido prático, uma vez que tem referências no modo prático de ser no mundo, na faticidade, em que, por isso mesmo, não se pode dizer ‘qualquer coisa sobre qualquer coisa’.⁹⁹

Para Lenio Streck a faticidade é o espaço em que se dará o sentido, o *Dasein* onde há um pronunciamento prévio “que une a universalidade e a singularidade, onde o sentido é alcançado pré-ontologicamente”.¹⁰⁰ E com isso, os sentidos da norma, a busca pela resposta correta a um determinado problema jurídico deve seguir uma *integridade* suscitada por Dworkin (terceira virtude), mas que no plano hermenêutico equivaleria ao respeito à tradição, a um fundamento de validade, que para Lenio Streck este fundamento é a Constituição.¹⁰¹

Assim como o ser é sempre visto pertencente a um ente, o sentido será “*aquilo dentro do qual o significado pode ser dar*”.¹⁰² Há uma dependência do mundo (ser-no-mundo), do horizonte no qual o sentido pode ser dado. Com isso, o texto normativo ou a sua correção deverá ser auferida sob o fundamento da Constituição, pois é a partir desta que se dá o direito, e conseqüentemente, uma resposta correta seria aquela fundada a partir da Constituição (constituir do direito – “constituição”).

⁹⁸STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 362.

⁹⁹STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p.298.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 300.

¹⁰¹ “Mas é preciso ter claro que, no plano da hermenêutica aqui desenvolvida, a Constituição não é um elemento objetivo, separado do intérprete, fora da circularidade hermenêutica; dela é impossível ‘deduzir’ ‘outro’ elemento ‘objetivado’, porque não é uma categoria ou uma hipótese a partir da qual se possa fazer ‘deduções’, e, ao mesmo tempo, embora sendo o ponto de partida (o de chegada) do ordenamento, frustra essa pretensão de ser esse ponto, já que esse ‘começo’ sempre se renova na forma de antecipação de sentido e na circularidade hermenêutica. É preciso compreender, pois, que a interpretação do texto exurgirá a partir desse lugar originário, produto da antecipação de sentido (estrutura prévia de sentido), isto porque, como assinala Stein, não há conhecimento de objetos no mundo que nos envolve e nos carrega.” STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p.301.

¹⁰²*Ibidem*, p. 301.

Para Lenio Streck:

o “conceito” de verdade está ligado à possibilidade de elaborar juízos autênticos (legítimos), que dependerão de nossa pré-compreensão. Se nos movemos no mundo a partir de nossa inserção em determinado paradigma, a compreensão (interpretação) que fazemos sobre o direito (para ficar na especificidade) dependerá dessa questão metodológica.¹⁰³

Lenio Streck conclui hermeneuticamente quando diz que:

Exatamente por superar o modelo interpretativo baseado na determinação abstrata dos significados dos texto jurídicos – que proporcionariam, por isso, *múltiplas respostas* (soluções) – e por superar os modelos procedimentais (em que apenas importa a relação de proposições assertóricas) é que a hermenêutica trata da realização concreta do direito. É o caso concreto que será o *locus* desse acontecer do sentido. A esse caso deverá ser dada a resposta (correta), que estará ligada à compreensão do sentido que emerge dessa situação concreta, para além de uma mera fundamentação de caráter ôntico. A resposta (correta) será a explicitação das condições de possibilidades do compreendido (da apropriação e da filtragem dos pré-juízos forjados na tradição).¹⁰⁴

Ou seja, o positivismo, no intuito (equivocado) de levar a segurança jurídica por meio da coisificação (da atribuição da verdade ao texto literal), eles procuram formular métodos como se fosse possível fazer fórmulas (matemáticas) para solucionar os conflitos de uma sociedade que está inserida em um mundo prático, de constantes mudanças e de constante surgimento de problemáticas nova. Uma errônea (e frustrada) tentativa de manipular atos sociais sem levar em consideração o seu mundo vivido, a historicidade do ser, o mundo prático inerente à ele. Condição de possibilidade de sua existência.

¹⁰³STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 302.

¹⁰⁴Ibidem, p.306.

2. A COMPREENSÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO

2.1. A Historicidade Da Compreensão Hermenêutica

A hermenêutica, na idade moderna, caracterizou-se pelo surgimento da consciência histórica. A arte da compreensão e da interpretação seguiu dois caminhos distintos: um denominado de hermenêutica teleológica (finalista) e outro de hermenêutica filológica (literal). No entanto, ambos possuíam uma mesma preocupação: desvendar o sentido original dos textos por meio de um procedimento de correção distinto do positivismo lógico.

A hermenêutica teleológica se ocupava dos estudos da compreensão reformista da Bíblia. Estava ligada, diretamente, em oposição ao caráter indispensável da tradição. Enquanto que a hermenêutica filológica se operava como instrumento na busca do redescobrimento da literatura clássica.

Com a similitude de propósitos, a hermenêutica teleológica e a hermenêutica filológica ensejaram a uma concepção de uma hermenêutica universal. Uma hermenêutica que tinha o propósito de deixar de lado a dogmática e assumir a função de um “*organon*” histórico, ou seja, um instrumento histórico para se atingir o objetivo de conhecer o sentido substancial das coisas e não uma mera pressuposição metodológica (positivismo lógico) para a tarefa hermenêutica.

Porém, é possível verificar que mesmo com a universalidade de propósitos, a compreensão continuava sendo uma problemática para a hermenêutica, no que, então, inúmeras tentativas filosóficas se despontaram, no campo jurídico-filosófico, preocupadas com o conteúdo do que seria compreendido e como seria compreendido.

Neste sentido, Gadamer observa que Schleiermacher foi um filólogo que se despontou na busca pela compreensão hermenêutica, com sua ideia de uma hermenêutica universal¹⁰⁵. Uma compreensão significava, em princípio, para entender todas as coisas essenciais que uniam os homens uns aos outros. Compreensão que não só compreendia aquilo entendido conscientemente pelo intérprete, assim como também daquilo expressado inconscientemente pelo autor.

¹⁰⁵GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p. 247 ss.

Apesar das contribuições de Schleiermacher à hermenêutica, como por exemplo, a aproximação da interpretação gramatical à interpretação psicológica (técnica), Gadamer ressalta que a teoria de Schleiermacher tinha cunho metodológico e que a

arte da hermenêutica jamais foi um *organon* da investigação das coisas.(...) Na realidade, o que se deve compreender não é um pensamento enquanto um momento vital, mas enquanto uma verdade. Este é o motivo por que a hermenêutica possui uma função auxiliar, permanecendo subordinada à investigação da coisa em questão.¹⁰⁶

Influenciada por essa interpretação psicológica, a compreensão hermenêutica passou a ser entendida como reprodução da produção original, como “uma reconstrução que parte[ia] do momento vivo da concepção, da ‘decisão germinal’ como o ponto de organização da composição”.¹⁰⁷ Ou seja, não havia compreensão em função do conteúdo objetivo, mas da obra de arte. Uma compreensão do consciente e do inconsciente do autor, o que pressupunha uma reflexão.

Neste mesmo contexto da problemática fundamental da justificação do conhecimento, Heidegger procura desenvolver seus estudos para combater o irracionalismo com sua filosofia hermenêutica.

Lenio Streck observa:

Em Heidegger, a mudança de paradigma e a substituição do esquema sujeito-objeto que predomina nas teorias do conhecimento, da proposição, da verdade – mediante um outro modo de fundamentar. Isto é, por meio da descrição fenomenológica do ser-no-mundo, enquanto ali existe algo do conhecer e do agir que não nos leva, necessariamente, à relação do esquema sujeito-objeto, mas que funda, possivelmente, esta relação sujeito-objeto. Por isso Heidegger poderá dizer que a introdução do esquema sujeito-objeto pela teoria do conhecimento no mundo transcendental, no mundo da busca de condições de possibilidade, foi um curto-circuito, porque significava fundamentar proposições assertivas, construídas a partir da relação sujeito-objeto.¹⁰⁸

Diante do novo paradigma da compreensão, ou seja, da diferença ontológica em que se reconhecia que todo discurso a partir do ente desde-já-sempre precedia de uma pré-compreensão, Heidegger com sua filosofia hermenêutica e Gadamer com sua hermenêutica filosófica dão azo a abertura de um espaço de constantes mudanças no

¹⁰⁶GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes, Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p.255.

¹⁰⁷Ibidem, p.258.

¹⁰⁸STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e Teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev.ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.50.

discurso humano. Eles deixam de lado o positivismo lógico e o neopositivismo jurídico e se despontam como uma hermenêutica do direito – jurídica.

Para Ernildo Stein,

o método fenomenológico heideggeriano, em contraste com todos os métodos que se propõem em filosofia, deve-se adequar a um fenômeno que só se mostra sobre o velamento. Distancia-se, dessa forma, tanto do método do positivismo lógico que deliberadamente foge das análises de seus pressupostos, para optar por um sistema fechado de referências, em que predominam a univocidade e a clareza; como também do método dialético que, de antemão, aposta numa totalidade, a partir da qual suas proposições se iluminam e na qual se apóiam, mantendo, contudo, ao nível em que são enunciadas, uma contradição que apenas se resolve no todo.¹⁰⁹

Com isso Heidegger não elimina a dimensão lógica e racional do discurso, mas como salienta Lenio Streck “*Significa apenas que o discurso sempre é acompanhado e precedido por uma antecipação de sentido, que advém do mundo prático, de um desde-já-sempre, e que funda no encontro hermenêutico*”.¹¹⁰

Heidegger introduziu, no ordenamento jurídico-filosófico, estudos sobre o conceito de hermenêutica e de interpretação distintos da teoria das ciências humanas e da teoria da subjetividade com o propósito de descobrir no próprio ser humano sua visão filosófica. Uma ideia de compreensão do sentido do ser (hermenêutica) por meio dele mesmo. “Na medida em que se compreende, o homem compreende o ser e, assim, compreende-se a si mesmo. Mas esse compreender-a-si-mesmo implicava um explicitar-se, portanto, um interpretar-se a si mesmo (autocompreensão)”.¹¹¹

Neste sentido, se verifica que o que se compreende é o ser, o seu sentido, o estar-aí, a pre-sença. Heidegger observa que:

a presença se compreende a partir do que vem ao encontro no mundo circundante e daquilo de que se ocupa numa circunvisão. Esta compreensão não é um mero registro de si, que apenas acompanha todos os comportamentos da pre-sença. A compreensão significa o projetar-se em cada possibilidade de ser-no-mundo, isto é, existir como essa possibilidade. Assim, a compreensão enquanto compreensibilidade também constitui a existência imprópria do impessoal.¹¹²

¹⁰⁹STEIN, Ernildo em HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência do fundamento. A determinação do ser do ente segundo Leibniz, Hegel e os gregos.** Trad. e notas com uma introdução ao método fenomenológico heideggeriano de Ernildo Stein. Revisão de José Geraldo Nogueira Moutinho. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971, p.23.

¹¹⁰STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p.51.

¹¹¹STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e Teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 3. ed. rev.ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.52.

¹¹²HEIDEGGER, Marin. **Ser e Tempo.** Parte II. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Rio de Janeiro: Vozes; São Paulo: Universidade São Francisco, 2005, p.193.

Este autor ressalta, ainda, que:

A tese da historicidade da pre-sença não afirma que é histórico o sujeito sem mundo mas sim o ente que existe como ser-no-mundo. *O acontecer da história é o acontecer do ser-no-mundo*. Em sua essência, historicidade da pre-sença é historicidade de mundo que, baseada na temporalidade ekstática [sic] e horizontal, pertence à sua temporalização.¹¹³

É a historicidade concreta do ser-aí intimamente ligada ao ser. Uma relação entre o ser e o homem, isso porque o homem se move e acontece justamente enquanto atinge as possibilidades advindas do ser, compreende o sentido do ser, e em decorrência disso, se verifica que tal relação perfaz um círculo, denominado como círculo hermenêutico.

Ou seja, Heidegger desenvolveu sua ideia de uma ontologia fundamental justamente com o intuito de apresentar a pre-sença por meio da fenomenologia transcendental. “O fato de que todo sentido do ser e da objetividade só se tornava compreensível e demonstrável a partir da temporalidade e da historicidade da pre-sença – uma fórmula perfeitamente possível para a tendência de *Ser e Tempo*”,¹¹⁴ o que se pode concluir em uma crítica à subjetividade transcendental.

Gadamer observa assim que:

Sob a expressão ‘hermenêutica da facticidade’, Heidegger opõe uma exigência paradoxal à fenomenologia eidética de Husserl e à distinção entre fato e essência, sobre que ela repousa. A facticidade da pre-sença, a existência, que não pode ser fundamentada nem deduzida, deveria representar a base ontológica do questionamento fenomenológico, e não o puro ‘cogito’, como estruturação essencial de uma generalidade típica: uma idéia tanto audaz como difícil de ser cumprida.¹¹⁵

Com isso verifica-se que a historicidade surgiu para a interpretação normativa como um auxílio na compreensão do próprio sentido do ser. Ou seja, na busca pela compreensão e a fim de se libertar do extremismo do iluminismo, da razão (*Aufklärung* = esclarecimento), Gadamer eleva a historicidade da compreensão a um princípio hermenêutico, por meio de estudos com base nos hábitos da linguagem, ou opiniões prévias do sujeito. Ou seja, ele analisa as pré-compreensões de quem está lendo o texto.

Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade

¹¹³Ibidem, p.194.

¹¹⁴GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p.343.

¹¹⁵Ibidem, p.341.

não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais.¹¹⁶

Para Gadamer “a compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento de tradição, onde se intermedeiam constantemente passado e presente”.¹¹⁷

Assim, por meio da historicidade, a interpretação temporal do ser-aí (*Dasein*), ligada pela tradição, proporcionou ao sujeito intérprete um potencial cognitivo capaz de transcender o sentido do ser. Foi com base na historicidade que a filosofia hermenêutica assim como a hermenêutica filosófica conseguiram discutir a transcendentalidade do sentido do ser diante do seu mundo vivido. E conseqüentemente, a historicidade coloca em xeque toda aquela certeza metódica positivista, pois com base nas peculiaridades reveladas ao intérprete por meio da historicidade do ser em seu mundo, não há método ou meta-método que possa subsistir no campo interpretativo do direito.

A historicidade representou uma possibilidade produtiva para a compreensão (prática) do texto normativo. É a pré-compreensão do sentido do ser. A condição prévia fundamental para uma interpretação do sentido normativo do texto legal, dos princípios. Da história prática do ser no seu ser-aí. A sedimentação do mundo prático na interpretação da norma.

Manfredo de Oliveira também analisa a estrutura pré-conceitual existente em toda compreensão por meio da tradição, e observa que:

a historicidade fundamental do eis-aí-ser implica que seu ser é uma mediação entre o passado e o presente na direção do futuro que se abre. Ora, isso significa dizer que nossa historicidade não é uma limitação, mas antes ‘condição de possibilidade’ de nossa compreensão: compreendemos a partir de nossos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora ‘condições transcendentais’ de nossa compreensão. Compreendemos e buscamos verdade a partir das expectativas de sentido que nos dirigem e provêm de nossa tradição específica. Essa tradição, porém, não está a nosso dispor: antes de estar sob nosso poder, nós é que estamos sujeitos a ela. Onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível. Ela é a instância a partir de onde toda e qualquer compreensão atual é determinada, possibilitada.¹¹⁸

¹¹⁶GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Op. cit., p.358.

¹¹⁷Ibidem, p.351

¹¹⁸OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006, p.227-228.

Diante disso verifica-se que a historicidade foi introduzida na interpretação hermenêutica jurídico-filosófica como condição de possibilidade para a correção normatizadora do direito, pois somente a partir da historicidade do ser é possível haver uma transcendência do sentido do ser diante do seu mundo vivido. A historicidade é por isso um princípio hermenêutico que garante a *applicatio*.

2.2. O Círculo Hermenêutico

Neste contexto da problemática interpretativa, juntamente com o salto filosófico-hermenêutico heideggeriano, verifica-se que o idealismo clássico (conceito de espírito) foi ultrapassado, assim como a temática da consciência transcendental, isso tudo com base em uma hermenêutica da “facticidade” que analisava o compreender como modo de ser da pre-sença (do ser-no-mundo, o poder-ser e possibilidades). Uma historicidade da pre-sença e de suas aporias. O compreender em si mesmo.

Como um modo de compreensão hermenêutico-filosófico que pode ser compreendido figurativamente, como em um círculo de interpretação. O círculo hermenêutico.¹¹⁹ Um círculo hermenêutico da compreensão com base na temporalidade da pre-sença. Tal círculo hermenêutico surgiu com Heidegger como forma de pressupor “aquilo que deve ser atingido no caminho (método), antes de se trilhá-lo explicitamente”.¹²⁰

Heidegger verificou que durante uma interpretação hermenêutica da norma, o sentido do ser sempre percorre modos de interpretação distintos que se inter-relacionam entre si. Modos de interpretação que se diferenciam de forma ontológica, apenas. Diferenciação esta que se dá no tempo. Uma ideia metafórica de um círculo interpretativo. Heidegger propõe um círculo interpretativo por meio do raciocínio de que o “todo” compreende o individual e do individual se chega ao todo.

¹¹⁹“É verdade que também a teoria da hermenêutica do século XIX falava de estrutura circular da compreensão, mas sempre inserida na moldura de uma relação formal entre o individual e o todo, assim como de deus reflexivo subjetivo, a antecipação intuitiva do todo e sua explicação subsequente no individual. Segundo essa teoria, o movimento circular da compreensão vai e vem pelos textos e, quando a compreensão dos mesmos se realiza, este é suspenso. Conseqüentemente, a teoria da compreensão tem seu apogeu na teoria de Schleiermacher sobre o ato adivinhatório, mediante o qual o intérprete se transporta inteiramente no autor e resolve, a partir daí, tudo o que é desconhecido e estranho no texto. Mas, ao contrário, a descrição heideggeriana desse círculo mostra que a compreensão do texto se encontra constantemente determinada pelo movimento de concepção prévia da pré-compreensão. Quando se realiza a compreensão, o círculo do todo e das partes não se dissolve; alcança ao contrário sua realização mais autêntica”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p. 388

¹²⁰STEIN, Ernildo em HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência do fundamento. A determinação do ser do ente segundo Leibniz. Hegel e os gregos**. Trad. e notas com uma introdução ao método fenomenológico heideggeriano de Ernildo Stein. Revisão de José Geraldo Nogueira Moutinho. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971, p.18.

Heidegger afirma que a compreensão tem um caráter existencial, ou seja, faz com que o ser exista. Portanto, a compreensão é uma abertura do ser-no-mundo (o desvelar do ser que se encontra velado, o iluminar do que está obscurecido), ou seja, é o revelar (no sentido de apresentar e não de re-velar) do ser-aí. Como afirma Ernildo Stein:

se a compreensão é um existencial então toda a compreensão que emerge da explicação é derivada, já que não existe explicação sem a prévia compreensão. O sentido que atingimos pela explicação já nos acompanha, de algum modo, na própria explicação, possibilitando-a. o sentido faz parte da própria estrutura prévia da compreensão, portanto, da estrutura do ser-aí, enquanto aquela é seu existencial.¹²¹

A interpretação hermenêutica, portanto, compreende no deslocamento do sentido normativo em dois níveis, ou seja, um nível hermenêutico em que haverá um aprofundamento da estrutura da compreensão do sentido da norma e um nível apofântico em que se apresentam os aspectos lógicos e expositivos da compreensão.

Em outras palavras, o nível hermenêutico é o nível ontológico fundamental, pois é a partir dele que o intérprete irá analisar as pré-compreensões obtidas por meio da tradição, da historicidade. Nível este em que, por meio da transcendentalização, o ser-aí se desvela. Onde todas as possibilidades de respostas as indagações feitas pelo intérprete relacionadas ao ser se revelam. É neste modo interpretativo em que a historicidade do mundo vivido do ser se desvela. Em que o mundo da vida ou mundo prático do ser é desvelado ao intérprete. Um pré-saber, um pré-conhecimento histórico do ser em que “*os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica do ser*”.¹²²

Momento em que exsurge um horizonte (o tempo) a ser compreendido, concomitantemente, com o ser. A busca pelo sentido do ser no tempo. A partir da temporalidade, do seu movimentar-se. Um horizonte temporal em que se compreende como o ser permite questionar não apenas o que é o ser, mas, sobretudo, *como* é o sentido do ser (como é a norma) a partir do mundo da vida, da faticidade da vida (ser-no-mundo).

Uma compreensão prévia do sentido do ser é a abertura do ser-aí, pois como ressaltou Ernildo Stein, este sentido “nos acompanha”. Nós, desde-já-sempre, levamos conosco este sentido que pretendemos compreender. No entanto, importante ressaltar

¹²¹STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana, Ijuí: Unijuí, 2001, p.246.

¹²²GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p.368.

que este sentido pré-compreendido por nós (antecipação de sentido) é obtido pelo próprio ser em si, e não deve ter cunho discricionário. Isso é possível porque o próprio autor se movimenta neste círculo de interrogação.

Enquanto isso, no nível apofântico a pré-compreensão do sentido do ser já se revelou. A compreensão do sentido normativo já se concretizou. Não há mais proposições ou indagações sobre o sentido do ser. O ser já se entificou naquela interpretação. Já se interpretou. Por isso, que se diz que o modo interpretativo apofântico é um nível expositivo, enunciativo e não indagativo, questionador.

Diante disso, se verifica que quando um texto é apresentado ao sujeito/intérprete para ser interpretado ele (texto) leva junto consigo todo o seu mundo vivido, a *práxis*, a sua historicidade. Logo, mais uma vez, não há que se falar em subsunção positivista. A interpretação do texto é uma complexa sequência de atos que se diferenciam ontologicamente no tempo e não uma simples dedução de regras.

Para Schleiermacher o ato de compreender deve equiparar, paradoxalmente, o leitor com o autor, apesar de ser distinto um do outro.¹²³ Isso porque o direito é uma produção genial, ou seja, não se auto-interpreta reflexivamente o direito, mas se obtém por meio da intenção inconsciente do intérprete. É neste sentido que desaparece a compreensão objetiva do positivismo jurídico.

Com isso, há sempre um retorno constante de um campo para o outro. Porém sempre quando há um deslocamento de níveis de interpretação, se desloca juntamente com o sentido do ser novas proposições, pois o “todo” sempre se relativiza quando interpretado no seu contexto. E com isso, uma interpretação nunca será permanente nem finita, mas provisória e infinita, porque sempre estará se desenvolvendo e se criando novas interpretações.¹²⁴

O círculo hermenêutico, portanto, é uma ideia ou metáfora que descreve o círculo analítico da interpretação. Um círculo de compreensão (do texto legal) que possibilita ao intérprete obter todas as possibilidades advindas do ser por meio da

¹²³ Autor se difere do leitor porque mesmo que ele se situe como leitor de sua própria obra, o autor fará apenas a interpretação no sentido de sua criação porque continua com os mesmos “olhos” de quando criou, logo interpreta do mesmo modo. Já um leitor fará uma interpretação de integração de conceitos provisórios e infinitos, podendo compreender o que era inconsciente para o autor. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p. 263-264.

¹²⁴ “A hermenêutica é, justamente, uma *arte* e não um procedimento mecânico. Assim, leva a cabo sua obra, a compreensão, do mesmo modo como se realiza uma obra de arte”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p. 262.

transcendentalização do seu mundo vivido e, conseqüentemente, a obtenção do sentido da norma.

Neste sentido, o círculo hermenêutico nada mais é do que a ideia de uma circularidade na construção da compreensão/interpretação/aplicação normativa do direito. Um modo interpretativo desvinculado do pensamento positivista (metódico e a-histórico) lógico, e que garanta a resposta hermeneuticamente correta ou adequada à Constituição, pois “nem a autoridade do magistério papal nem o apelo à tradição podem tornar supérflua a atividade hermenêutica, cuja tarefa é defender o sentido razoável do texto contra toda e qualquer imposição”.¹²⁵

Para Gadamer:

[...] O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objeto nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas em nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. Não é uma mera pressuposição sob a qual sempre já nos encontramos, mas nós mesmos vamos instaurando na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo “metodológico; [sic] ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão.”¹²⁶

Para Heidegger o ser-aí (*Dasein*) só podia ser compreendido em si mesmo. Por isso da finitude do sentido do ser, do movimento circular da compreensão. Nas palavras de Ernildo Stein um “círculo hermenêutico que repousa na constituição circular do ser-aí; este se movimenta no ser, enquanto o ser nele se manifesta e simultaneamente o sustenta”.¹²⁷ Este autor ainda observa que:

essa circularidade da problemática, que emerge e repercute na existência, tem suas raízes na condição circular do próprio ser-aí fático, à medida que já sempre se movimenta na relação com o ser, sendo sua própria existência compreensão do ser. Toda problemática filosófica emerge dessa relação básica e a ela retorna. A relação do ser-ser-aí jamais pode ser rompida, pois, dela depende a própria existência fática. É um círculo que sustenta a própria possibilidade da finitude.¹²⁸

¹²⁵GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p.369.

¹²⁶GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Op. cit., p.388-389.

¹²⁷STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano**. 3. ed., Porto Alegre: Movimento, 1983, p. 42.

¹²⁸STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana**. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 265.

Diante do círculo hermenêutico, portanto, Heidegger abandona a ideia de método positivista lógico intencionado ao controle do processo interpretativo (falsa intenção de segurança jurídica) e o interpreta o sentido temporal e histórico do ser. Isso porque o método, como observa Lenio Streck,

sempre chega tarde, porque o *Dasein* já se pronunciou há muito, e a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, rompendo-se a possibilidade de subsunções e deduções, uma vez que, para Heidegger, o sentido é um existencial do *Dasein*, e não uma propriedade ‘colada’ sobre o ente, colocado atrás deste ou que paira não se sabe onde, em uma espécie de ‘reino intermediário’.¹²⁹

É a interpretação a partir do discurso (do questionamento, da interrogação ontológica) do sentido da norma que se encontrará o que foi dito de forma totalmente esgotada naquilo que se falou (hermenêutico) e se tornou manifesto e indiscutível (apofântico). É o desvelamento e velamento do sentido do ser, ou seja, a indagação sobre as possibilidades de sentido trazidas pelo ser-no-mundo e que após sua compreensão atinge um nível de concretude e não se discute mais (até que seja novamente instigada/cogitada por novas possibilidades de compreensão).

O sentido do texto legal (norma) não é algo imposto ou usado pelo sujeito intérprete/aplicador do texto, mas derivado de uma compreensão. Sobre isso, Lenio Streck entende que:

A compreensão é condição de possibilidade para a interpretação. *Compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser.* Definitivamente, compreender (e, portanto, interpretar) *não depende de um método*; por isso, com a hermenêutica da facticidade (fenomenologia hermenêutica), salta-se da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão.¹³⁰

Gadamer observa que o homem só alcança uma compreensão adequada a partir do momento que deseja o justo e esteja ligado ao outro, ou seja, se movimenta junto neste círculo. Para exemplificar tal assertiva, Gadamer faz alusão à Aristóteles sobre o ato de aconselhar, dizendo que o conselho só pode ser dado por um amigo porque este sempre está junto de quem será aconselhado, logo, o conselho o afetará também, porque conhece e faz parte da vida de seu amigo.¹³¹

O direito assim se revela a partir de si mesmo, em um círculo hermenêutico que permanece inelutavelmente na finitude do seu ser, ou seja, no seu modo de ser no

¹²⁹STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e Teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev.ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.240.

¹³⁰STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.317.

¹³¹GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007.p. 425.

mundo temporalmente. Importante ressaltar que em decorrência da finitude do ser, a reflexão sobre o sentido da norma é sempre passageira, não é absoluta, pois ela está sempre envolvida de possibilidades advindas do próprio ser que se transforma constantemente. Por essa razão, a compreensão/interpretação/aplicação do direito é sempre um construir/produzir direito, nunca será “um comportamento meramente reprodutivo”,¹³² pois ele está em constante mudança em razão das diversas possibilidades trazidas à reflexão. O direito é temporal.

Diante do exposto verifica-se que a compreensão da norma está sempre inserida em um círculo hermenêutico de interpretação que se encontra em constante mudança, porque o sentido da norma está sempre em contato com a tradição, a historicidade do mundo vivido do ser que faz parte do próprio ser (*Dasein*). Com isso, toda interpretação é sempre nova e produz novos direitos. Logo, uma decisão hermenêutico-filosófica do sentido do ser nunca poderá compartilhar com o positivismo lógico, com a possibilidade de várias respostas corretas do neopositivismo jurídico, pois cada interpretação que considere a historicidade e o mundo prático do ser, sempre será exclusiva e correta naquele caso. Não há possibilidade de haverem duas ou mais respostas corretas ao mesmo tempo.

2.3. O Princípio Da História Efetual

Para a hermenêutica filosófica, a historicidade possui grande importância como foi observado em momento anterior. Com isso, se verifica que diferentemente da hermenêutica tradicional do século XIX (que entendia que a distância temporal era um problema que afetava a compreensão, pois quanto mais longe da história, mais “puro” e livre dos pré-conceitos estaria o intérprete e, assim, mais possibilidades existiriam de se atingir uma verdadeira compreensão) a hermenêutica ontológica ou jurídico-filosófica insere a historicidade como condição de possibilidade para se chegar ao sentido do ser.

A distância histórica, portanto, para a hermenêutica jurídico-filosófica, não significa nenhuma vantagem interpretativa. A historicidade é o fio condutor da interpretação. É por meio da historicidade que a hermenêutica moderna procurou o verdadeiro sentido do ser, da norma jurídica, por meio do seu “ser-aí”, do seu ser-no-mundo. Uma ontologia fundamental que usa a historicidade como suporte, como meio,

¹³²Ibidem, p.392.

para inter-relacionar os horizontes¹³³ desvelados. A distância, portanto, é o fio condutor que possibilita o acontecer do ser. É o princípio da história efetual, ou seja, a percepção gadameriana sobre a influência que a historicidade exerce sobre o intérprete durante a compreensão do sentido normativo do texto legal.

Neste sentido, Gadamer afirma que “[u]ma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar a realidade da história na própria compreensão”.¹³⁴ A partir daí, este autor apresenta o princípio da história efetual, que é uma reflexão da consciência histórica, dos fenômenos históricos e os efeitos deles na história. Ou seja: para Gadamer:

[a]A consciência histórica deve conscientizar-se de que, na suposta imediatez com que se orienta para a obra ou para a tradição, está sempre em jogo esse outro questionamento, ainda que de uma maneira despercebida e conseqüentemente incontrolada. Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos-nos sempre sob os efeitos dessa história efetual. Ela determina de antemão o que se nos mostra questionável e se constitui em objeto de investigação. E, cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade, esquecemos praticamente a metade do que realmente é, ou melhor, esquecemos toda a verdade deste fenômeno.¹³⁵

Para Jean Grondin a história efetual:

entende-se, desde o século 19, nas ciências literárias, o estudo das interpretações produzidas por uma época, ou a história de suas recepções. Nela se torna claro, que as obras, em determinadas épocas específicas, despertam e devem mesmo despertar diferentes interpretações. A consciência da história efetual[sic], a ser desenvolvida, está inicialmente em consonância com a máxima de se visualizar a própria situação hermenêutica e a produtividade da distância temporal. Porém, a consciência da história efetual [sic] significa, para Gadamer, algo muito mais fundamental. Pois para ele, ela goza do status de “princípio”, do qual se pode deduzir toda a sua hermenêutica.¹³⁶

Assim, para Gadamer, uma reflexão hermenêutica deve ser contrária àquela do objetivismo histórico, metódica, que não aceitava validar qualquer tipo de pré-conceito que se tornava questionável, deixando-os de lado. Isso porque a hermenêutica

¹³³Para Gadamer horizonte “é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto. Aplicando esse conceito à consciência pensante, falamos então da estreiteza do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes. (...) Falamos de horizontes no âmbito da compreensão histórica, sobretudo quando nos referimos à pretensão da consciência histórica de ver o passado em seu próprio ser, não a partir de nossos padrões e preconceitos contemporâneos, mas a partir de seu próprio horizonte histórico”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p.400.

¹³⁴GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer Op. cit., p.396.

¹³⁵GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p. 397.

¹³⁶GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo-RS: Unisinos, 1999, p.190.

se constitui justamente nesta abertura de possibilidades do ser-aí e, por conseguinte, faz surgir o questionamento destes pré-juízos auferidos. É a compreensão do ser em seu mundo (ser-no-mundo), em seu horizonte de possibilidades, da realidade histórica.

Como ressalta Gadamer, se está diante da teoria de Hegel sobre a experiência¹³⁷ do mundo vivido do ser que:

só se atualiza nas observações individuais. Não se pode conhecê-la numa universalidade prévia. É nesse sentido que a experiência permanece fundamentalmente aberta para toda e qualquer nova experiência – não só no sentido geral da correção dos erros, mas porque a experiência está essencialmente dependente de constante confirmação, e na ausência dessa confirmação ela se converte necessariamente noutra experiência diferente.¹³⁸

A partir disso, uma experiência nunca poderá ser a mesma, pois sempre haverá um fato novo incluso no mundo do ser que implicará nova experiência do que já foi experimentado anteriormente. “Aquele que experimenta se torna consciente de sua experiência, tornou-se um experimentador: ganhou um novo horizonte dentro do qual algo pode converter-se para ele em experiência”.¹³⁹

Gadamer observa que quando:

nossa consciência histórica se transporta para horizontes históricos, isso não quer dizer que se translade a mundos estranhos que nada têm a ver com o nosso; ao contrário, todos eles juntos formam esse grande horizonte que se move a partir de dentro e que abarca a profundidade histórica de nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente. Na realidade, trata-se de um único horizonte que engloba tudo quanto a consciência histórica contém em si. O nosso próprio passado e o dos outros, ao qual se volta a consciência histórica, faz parte do horizonte móvel a partir do qual vive a vida humana, esse horizonte que a determina como origem e tradição.¹⁴⁰

Com isso Gadamer conclui que “[e]xperiência é, portanto, experiência da finitude humana”¹⁴¹. Ou seja, a “verdadeira experiência é aquela na qual o homem se torna consciente de sua finitude. Nela, a capacidade de fazer e a autoconsciência de uma razão planificadora encontram seu limite”.¹⁴² Com isso verifica-se que o sujeito intérprete está inserido no mundo experimentado, assim como produz experiência, e assim abre-se para novas experiências sucessivas. Logo, o sujeito intérprete tem

¹³⁷“Este é o ponto em que Hegel nos aparece como um testemunho importante. Na *Fenomenologia do espírito* mostrou como faz experiências a consciência que quer adquirir certeza de si mesma”. Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p.463.

¹³⁸GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p.460.

¹³⁹Ibidem, p.463.

¹⁴⁰Ibidem, p.396.

¹⁴¹Ibidem, p.466.

¹⁴²Ibidem, p.467.

consciência do que foi experimentado, tem consciência da história efetual, e como “autêntica forma de experiência, ela terá que refletir a estrutura geral da experiência. Assim, teremos de buscar na *experiência hermenêutica* os elementos que antes tínhamos distinguido na análise da experiência”.¹⁴³

Uma experiência, portanto, vinculada à tradição, em que a compreensão do termo tradição requeira um horizonte histórico.

Mas não é verdade que alcançamos esse horizonte deslocando-nos a uma situação histórica. Ao contrário, para poder nos deslocar a uma situação precisamos já sempre possuir um horizonte. Pois, o que significa deslocar-se? De certo que não será simplesmente “fazer abstração de si mesmo”. É claro que isso é necessário na medida em que precisamos realmente representar-nos uma situação diferente. Mas é preciso que nós próprios nos transportemos até essa outra situação. Somente assim se satisfaz o sentido de “deslocar-se”. Se nos deslocamos, por exemplo, à situação de um outro homem, então vamos compreendê-lo, isto é, tornamo-nos conscientes da alteridade e até da individualidade irredutível do outro precisamente por *nos* deslocarmos à sua direção.¹⁴⁴

Uma consciência do intérprete sobre a historicidade do ser-em-si. Uma consciência da situação hermenêutica que desvela o mundo vivido do ser. O intérprete que é parte integrante do ato interpretativo pertence à tradição que quer compreender. É o horizonte onde situa o intérprete e o horizonte do ser. No entanto, Gadamer ressalta que, na realidade o

projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou um momento na realização da compreensão, e não se prende na auto-alienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão dá-se uma verdadeira fusão de horizontes que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão. Nós caracterizamos a realização controlada dessa fusão como a vigília da consciência histórico-efetual. Se o positivismo estético e histórico, herdeiro da hermenêutica romântica, ocultou essa tarefa, precisamos reafirmar que o problema central da hermenêutica se estriba precisamente nisso. É o problema da *aplicação*, presente em toda compreensão.¹⁴⁵

“A consciência hermenêutica tem sua consumação não na certeza metodológica sobre si mesma, mas na comunidade de experiência que distingue o homem experimentado daquele que está preso aos dogmas”.¹⁴⁶

A tradição transcendida ao intérprete por meio da experiência hermenêutica garante que o direito aplicado por meio do modelo hermenêutico seja “antes, a

¹⁴³GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p.467.

¹⁴⁴GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Op. cit., p.403.

¹⁴⁵Ibidem, p.405.

¹⁴⁶Ibidem, p.472.

verdadeira compreensão do próprio [sentido] universal que todo texto representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito”,¹⁴⁷ pois é a partir da consciência da história efetual que se obtém conhecimento. De maneira que a realidade coloque limites à “onipotência” da reflexão jurídica, e com isso, limites também à concreção do direito, a aplicação do direito.

Jean Grondin observa, neste sentido que:

A história efetual[sic] não está em nosso poder ou à nossa disposição. Nós estamos mais submissos a ela, do que disso podemos ter consciência. Em toda a parte onde nós compreendemos, a história efetual[sic] está em ação como horizonte que não pode ser questionado retroativamente, até a clareza definitiva daquilo que pode parecer-nos significativo e questionável. Desta forma, a história efetual[sic] obtém a função de uma instância basilar para cada compreensão, a partir da qual toda a compreensão continua determinada, evidentemente também ali onde ela não quer admiti-lo. Segundo ‘Verdade e Método’, Gadamer encontrou a fórmula expressiva, segundo a qual a consciência da história efetual[sic] seria propriamente “mais ser do que consciência”. Ela impregna a nossa “substância” histórica de uma forma que não permite ser conduzida à última nitidez e distância.¹⁴⁸

Como observa Gadamer, o “interesse histórico não se volta apenas aos fenômenos históricos ou às obras transmitidas, mas tem como temática secundária o efeito dos mesmos na história”.¹⁴⁹ Isso porque,

A consciência histórica deve conscientizar-se de que, na suposta imediatez com que se orienta para a obra ou para a tradição, está sempre em jogo esse outro questionamento, ainda que de uma maneira despercebida e conseqüentemente incontrolada. Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos-nos sempre sob os efeitos dessa história efetual. Ela determina de antemão o que se nos mostra questionável e se constitui em objeto de investigação. E, cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade, esquecemos praticamente a metade do que realmente é, ou melhor, esquecemos toda a verdade deste fenômeno.¹⁵⁰

Com isso verifica-se que Gadamer preocupou-se com uma reflexão do sentido do ser, ou seja, com o deslocamento, a transcendentalidade de horizontes sob a influência do tempo, da consciência histórica de quem desejava conhecer. Isso porque, horizonte é algo por meio do qual o intérprete encontra um fio condutor para trilhar o sentido da compreensão. Um horizonte que está representado por todos os nossos pré-conceitos além daquilo que não se consegue ver. Ou melhor, se está diante de uma

¹⁴⁷Ibidem, p.447.

¹⁴⁸GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo-RS: Unisinos, 1999, p.190-191.

¹⁴⁹GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p.397.

¹⁵⁰GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p.397.

constante formação de horizontes, porque sempre estamos buscando verificar a validade dos nossos pré-conceitos, sempre está se aplicando o que se compreende e interpreta. E assim, com base no conceito de horizonte como âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto, que Gadamer explicou sua preocupação tangenciada à história efetual. Ou seja, a partir do horizonte histórico, da consciência histórica e não dos padrões e pré-conceitos contemporâneos do sujeito, havia a possibilidade de se ver o passado em seu próprio ser.¹⁵¹

2.4. Compreensão, Interpretação e Aplicação do Direito

Como vem sendo analisado durante a presente pesquisa, a hermenêutica fenomenológica procurou desvincular-se da hermenêutica tradicional, que cindia em momentos distintos a compreensão da interpretação e da aplicação. Com isso a hermenêutica fenomenológica trouxe à discussão uma diferença ontológica entre a compreensão, a interpretação e aplicação normativa. Ou seja, uma diferença sobre o modo como o sentido do ser se apresenta (fenomenologicamente) ao sujeito intérprete.

A diferença ontológica nada mais do que aquela diferença entre ser e ente. A expressão sobre o ser do ente enquanto ele mesmo. Para Heidegger,

[...] O ontológico é o que concerne ao *ser* do ente. A diferença ontológica é aquela diferença que concerne ao ser do ente; mais exatamente, a diferença na qual tudo o que há de ontológico se movimenta e que tudo o que há de ontológico pressupõe para a sua possibilidade interna; a diferença na qual o ser se diferencia do ente que ele ao mesmo tempo determina em sua constituição ontológica.¹⁵²

No desenvolvimento de sua filosofia hermenêutica, Heidegger analisou a questão da verdade de algo, sobre aquilo que realmente ele é. Para tanto, buscou a revelação ôntica do ser. Revelação esta que acontece “num sentir-se situado em meio ao ente, marcado pela disposição de humor, pela impulsividade e em comportamentos em face do ente, tendências e volitivos que se fundam naquele sentimento de situação”¹⁵³. É a revelação do ente a partir do desvelamento do ser. Um desvelamento

¹⁵¹“Acreditamos estar compreendendo quando vemos a tradição a partir do ponto de vista histórico, isto é, quando nos deslocamos à situação histórica, procurando reconstruir seu horizonte”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p. 401.

¹⁵²HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos Fundamentais da Metafísica**. mundo, finitude, solidão. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.411.

¹⁵³HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência do fundamento. A determinação do ser do ente segundo Leibniz, Hegel e os gregos**. Trad. e notas com uma introdução ao método fenomenológico heideggeriano de Ernildo Stein. Revisão de José Geraldo Nogueira Moutinho. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971, p.37.

que é caracterizado como a obtenção da verdade sobre o ser. Um desvelamento que Heidegger chamou de “*verdade ontológica*”. Ou seja:

Não há dúvida, [que] os termos “ontologia” e “ontológico” são multívocos e de tal maneira, que, justamente, escondem o problema propriamente dito de uma ontologia. *Lógos* do *ôn* significa: o interpelar (*légein*) do ente enquanto ente, significa, porém, ao mesmo tempo o *horizonte* (*woraufhin*) em direção do qual o ente é interpelado (*legónenon*). Interpelado algo enquanto algo não significa ainda, necessariamente: *compreender* o assim interpelado *em sua essência*. A *compreensão* do ser (*logos* num sentido bem amplo) que previamente ilumina e orienta todo o comportamento para com o ente não é nem um captar o ser como tal, nem um reduzir ao conceito o assim captado (*lógos* no sentido mais estrito – conceito “ontológico”). A compreensão do ser, ainda não reduzida ao conceito, designamos, por isso, compreensão pré-ontológica ou também ontológica, em sentido mais amplo. Conceituar o ser pressupõe que a compreensão do ser se tenha elaborado a si mesma e que tenha transformado propriamente em tema e problema o ser nela compreendido, projetado em geral e de alguma maneira desvelado.¹⁵⁴

Neste sentido, se verifica que a hermenêutica tradicional, em razão da sua bagagem metafísica (que objetificava o sujeito ou, por vezes, subjetivava o objeto) ela fazia distinção entre compreensão, interpretação e aplicação (*subtilitas intelligendi; subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*). Mas com o advento dos pensamentos hermenêutico-fenomenológicos (fenomenologia ontológica), se verifica que os níveis de interpretação são indissociáveis um dos outros. Com isso o processo hermenêutico interpretação se tornou um processo unitário. Ou seja, não há mais a possibilidade de se conceber uma interpretação normativa baseada na cisão entre os elementos da compreensão, interpretação e aplicação, porque eles fazem parte de todo o conjunto interpretativo.

Neste sentido, para Heidegger, a compreensão é um projetar de possibilidades do sentido do ser. Um “poder-ser”¹⁵⁵ do próprio ser. Heidegger diz que o “ver” é uma apreensão livre do “como” e por isso, é uma visão meramente compreensiva. No entanto, a partir do momento em que se projeta o “como ver”, então, ter-se-á a interpretação.¹⁵⁶ A interpretação é, portanto, a “estrutura-como” do sentido do ser.

Nisto reside que a interpretação de algo sempre parte de uma posição prévia, que é a pré-compreensão. Para se interpretar, desde-já-sempre o seu modo de ser já foi compreendido. Porém é impossível cindir em etapas cada elemento, pois eles ocorrem

¹⁵⁴HEIDEGGER, Martin. *Sobre a essência do fundamento. A determinação do ser do ente segundo Leibniz, Hegel e os gregos*. Trad. e notas com uma introdução ao método fenomenológico heideggeriano de Ernildo Stein. Revisão de José Geraldo Nogueira Moutinho. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971, p.37-38.

¹⁵⁵HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte II. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Rio de Janeiro: Vozes; São Paulo: Universidade São Francisco, 2005, p.204.

¹⁵⁶HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte II. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Op. cit., p.206.

de modo concomitante. A atribuição de possibilidades e a estruturação do “como” analisá-las já foi pré-concebida, sem intervenção do sujeito. Já vêm pré-dadas ao sujeito diante da mundanidade do ser.

A mesma diferença ontológica deve ser feita ao elemento “aplicação”. Isso porque só se pode aplicar algo desde que já o tenha. Assim, imprescindível que já se tenha passado pela compreensão e interpretação do texto normativo, para conseguir aplicá-lo ao caso concreto. Ocorre que, tal aplicação não quer dizer, assim como na compreensão/aplicação, que ela possa ser cindível. Na realidade, quando se passa pela estrutura do “como” se compreendeu e o interpretou, já houve a aplicação histórica e prática daqueles horizontes do sentido do ser.

Para ilustrar esse acontecimento, Gadamer faz uma comparação ao caso do artesão que possui um projeto da coisa a ser construída além das regras para a execução daquela obra. O que, em caso de haverem mudanças, o artesão, no máximo, terá que adaptar seu projeto a algumas circunstâncias e dados concretos que irão modificar (“reduzir”) àquele plano pré-concebido. Essa redução (a mudança; o redefinir em conformidade) durante a execução é considerada por Gadamer como “uma real aplicação de seu saber”.¹⁵⁷ No entanto, no que tange ao direito, pode ser verificado que:

Ao contrário, todo aquele que “aplica” o direito se encontra em uma posição bem diferente. É verdade que na situação concreta ele se vê obrigado a atenuar o rigor da lei. Mas se o faz, não é porque não seja possível fazer melhor, mas porque senão estaria cometendo injustiça. Atenuando a lei não faz reduções à justiça, mas encontra um direito melhor.¹⁵⁸

Com isso, Gadamer diz que a lei por ser de caráter geral ela não pode conter toda a realidade prática em sua concreção. Nisto reside o problema da hermenêutica jurídica, qual seja: a deficiência da lei, “não em si mesma, mas porque, frente ao ordenamento a que se destinam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas”.¹⁵⁹ A realidade humana é sempre inovada, diferente, que se desenvolve constantemente.

Neste sentido, é possível verificar que em toda compreensão/interpretação já se produziu uma aplicação, pois ao mesmo tempo em que o sujeito compreendeu o

¹⁵⁷GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p. 418-419.

¹⁵⁸ibidem, p. 419.

¹⁵⁹GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Op. cit., p. 419.

sentido da norma, ele desde-já-sempre se manteve dentro do sentido compreendido, fazendo parte dele. A aplicação, portanto, é elemento indispensável para a circularidade da compreensão.

O intérprete que estiver frente a um caso concreto terá como matéria-prima a compreensão histórica do ser que é apresentado (desvelado) em seu mundo vivido. Ele, então deverá analisar as possibilidades semânticas advindas e ao mesmo tempo aplicá-las ao caso concreto. Logo, não há cisão entre compreender, interpretar e aplicar. Estes elementos formam um todo do conjunto “interpretativo”.

O texto legal não é somente texto ou enunciado linguístico, mas é a partir dele que se tem o sentido do ser, ou seja, da norma. No entanto, nem por isso é possível cindir um do outro, pois não existe texto sem norma, nem norma sem texto. Lenio Streck afirma que a “norma e texto são distintos porque são diferentes, e não porque há uma separação ou que ambos tenham uma ‘existência’ autônoma”.¹⁶⁰ Ele acrescenta quando diz que é impossível cindir texto e norma porque se daria margens para o subjetivismo, como ocorreu na teoria axiológica (relativa a valores) da interpretação. Nem por isso, também, se pode dizer que entre texto e norma há uma “colagem”, porque a partir desta equivocada afirmação “abriria espaço para o formalismo de cunho objetivista”.¹⁶¹ O que há, portanto, é uma diferença no modo como se descreve fenomenologicamente o ser do ente em decorrência da incidência do tempo. Ou seja,

quando trabalho a *diferença* entre texto e norma, não estou me referindo a um texto (enunciado lingüístico-assertório) ao qual o intérprete atribui uma norma (baseada na ‘realidade’), ou um ato de subjetividade do intérprete dando sentido a um texto (texto de lei, etc.). Nos pressupostos aqui tratados, texto e norma *não são* coisas separadas (cindidas estruturalmente). Texto e norma não podem ser vistos/compreendidos isoladamente um do outro. E não é tarefa do intérprete “extrair um sentido oculto do texto”, como defendem algumas posturas axiológicas. Não! Definitivamente, não! Texto e norma são diferentes em face da diferença ontológica – e esta é talvez a diferença fundamental entre o que sustento e outras concepções hermenêuticas -, porque o texto só será compreendido na sua norma, e a norma só será compreendida a partir do seu texto. E não há textos “sem coisas”.¹⁶²

O ser só existe no seu ente, assim como o ente só existe no seu ser. É a consciência efetual que Gadamer propôs. Não há como pensar o sentido da norma sem passar por aquele texto, fazendo cisões de palavras. “Texto é evento. Texto é fato;

¹⁶⁰STRECK, Lenio Luiz. Diferença (Ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. 46, n.1. Coimbra: Coimbra, 2005, p.55-84.

¹⁶¹STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e Teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev.ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.286.

¹⁶²STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e Teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Op. cit., p.286-287.

fato é texto”.¹⁶³ Portanto, não há só textos, mas, também, normas resultantes da compreensão/interpretação advindas daquelas possibilidades do ser-no-mundo (*Dasein*), assim como também não há só normas, pois são nelas que acontece o direito.

O ato interpretativo não se refere, apenas, à interpretação do sentido gramatical, sintático ou semântico de textos ou ainda obter uma compreensão histórica deles, mas envolve todo o contexto da história efetual do ser. Como afirma Lenio Streck:

Na verdade, o texto não subsiste *como* texto; *não há texto isolado da norma!* O texto já aparece na “sua” norma, porque não interpretamos por partes; interpretar é aplicar (*applicatio*). O sentido do texto (que é a sua norma) ex-surge do processo de atribuição de sentido do intérprete, sendo que, para isto, como será demonstrado em seguida, *não existe um processo de discricionariedade do intérprete*, uma vez que a atribuição de sentido ex-surgirá de sua situação hermenêutica, da tradição em que está inserido, enfim, a partir de seus pré-juízos. A diferença ontológica, *locus* do ato aplicativo (*applicatio*) funciona, assim, como garantia contra essa discricionariedade representada por uma pretensa “liberdade de atribuição de sentidos”. Por isso a hermenêutica não é relativista. A *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque decorre da antecipação de sentido que é próprio da hermenêutica de cariz filosófico que rompeu com o método. Aquilo que é condição de possibilidade – pré-compreensão/antecipação de sentido – não pode vir a transformar-se em um “simples resultado”, manipulável pelo intérprete. Dito de outro modo, mostrar a hermenêutica como produto de raciocínio feito por etapas (partes) foi a fórmula que o pensamento metafísico (do qual a dogmática jurídica é refém) encontrou para “subjugar” os sentidos dos textos. A pré-compreensão antecipadora do sentido de algo ocorre à revelia de qualquer “regra epistemológica” ou método que fundamente esse sentido.¹⁶⁴

Neste sentido, a norma jurídica só existe em seu texto legal e o texto legal só existe no mundo vivido da norma, isso porque a norma é produto de atribuição de sentido a um texto. Quando se depara com um texto legal, é apresentado, ao intérprete, concomitantemente, várias possibilidades de existência (pre-sença) do direito que respondem (clareiam, desnudam) os questionamentos hermenêuticos sobre seu sentido a ser conquistado. Daí resulta que para a conquista do sentido da norma, é preciso fazer uso do texto, e o texto, por sua vez, está condicionado a toda estrutura “como” da norma. Apesar do texto ser uma coisa distinta da norma, ele não se separa dela. Um não é cindível ao outro, pois um não subsiste sem o outro, por isso a importância do reconhecimento de que a única diferença entre estes elementos é de cunho ontológico.

A norma é a atribuição de sentido ao texto. Logo, o texto só é em sua norma. E para se obter este sentido da norma, é necessário clarear aqueles questionamentos

¹⁶³Ibidem, p.287.

¹⁶⁴STRECK, Lenio Luiz. Diferença (Ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. v. 46, n.1. Coimbra: Coimbra, 2005, p.55-84.

hermenêuticos que não são impostos a um determinado objeto, mas decorrem de uma interpretação advinda da compreensão do ser no seu mundo vivido (faticidade). Por isso, Lenio Streck afirma que

[i] Isso significa poder afirmar que o texto sempre já traz “em si” um compromisso – que é a pré-compreensão que antecipa esse “em si” – e que é o elemento regulador de qualquer enunciado que façamos a partir daquele texto. Esse elemento regulador é o *als* (como) hermenêutico que acompanha e precede o *als* (como) apofântico (estrutura do texto ou, se quiser, enunciado manifestativo). A diferença ontológica só se compreende e somente faz sentido porque ela é o elemento fundamental do modo de ser no mundo (modo prático de ser no mundo). Esse modo de ser no mundo já e sempre uma dimensão de mundo que nos determina e que trazemos conosco. *Ser-no-mundo é uma dimensão que é, ao mesmo tempo, hermenêutica e apofântica.* Ou seja, a partir da diferença ontológica é impossível cindir o elemento hermenêutico do elemento apofântico. É nessa diferença que se dá o sentido, donde é possível afirmar que a incindibilidade do “como hermenêutico” do “como apofântico” é a garantia contra a atribuição arbitrária de sentidos assim como a atribuição de sentidos arbitrários.¹⁶⁵

Com base nisto verifica-se que a interpretação não pode ser cindida da compreensão, assim como a aplicação não pode ser cindida da interpretação e, por conseguinte, da compreensão. Isso porque quando se depara com o texto legal, se depara, imediatamente, com o ser em seu ser-aí. Texto é evento (contém historicidade), ele nos é clareado pelas pré-compreensões do ser-em-si, e a partir dele é auferido um sentido ao texto legal (ou seja, é conquistado o sentido da norma) porque desde-já-sempre o compreendemos. Logo, se o compreendemos, também o interpretamos segundo seu modo de ser no mundo e, conseqüentemente, o aplicamos ao caso concreto.

Não há rupturas, não há como desvincular a interpretação da compreensão, nem a aplicação da compreensão e da interpretação. Ou seja, essas três operações intelectivas não são cindíveis, e por isso, não se pode falar em interpretação por etapas, porque estes elementos concorrem entre si, não há como discernir quando começa ou termina a ação de um elemento. Todos concorrem integralmente para o fim precípua que é a interpretação. Daí surge a crítica hermenêutica sobre a metodo-logia da compreensão metafísica, porque se não há como cindir, não há como estabelecer regras ou métodos sobre “como interpretar”. E mais: não há como pretender atingir “a” resposta metodologicamente correta, porque todo ser só existe no seu ente, no seu mundo da vida.

¹⁶⁵STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e Teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev.ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.288-289.

Não há construção de condições ideais de compreensão, pois a norma legal só é obtida a partir do seu modo de ser no mundo (historicidade). E isso significa que o sentido da norma jurídica reflete uma pré-compreensão do sentido do ser que desde-já sempre esteve à frente de qualquer tentativa de metodologia. Afinal, o ser é (acontece) no seu ente e não fora dele, ou por etapas.

É a figura do círculo hermenêutico da interpretação em que todo o conjunto interpretativo (compreender/interpretar/aplicar) do direito se encontra em constante movimento de circulação. Um elemento não é rompido do outro. Com isso, quando o juiz se depara com a norma frente ao caso concreto, ele sempre terá uma pré-compreensão desde-já dada pelo ser-no-mundo (“como” hermenêutico). Essa pré-compreensão das possibilidades semânticas do texto em conjunto com todos os elementos das circunstanciais fáticas do caso (“como” apofântico) deverão ser interpretada e aplicadas.¹⁶⁶ Enfim, o juiz cria o direito, porque não há como reproduzir um direito que teve suas particularidades distintas das atuais envolvidas. O mundo vivido do ser nunca será apresentado ao intérprete da mesma forma que a anterior experimentada.

Por essas razões, a hermenêutica fenomenológica, que tem como tarefa a defesa do sentido do texto contra toda e qualquer imposição método-lógica, ser contrária ao positivismo lógico. A hermenêutica jurídico-filosófica contempla a historicidade do mundo vivido do ser. A transcendentalização do mundo prático. Ela passou pela invasão da filosofia da linguagem. Ela deslocou o sentido da norma para a linguagem. Com isso os impactos dessa concepção hermenêutica sobre a prática interpretativa do direito romperam com toda a tradição analítica da interpretação de subsunção do positivismo jurídico.

¹⁶⁶Nesta seara situa a crítica hermenêutica fenomenológica de caráter não procedimental à teoria discursiva, que tem como referencial teórico Jürgen Habermas, porque para a fenomenologia hermenêutica os pré-conceitos são obtidos a partir do mundo vivido do ser e não a partir de uma racionalidade discursiva (consenso) de situações ideais. Na há, pois discricionariedade. A norma é o que se apresenta, ou o que traz consigo, e não o que pensam para chegar nela. Não há um ideal de compreensão, como se houvesse um “grau zero” na compreensão, a partir do qual se poderia obter a melhor resposta metódica.

3. A COMPREENSÃO HERMENÊUTICA DOS PRINCÍPIOS

3.1. Concepções Tradicionais de Princípio

Com a problemática da aplicação do direito, a interpretação jurídica dos princípios ganhou espaço neste contexto discursivo, pois um ordenamento jurídico capaz de normatizar as relações jurídicas dos sujeitos de direito (homens que vivem em uma sociedade, organizações e instituições), deve analisar direitos e deveres destes sujeitos com base no seu mundo vivido. Ela precisa conceber um conjunto normativo que se inter-relacione entre si. Que sejam co-originários. Que seja um todo congruente. Em que o papel fundamental de cada imposição normativa seja conhecida. Um ordenamento que conheça a função das regras, dos princípios para então aplicá-los ao caso concreto. Ou seja, tentar buscar a solução da problemática realização (interpretação/aplicação) do direito.

Tradicionalmente, os princípios foram entendidos como critérios normativos realizados pela mediação da interpretação. Mas o conteúdo desses princípios, o seu sentido só pode ser autenticamente alcançado mediante uma busca pelo nexos entre a norma (que é um preceito jurídico) e a interpretação jurídica. Um nexos que se tornou essencial, porque como observa Castanheira Neves “a norma só vem a ser interpretativamente determinada através da concreta resolução dos problemas jurídicos que nela se fundamente ou que a invoque como seu critério”.¹⁶⁷

No entanto, Castanheira Neves, ressalta que por mais importante que seja hoje a exigência da interpretação ou a sua mediação necessária frente a esta problemática da interpretação/aplicação da norma jurídica ao caso concreto, nem sempre foi assim. Isso pode ser verificado no contexto da Escola da Exegese, por exemplo, em que a interpretação jurídica sequer era considerada uma necessidade na prática na aplicação do direito, e que ainda hoje deixaram resquícios da tese de exclusão da interpretação na intenção (equivocada) de excluir as abusivas interpretações (arbitrio judicial) e, assim, garantir uma interpretação epistemológica (de certeza) do direito.

¹⁶⁷ CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995, p.338.

A tese da exclusão da interpretação que pode ser denotada por meio da expressão enunciada pelos juristas medievais “*in claris non fit interpretatio*”,¹⁶⁸ que, no entanto, como observa Castanheira Neves, não tem fundamento porque “a «clareza» é ela própria um resultado interpretativo e não é a obscuridade do texto que justifica a interpretação, antes é a concreta realização do direito que a não pode nunca dispensar”.¹⁶⁹ Ou seja, não há como excluir a interpretação na intenção de que a lei já é clara, porque para ser clara isso já é resultado de interpretação (já houve interpretação para dizer que tal texto é claro ou não).

Assim, com o positivismo exegético, o Iluminismo Francês, logo surgiu também o problema da subjetividade e da arbitrariedade na utilização dos princípios gerais de direito. Contudo, com o advento da Escola de Exegese (do francês *L'École de l'exégèse*), que surgiu na França do início do século XIX, foi afastado, completamente, a referência aos princípios gerais do direito.

A propósito, Castanheira Neves observa que a Escola da Exegese:

caracterizava-se, no seu sentido mais geral, por entender o direito como o conjunto dos textos legais sistematizados nos códigos – no Code civil antes de mais, pois a E.E. liga-se sobretudo à obra de civilistas – e para os submeter a uma estrita hermenêutica exegética que culminava numa determinação dogmática, de índole lógico-analítica e dedutiva. O que, traduzindo uma ruptura já com a concepção de direito, já com o pensamento jurídico que tinham sido dominantes durante o Ancien Régime, só pode entender-se se tivermos presentes alguns dos seus pressupostos mais relevantes, a radicarem no contexto cultural político jurídico francês imediatamente anterior e imediatamente conseqüente à Revolução de 1789.¹⁷⁰

A codificação francesa, neste sentido, apesar de ter sido iluminista européia, desta se distinguiu, pois nela foram encontrados pressupostos filosófico-jurídicos dentro do jusnaturalismo moderno-iluminista. Um pressuposto político-jurídico diante do legalismo demo-liberal e um pressuposto cultural em relação ao fenômeno jurídico da codificação pós-revolucionária. Em razão desses pressupostos, os intérpretes do direito da Escola da Exegese estavam dogmaticamente proibidos de recorrer aos princípios, já que o Código Civil era auto-suficiente.

O direito vigente durante a Escola de Exegese possuía, assim, alguns postulados que eram tidos como “postulados capitais”. Com isso o direito

¹⁶⁸Tradução livre: no que é claro não cabe interpretação.

¹⁶⁹CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 2. Coimbra: Coimbra, 1995.p.338.

¹⁷⁰*Ibidem*, p. 181

manifestava-se unicamente nas leis e não haveria outro direito além daquele que as leis prescreviam. Era admitida uma forma de compreensão jusnaturalista (de bivalência do sentido da própria lei como direito-razão natural e prescrição legislativo-estatal (estatismo jurídico)).

A Escola de Exegese surgiu, no ordenamento jurídico-filosófico, como um estrito positivismo exegético, com uma metodologia centrada na análise puramente sintática do texto do Código Civil de Napoleão, a qual tinha a incondicional fidelidade aos textos legais como princípio metodológico fundamental. A simples leitura das formulações (da letra da lei, elemento puramente textual) já implicava interpretação do texto e, portanto, interpretação da lei.

Mesmo nos casos de lacunas estava proibida a referência aos princípios. Mesmo depois de esgotadas todas as tentativas subsuntivas de solução para o caso, a decisão do juiz, a ser tomada, deveria ser uma espécie de recusa da pretensão jurídica. Pois se um caso não estava previsto, direta ou indiretamente, na lei, ele não estava amparado pelo direito, porque o direito era a lei. Ou seja, estava fora da aplicação jurídica.

Por outro lado, enquanto na França vigorava a Escola da Exegese, na Alemanha a influência maior foi o pensamento de Savigny, com a sua Escola Histórica do Direito. A Escola Histórica surgiu, assim, no contexto geral do Romantismo alemão como um vasto movimento cultural no final do século XVIII e início do século XIX. Ele tinha como pensamento essencial a oposição aos pensamentos racionalistas moderno-iluminista de cunho ideal, abstrato e a-histórico de construção do direito.

A Escola Histórica buscava construir, a partir da alma dos povos, a sua origem e essência. Uma concreta investigação histórica da experiência compreensiva cultural. Com isso recusavam as concepções *a priori* e racionais-teleológicas características do iluminismo. Ernildo Stein observa que:

A Escola Histórica tenta encontrar uma maneira de dar universalidade ao conhecimento humano (liberdade, vontade) sem recorrer nem às teorias da representação (Kant) nem às teorias da construção (Hegel). Inclina-se para o lado do paradigma existencial. Recusa a separação entre sensibilidade e inteligibilidade. Inicia-se então a polêmica epistemológica entre os neokantianos e a Escola Histórica, surgindo a teoria da compreensão, que aparece como um outro “órgão” de conhecimento, só que não trabalha subordinado à ontologia da coisa (que não se poderia aplicar à liberdade

humana). Infelizmente o conceito de compreensão não fica bem esclarecido.¹⁷¹

Neste sentido, o direito, a dogmática civilística, eram pensados como em uma dimensão liberal e universalizante em contraponto ao caráter conservador. Como crítica¹⁷² e repúdio ao jusnaturalismo iluminista. Ou seja, o direito não era mais concebido como norma axiomática-racional (deduzida), ou como uma prescrição legislativa arbitrária da vontade política, mas sim como uma entidade cultural fundada na história (costumes, tradição, etc.) e que dependia de uma explicitação científica. Com isso, surge, no ordenamento jurídico, uma concepção já dada (tese da natureza histórica). Uma concepção do direito em que havia um reconhecimento da historicidade como princípio ou categoria constitutivo (repudiavam a codificação, o direito legislado), além do problema das fontes do direito e a necessidade de uma mediação para determinar estes dados históricos. O que se conclui que todo direito nasceu, primeiramente, dos costumes e das crenças do povo e depois, pela jurisprudência (pelos juristas que faziam a mediação), mas não pela arbitrariedade do legislador, pois os juristas eram representantes autênticos da consciência jurídica da comunidade.

Para Castanheira Neves, o resultado disso é paradoxal, pois

o modo como esse elemento sistemático-filosófico ou científico-sistemático foi compreendido – num sentido epistemologicamente kantiano, i.é, formal racionalmente universalizante, e a evoluir, já em PUCHTA, para um sentido simplesmente abstracto-generalizante –, associado à função produtiva do *Juristenrecht* ou do «direito científico» não podia deixar de determinar, como determinou na verdade, a recuperação de um sistemático racionalismo normativo, e em termos justamente de se ter já reconhecido na Escola Histórica uma indesmentível «herança jusnaturalística» - «simultaneamente vencedora do ‘direito natural’ e sua herdeira» (...) que sacrificava e acabou mesmo por expulsar a «dimensão histórica».¹⁷³

A Escola Histórica optou, neste sentido, pela investigação sistemática e abandona a real investigação histórica (o direito histórico-social; a comunidade como histórica), passando a fazer uso de materiais históricos. A partir disso, a hermenêutica interpretativa prefigurou-se na dogmática.

Neste contexto, surgiu na Alemanha, início dos anos 1900 e 1930, um movimento de crítica à Escola da Exegese. Um movimento revolucionário de

¹⁷¹STEIN, Ermildo. **Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2008, p.32.

¹⁷²De acordo com Castanheira Neves, é importante observar que “essa crítica significava a recusa de uma concepção estatal do direito e que, postulando em último termo a oposição entre o povo e Estado (...) o que traduzia em uma concepção espiritual-cultural e não política do direito”. Cfr. CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.2. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p.207.

¹⁷³CASTANHEIRA NEVES, A. Op. cit., p.211.

concepção, interpretação e aplicação do direito que defendia a plena liberdade do juiz em suas decisões, garantindo-lhe poderes para, inclusive, ir de encontro (confronto) à lei. Era o denominado movimento do Direito Livre.

O movimento do Direito Livre foi uma corrente do pensamento jurídico dentro do próprio pensamento jurídico, ou seja, um meta-pensamento, uma autocrítica e tentativa de se auto-superar. Esse movimento teve grande destaque, principalmente na cultura européia, justamente no plano do iluminismo, da dimensão do intelectualismo teórico-analítico e sistematicamente abstracto, pois defendia que a razão haveria de reconhecer a vontade. Ao contrário da Escola da Exegese, o fundamento originário do direito não era a razão, mas sim uma vontade impulsionada pela emocional intuição valorativa (axiológica).

Desse modo, a Escola do Direito Livre combateu a exclusividade da lei como fonte de direito e, simultaneamente, a identificação do direito com a lei. Para tanto, pregavam a existência e aplicação de fontes extralegais como o direito costumeiro. Eles assumem, explicitamente, a lacunosidade da lei. O direito e o pensamento jurídico pertenciam à esfera axiológico-normativa e prático-emocional. É o direito como razão prática e não mais teórico conceitual. E isso significava o reconhecimento da legitimidade, inclusive, da decisão contra *legem*.

Com essa concepção, o juiz (como intérprete e aplicador da lei) possuía em suas mãos o poder de decidir com um cunho subjetivo muito extenso, pois ele tinha que valorar o momento em que a fundamentação da decisão devia contrapor-se ao direito para atingir o bem maior para a sociedade. Em seguida, devia valorar como aplicar tal regra contrária à lei. No entanto, para que isso ocorresse, era necessário que fosse aplicado um método jurídico, sob pena de se deixar toda a experiência jurídica entregue à subjetividade do julgador.

Com essa falta de um momento para a lei juntamente com todos os outros momentos o pensamento do movimento da Escola do Direito Livre perdeu forças, pois não conseguiu gerenciar todos os fatores importantes em seus respectivos momentos em uma decisão jurídica e assim defender a tese da decisão contra *legem*.

Apesar disso, o movimento da Escola do Direito Livre teve grande contribuição no plano jurídico porque a partir dele que se colocou em evidência de que a lei não conseguia prever todos os pontos específicos de um caso litigioso. Além

disso, a questão da decisão jurídica concreta e seus momentos também foram suscitados levando em consideração fatores sociais valorativos, finalidades sociais não introduzidos no campo da decisão jurídica anteriormente.

Com a inserção, no plano jurídico-filosófico, da Jurisprudência dos Interesses a práxis jurídica conquistou um nível muito mais elevado de compreensão dos princípios, especialmente pela introdução do elemento finalístico, realizada por Rudolf Von Ihering.

Larenz observa que Ihering em uma primeira fase era considerado defensor da jurisprudência dos conceitos (que foi uma derivação da Escola Histórica do Direito de Savigny)¹⁷⁴. Mas, em um momento posterior, Ihering assumiu a importância dos interesses para a justificação do direito. Com isso, os princípios passaram a ser concebidos como finalidades do direito. Os fins últimos que justificavam a própria necessidade e importância do direito como uma experiência cultural da sociedade para o reconhecimento dos interesses que merecem proteção jurídica.

Na busca de uma superação à jurisprudência construtivista e à conceitualização lógico-sistemática do iter da Escola Histórica, Ihering buscou a fundamentação do verdadeiro sentido e de uma função social do direito por meio de fundamentos sociológicos, psicológicos, práticos, éticos e históricos do direito. Para a Jurisprudência dos Interesses, o direito surgia por meio de interesses advindos de uma luta social, da qual o direito seria a forma do reconhecimento dos interesses merecedores da proteção jurídica.

Com isso, o direito positivo, que até então era concebido como o objeto de uma mera determinação de interpretação (exegese) ou de uma conceitualização sistemática, passou a ser considerado na sua verdadeira função socialmente prática e compreendido como uma “«ciência prática» [uma «ciência prática como a medicina» e uma «teoria do agir» (Theorie des Turns), segundo as próprias expressões de Heck]”¹⁷⁵. O direito, que antes era compreendido dentro de um sistema abstrato de normas (teorético-analítico) para uma aplicação subsuntiva (lógico-dedutivo), tornou-se agora uma prática normativa. Tornou-se um meio para a regulamentação da vida

¹⁷⁴LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.67 ss.

¹⁷⁵CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.2. Coimbra: Coimbra, 1995, p.216.

social em um contexto histórico de intencionais pressuposições de cunho social, finalístico (teleológico) e valorativo (axiológico).

Assim no que tange à metodologia aplicada pela Escola de Jurisprudência dos Interesses, se verifica que ela defendeu o abandono da intenção formalista para aplicar uma intenção finalista ou teleológica, pois por meio do formalismo o estudo partia de uma norma jurídica já enunciada para, em um momento posterior, ser indagado como devia ser a interpretação deste texto a fim de que se compreendesse a vontade implícita nele. Por meio desta vontade se imputava um sistema compacto de conceitos e princípios capazes de construir a decisão jurídica.

O objetivo, portanto, da Escola de Jurisprudência dos Interesses era construir conceitos e princípios a partir da realidade social, das necessidades da vida social. E por meio do direito, satisfazer os fins da vida.

Larenz leciona que:

[o]O objectivo final da actividade judicial e da resolução pelo juiz dos casos concretos é, por seu turno, «a satisfação das necessidades da vida, a satisfação das apetências e das tendências apetitivas, quer materiais quer ideais, presentes na comunidade jurídica». São estas «apetências e tendências apetitivas» que designamos – elucida HECK – por interesses, e a particularidade da Jurisprudência dos interesses consiste em «tentar não perder de vista esse objectivo último em toda a operação, em toda a formação de conceitos».¹⁷⁶

Como corolário da intenção finalista (que reconhecia as lacunas das leis em uma decisão concreta) pode-se dizer que, segundo a Jurisprudência dos Interesses, a partir da prática de realização do direito surgiram critérios normativos extratextuais valorativos (princípios).¹⁷⁷

Os critérios jurídicos eram tidos para resolver o problema das lacunas, haja vista que o sistema jurídico não poderia ser um sistema jurídico racionalmente fechado, em que suas plenitudes lógicas do sistema se satisfaziam, pois ao abri-lo em razão do reconhecimento de lacunas se chegaria à conclusão de que a lei seria insuficiente para regular todos os interesses.

Com isso os juízos de valor ou os critérios utilizados pelo julgador para a Escola de Jurisprudência de Interesses eram aqueles contidos na lei, devendo o

¹⁷⁶LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 64.

¹⁷⁷«Não é por acaso que tanto HECK como STOLL preferem às expressões «valor» e «critério de valor», que traduzem alguma coisa objectivo, a expressão «juízo de valor», que concerne a um acto de pensamento subjectivo». LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.72.

jugador se valer da investigação histórica dos interesses daquela. Ou seja, o juiz não estava limitado a considerar apenas aqueles interesses que são declarados dignos de proteção por uma norma específica, mas durante a ponderação, o juiz estava vinculado aos juízos de valor das normas não imediatamente aplicáveis.

A Jurisprudência dos Interesses foi uma corrente metodológica que conquistou grande influência no mundo jurídico continental-Europeu, principalmente pelo fato de superar a *Begriffsjurisprudenz* (jurisprudência dos conceitos) e, ainda, pela forma equilibrada de estudo do princípio da obediência à lei por meio de uma juridicidade finalista e prático-normativa.

Larenz leciona que:

Ao exortar o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei com vista ao caso julgando, a Jurisprudência dos interesses – embora não quebrasse verdadeiramente os limites do positivismo – teve uma actuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista. E isto em medida tanto maior quanto aconselhou idêntico processo para o preenchimento das lacunas das leis, abrindo desta sorte ao juiz a possibilidade de desenvolver o Direito não apenas «na fidelidade à lei», mas de harmonia com as exigências da vida.^{178,179}

Segundo Castanheira Neves,

[o]O seu maior e mesmo mais perdurável contributo metodológico devemos vê-lo em ter chamado o pensamento jurídico à consciência de que o próprio direito positivo legal não é um mero lado, algo com que simplesmente se depara e que se tenha de apreender «de fora», numa relação já hermenêutica, já analítica de pura transcendência objectiva, mas que terá pelo contrário de ser considerado como a solução-resultado de problemas prático-normativos que lhe são pressupostos, relativamente aos quais apenas tem sentido, e que, como tal, só pode compreender-se «por dentro», através do reconstituir e assimilar do próprio processo problemático-

¹⁷⁸LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Op. cit., p. 69-70.

¹⁷⁹«A jurisprudência dos Interesses estava destinado, na prática jurídico alemã, um sucesso invulgar. Com o decurso do tempo, revolucionou efectivamente a aplicação do Direito, pois veio a substituir progressivamente o método de uma subsunção nos rígidos conceitos legislativos, fundamentada tão-somente em termos lógico-formais, pelo de um juízo de ponderação de uma situação de facto complexa, bem como de uma avaliação dos interesses em jogo, de harmonia com os critérios de valoração próprios da ordem jurídica. Deste modo deu aos juízes uma consciência sã, tornando freqüentemente supérfluas as pseudo-motivações. Basta o confronto entre o estilo de pensamento e os processos de motivação das mais antigas decisões dos tribunais – digamos, até a primeira grande guerra – e as decisões mais modernas ou mesmo contemporâneas das instâncias superiores, para se reconhecer uma diferença que tem de agradecer-se, fundamentalmente, à obra de HECK, STOLL, MÜLLER-ERZBACH e muitos outros – e no Direito Penal, claramente também à dos adeptos do «neokantismo sudocidental alemão». A Jurisprudência dos Tribunais veio-se abrindo progressivamente aos eventos da vida, tornando-se metodicamente mais consciente, mais livre e mais diferenciada. O mesmo vale, e até em maior medida, para a ciência do Direito, ao menos no campo em que podemos formular um juízo, que é o Direito Civil. Aqui basta comparar as mais antigas edições do tratado de ENNECCERUS com as suas reelaborações actuais. Pode hoje, pois, verificar-se que a Jurisprudência dos interesses, apesar dos graves defeitos que tem na sua fundamentação teórica, atingiu amplamente os fins práticos, que era o que propriamente lhe importava.» LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 76-77.

normativo que o constituiu – que o direito nunca será teoricamente objecto e sempre prática solução de problemas.¹⁸⁰

No entanto, a Escola de Jurisprudência dos interesses também teve seu ponto crítico, pois apesar da sua metodologia jurídica ter cunho sociológico, ela não considerou muitas situações sociais outras dos interesses, como o caso dos outros setores do direito, que fossem além da situação de conflito, nem ao menos, fatores sociais (responsabilidade, poder).

A insuficiência em distinguir o objeto de valoração do fundamento de valoração também acarretou desprestígio à Escola de Jurisprudência dos Interesses, porque para eles os interesses não tinham discriminações. O fundamento normativo devia estar acima do objeto de valoração.

A Escola de Jurisprudência dos Interesses se realizava como uma teoria da interpretação da lei. No entanto, observa Larenz que a partir dos critérios de valor determinantes das ponderações normativas, se teria que abandonar a perspectiva «causal» do jurídico em que a Jurisprudência dos Interesses fundamentalmente se pretendia manter.¹⁸¹

Além disso, a Escola de Jurisprudência dos Interesses possuía uma insuficiência sistemática porque para eles não havia a consideração dos fundamentos normativos. Era impossível compreender a própria racionalidade normativa constitutiva, que só se manifestava nas relações entre esses fundamentos. Em caso de omitir essa consideração, apenas se terá uma multiplicidade , não integrada, das particulares decisões-ponderações jurídicas, e esta foi a razão porque a Jurisprudência dos Interesses não ultrapassou efetivamente o nível da casuística. Seu horizonte se manteve, tão-só, nas pontualizadas decisões concretas.

A Jurisprudência de Interesses postulava fatores constitutivos do direito somente no sentido de interesses, ou seja, fatos sociais que excluam as realidades culturais espirituais, ou que por raras vezes, eram usadas para reduzir psicossociologicamente as intencionalidades da decisão. Assim, em uma sociedade cada vez mais complexa e desenvolvimentista, o direito precisava acompanhar essa complexidade de um modo muito mais rápido, previsível e seguro. E para isso contribuiu muito a teoria pura do direito de Hans Kelsen.

¹⁸⁰CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.2. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 236.

¹⁸¹LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.58.

Na análise das tentativas destas correntes históricas que procuravam entender/inserir, metodologicamente, meios para se chegar ao sentido do direito, Castanheira Neves verificou que tal preocupação ocorreu desde os juristas medievais. A preocupação com a interpretação jurídica não é só hermenêutica, é também normativa. Pois: 1) já que o problema do pensamento jurídico em geral não é o de um correcto compreender, mas de um justo decidir (ou judicar), o seu ponto de vista decisivo não é um ponto de vista gnoseológico para a função cognitiva, mas ponto de vista prático para uma função normativa, o seu valor último não é a «justiça» - só o positivismo legalista e normativista, fechado numa analítica sistemático dedutiva, pôde pensar que ajuizava e decidia juridicamente limitando-se a interpretar-conhecer a lei e o seu sistema; 2) e por isso o problema da I. J. [Interpretação Jurídica] não está em saber o que significativo-textualmente (exegeticamente) consta, p. ex., da lei, ou como está em termos puramente hermenêuticos se deverá determinar, mas em saber de que modo prático-normativamente se deve assimilar o seu sentido jurídico-normativo para que ela possa ser critério também juridicamente adequada de uma justa decisão do problema jurídico concreto.

Ou seja, a interpretação jurídica tem como função a interpretação das leis, dos textos legais de que a ordem jurídica abarque inteiramente a realidade social e não só compreenda as proposições jurídicas vigentes. Daí se pode verificar que o problema não pode ser pensado como questionamento de uma solução de uso exclusivo do direito positivo, mas sim como um problema “metapositivo”, assim como as regras positivas de interpretação que são “regras metodológicas”.

Castanheira Neves ressalta a divergência entre o subjetivismo e o objetivismo interpretativos, ou seja, havia uma teoria subjetivista que sustentava que o fim da interpretação era averiguar a vontade do legislador (subjetivismo), reconstruindo, assim, o seu real pensamento (*mens legislatoris*), assim como uma teoria objetivista, que tinha como fim interpretativo o sentido do texto (*mens legis*). Com isso, o subjetivismo buscava uma obediência ao poder constituído (legislado) e a segurança jurídica, enquanto que o objetivismo se cercava da justeza e retidão das soluções obtidas por meio da interpretação dos textos. No entanto, ambos eram categóricos e extremados, o que lhes foi prejudicial, ante a necessidade do sistema jurídico que impõe a atuação conjunta de ambos.

Com base nisto, há que se questionar se se deve propor a determinar um sentido dogmático – interpretação dogmática (de se reduzir ao pressuposto sistema jurídico; uma dogmática auto-subsistente) – ou um sentido prático nos seus valores e fins – interpretação teleológica? Castanheira Neves responde: não deve haver ruptura entre uma intenção e outra, mas, apenas, uma tendência formalista na interpretação dogmática e uma tendência finalista na interpretação teleológica que se sobressaem. E ainda ressalta que tal ruptura se deu ao pensamento jurídico (teleológico) do movimento do direito livre e da jurisprudência dos interesses, mas que não conseguiram impor um “total abandono do pensamento hermenêutico tradicional”, nem mesmo ter se afastado de seus extremismos que sacrificava a indispensável dimensão dogmática da juridicidade (intencional normatividade do sistema e do seu direito), pois os efeitos político-sociais não conseguiam suprimir a exigência de uma validade axiológica-normativa, ou, nem mesmo supriu-se as exigências teleologicamente materiais da justiça e a justeza concreta das soluções jurídicas.

Como afirma Castanheira Neves:

A linha de orientação exacta só pode ser, pois aquela em que as exigências de sistema e de pressupostos fundamentais dogmáticos não se fechem numa auto-suficiência, a implicar também a auto-subsistência de uma hermenêutica unicamente explicitante, e antes se abram a uma intencionalidade materialmente normativa que, na sua concreta e judicativo-decisória realização, se oriente decerto por aquelas mediações dogmáticas, mas que ao mesmo tempo as problematize e as reconstitua pela experimentação concretizadora. Nem é outro o sentido da interpretação enquanto problema normativo.¹⁸²

Diante disso, se verifica que os princípios desde o iluminismo francês da Escola de Exegese até o neopositivismo de Kelsen (pré-pós-positivismo jurídico), não passam de uma terceira coisa, uma “carta na manga” para o caso de lacunas no texto legal. Ou seja, os princípios eram “trunfos”¹⁸³, como assim concebia Dworkin, pois eram usados somente quando não mais restavam outras regras. Não havia uma compreensão dos princípios como constitutivos da norma. Os princípios eram, apenas, um elemento instrumental para completar as lacunas deixadas pela regra. Para estas Escolas de pensamento, os princípios se distinguiam das regras. Não eram co-originários a ela.

¹⁸² CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 362.

¹⁸³ “os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura um justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que enquanto indivíduos desejam ter ou fazer ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano”. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 15.

3.2. A Linguagem como Horizonte Hermenêutico dos Princípios

O Direito é assim entendido como o ramo das ciências sociais que é responsável pela regulação das relações entre os sociais (sujeitos de direitos). Estas relações, por sua vez, sempre estão cunhadas de linguagens, de conversações entre interlocutores que carregam em si seu caráter de verdade, que desvelam seu ser a partir da linguagem.

Quando se está diante de um texto legal, se está diante de algo que necessita de compreensão, ou seja, que necessita que o intérprete se coloque de acordo na linguagem daquele texto para auferir seu sentido (da norma). Neste sentido, Gadamer (influenciado pela revolução copernicana na compreensão representada pela invasão da filosofia pela linguagem – *linguistic turn ou ontological turn*)¹⁸⁴ analisou a compreensão por meio do fio condutor da linguagem.

Por meio da linguagem é possível haver um intercâmbio da fala, o que implica uma inserção de um ponto de vista do envolvido e a compreensão do ser em seu ser-aí¹⁸⁵. Gadamer destacou, neste sentido, a importância da linguagem quando usou como exemplo o contexto da tradução. Para Gadamer a tradução de um texto “não é um mero redespertar do processo anímico original de sua redação, mas uma reconstituição do texto guiada pela compreensão do que se diz nele”.¹⁸⁶ Na realidade, ambos: texto e intérprete se comunicam, pois somente por meio do intérprete que os signos escritos no texto desvelam seu sentido.

Heidegger também demonstrou a influência e invasão da linguagem na filosofia hermenêutica quando disse que “a linguagem não se encontra totalmente sob o domínio da lógica. Ao contrário, pertence à essência da linguagem e das

¹⁸⁴Segundo Lenio Streck, a revolução copernicana no campo da compreensão hermenêutica situa-se no fato de que a linguagem que antes era tida como uma terceira coisa interposta na relação “sujeito-objeto”, agora ganha *status* de condição de possibilidade para a compreensão. Neste sentido, Lenio Streck diz que “Neste (novo) paradigma os sentidos não estão mais nas coisas e tampouco na consciência de si do pensamento pensante. Ao contrário do que tem sido sustentado a partir do universo metafísico calcado nos princípios epocais, que sempre possuem um caráter entificador e por isso põem a linguagem como objeto, o *intérprete não possui a linguagem; é a linguagem que o possui, desde-sempre; é, enfim, aquilo que nos carrega*”. STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. v. 46 n.1, Coimbra: Coimbra, 2005, p.60.

¹⁸⁵ Heidegger foi mais além e disse que “os gregos não têm efetivamente nenhuma palavra correspondente ao nosso termo ‘linguagem’. Enquanto discurso, *λόγος* [razão] tem em vista o que entendemos por linguagem, mas ao mesmo tempo designa mais do que a totalidade do vocabulário: ele designa a capacidade fundamental de poder discursar, e, conseqüentemente, falar”. HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica**: mundo, finitude, solidão. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.349.

¹⁸⁶GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p.499-500.

significações ser inconseqüente; ou dito de outro modo, a linguagem é algo que pertence à essência da finitude do homem”.¹⁸⁷

Desta mesma forma, a compreensão dos textos legais, também seguiram esta linha de raciocínio, porque eram considerados como manifestações daquela relação entre os sociais. Porém, cumpre ressaltar que essa compreensão era fixada em algo concreto (texto legal) que lhe dava autonomia. Ou seja, o texto legal e o intérprete se comunicavam entre si, e com isso era desnudada a norma legal. Tanto o intérprete como o texto possuem horizontes (mundo-da-vida) que eram fundidos mediante a conversação entre eles.

A partir dessa conversação entre intérprete e texto legal verifica-se que a linguagem é um “meio” universal para se realizar a compreensão. Isto é, segundo Gadamer, os problemas da expressão da linguagem estavam, de um modo geral, inseridos como problemas de compreensão, e assim “[t]odo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no *médium* de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete”.¹⁸⁸

Neste sentido Gianni Vattimo, apesar de seguir outro referencial teórico, concorda ao afirmar que:

Verdade e método contrapusera à concepção científica do verdadeiro como verificabilidade metódica segundo critérios públicos e controláveis uma idéia de verdade que tomava como modelo seu a experiência da arte. (...): só porque a experiência do verdadeiro é experiência do pertencer à linguagem como lugar da mediação total da existência na consciência comum viva, somente por isso também a arte é experiência de verdade.¹⁸⁹

O texto legal nada mais é do que a reunião (presentificação) de tradições normativistas das relações entre os sociais na forma positivada. O texto legal sempre traz à fala (à conversação com o intérprete na compreensão) um todo (o mundo-vivido). Desta feita, se verifica, novamente, o problema suscitado no capítulo anterior sobre a interpretação, compreensão e aplicação do direito, ou seja, o problema da compreensão que se apresenta no discurso.

¹⁸⁷HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica**: mundo, finitude, solidão. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.272-273.

¹⁸⁸GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Op. cit., p. 503.

¹⁸⁹VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.134.

Como salienta Gadamer, “o horizonte de sentido da compreensão não pode ser realmente limitado pelo que tinha em mente originalmente o autor, nem pelo horizonte do destinatário para quem o texto foi originalmente escrito”,¹⁹⁰ mas, sobretudo, o texto deve ser compreendido por meio da linguagem, a fim de se realizar uma compreensão hermeneuticamente verdadeira, que desvela o verdadeiro sentido do texto legal que é a norma. Na realidade, como afirma Gadamer,

[o] O intérprete não se serve das palavras e dos conceitos como o artesão que apanha e deixa de lado suas ferramentas. Precisamos, antes, reconhecer que toda compreensão está intimamente entretecida por conceitos e refutar qualquer teoria que se negue a aceitar a unidade interna de palavra e coisa.¹⁹¹

Os princípios, portanto, são tidos (compreendidos) a partir de seu caráter de linguagem, isto é, os princípios expressados em um texto legal transmitem (revelam) o seu ser ao intérprete como em um discurso (linguagem). Noutras palavras, o texto dos princípios tem caráter de linguagem porque transmitem (na forma de um discurso) o seu sentido ao intérprete, que irá compreender todas as possibilidades advindas do seu mundo-vivido (ser-aí). Estas, por sua vez, são interpretadas como possibilidades da sua consciência da história efetual e, portanto, aplicadas ao caso concreto.

O caráter de linguagem dos princípios nada mais é do que este caráter que os princípios têm de se revelar ao intérprete como (na forma) de um discurso, ou seja, em que há indagações hermenêuticas, possibilidades a ser discutidas e que ao fim serão interpretadas e aplicadas ao caso. Neste sentido, Heidegger afirma que “a linguagem é o pronunciamento do discurso”,¹⁹² discurso este que articula toda a compreensibilidade pré-compreendida (o que já fora compreendido e por isso está fora).

O contexto linguístico surgiu não apenas como meio, mas também como condição de possibilidade para se atingir a compreensão do sentido do texto legal (da norma, do princípio). Pois, foi a partir do caráter de linguagem existente nos princípios que se fez com que o intérprete conseguisse desvelar o seu verdadeiro sentido e, assim, obtivesse a resposta correta frente àquele caso concreto.

Por meio do caráter de linguagem os princípios desvelaram suas possibilidades do seu ser ao intérprete, fazendo-o questionar sobre elas (questão de

¹⁹⁰GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Op. cit., p. 511.

¹⁹¹Ibidem, p.522.

¹⁹²HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Trad. de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universidade São Francisco. 2005, p.219.

cariz hermenêutico), buscar a consciência da história efetual, e assim como em um discurso, discutir com o mundo-vivido do ser em seu ser-aí. Com isso, não houve inserção da subjetividade do intérprete na interpretação do sentido do ser ou na decisão a ser dada, porque não eram os seus preceitos subjetivos que traziam o sentido do ser, mas a história efetual (tradição) do ser-aí que desde-já-sempre estava contida no ser (*Dasein*).

Neste sentido, Lenio Streck, fazendo uma analogia à teoria da argumentação de Habermas, que possui uma dependência a um consenso para validar a decisão, observa que, apesar da:

pretensa “viravolta” habermasiana em Verdade e Justificação, apontando para a necessidade da recuperação da vinculação da validade dos enunciados descritivos de toda representação de uma correspondência entre proposição e fato, *parece pretender uma fusão de algo que não pode ser fundido*, isto é, uma mixagem entre uma explicação procedimentalista argumentativa e uma perspectiva ontológica (no sentido de ontologia fundamental, centrada no modo prático de ser no mundo).¹⁹³

Gadamer afirma que “o estar ligado a uma situação não significa, de modo algum, que a pretensão de correção a toda e qualquer interpretação se dissolva no subjetivo ou ocasional”,¹⁹⁴ isso porque toda interpretação é essencialmente inerente ao seu caráter de linguagem que foi compreendido e interpretado. Na realidade, a compreensão para Gadamer não era a transposição para o mundo interior do autor e uma recriação de suas vivências, mas um interpretar-se a respeito do ser.

Em outras palavras, na compreensão, os conceitos interpretativos determinavam-se no seu próprio ocultamento, no seu próprio ser-em-si que era trazido à fala. O que ocorria era uma apropriação do que foi dito (tradição), e não uma atribuição subjetiva de conceitos do intérprete. Ressalte-se aqui, que para Gadamer, tradição não era algo que restava do passado, mas que foi transmitida (no caso da norma jurídica: transmitida pela escrita¹⁹⁵) a qualquer pessoa que tenha capacidade de compreender. Neste sentido concorda Ernildo Stein quando diz que:

Compreensão é um termo genérico, que significa mais ou menos algo equivalente a “saber que” ou a conhecer como uma subárea do conhecimento científico. Com esta subárea do conhecimento pretende-se conseguir mais nas Ciências Humanas do que se consegue puramente com a

¹⁹³STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p.88-89.

¹⁹⁴GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes, Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p.514.

¹⁹⁵Para Manfredo de Oliveira “a escrita realiza a transcendência do sentido acima da contingência histórica que gerou”. OLIVEIRA, Manfredo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006, p.233.

indução e a dedução. Ela pretende, nas Ciências Humanas, ser aquilo que complementa o que a dedução e a indução não conseguem nelas.¹⁹⁶

A linguagem (no sentido do conteúdo) a ser aplicada na interpretação hermenêutica do princípio, portanto, é a linguagem do princípio (do ser-em-si) que se despontou perante o intérprete para ser compreendida, e não a do intérprete. Uma linguagem da própria razão, porque a concepção que se dá na linguagem (aquela experimentada pela compreensão na interpretação) só tem limite na infinitude das possibilidades do próprio ser.

O processo hermenêutico da interpretação dos princípios deixou de vez a objetividade e a subjetividade, característicos da metafísica clássica quando reconheceu a linguagem como um fio condutor à obtenção da interpretação hermenêutica. Como observa Gadamer:

Na análise do processo hermenêutico constatamos a obtenção fusão de horizontes. Agora isso se confirma também a partir do caráter de linguagem da interpretação. Através da interpretação o texto deve vir à fala. Mas nenhum texto e nenhum livro falam se não falarem a linguagem que alcance o outro. Assim, a interpretação deve encontrar a linguagem correta se quiser fazer com que o texto realmente fale.¹⁹⁷

Com isso, se verifica que por meio do caráter da linguagem da compreensão é possível desvelar a pré-compreensão do ser-aí e, desse modo, interpretar todas as possibilidades trazidas ao “aí” do nível apofântico. E assim, para obter a resposta correta frente àquele caso que, de imediato, é necessário transpor tal interpretação ao nível hermenêutico, que é o nível pertencente ao círculo hermenêutico de compreensão, acima explicitado.

No entanto, como toda interpretação não é absoluta, porque se cerca de possibilidades advindas do ser a partir da sua tradição, os conceitos de princípio também nunca foram unívocos. Afinal, diferentes tradições ensejam diferentes efeitos históricos sobre as pré-compreensões. E isso significa a possibilidade de co-existirem diversas concepções sobre os mesmos princípios. Mas dentre essas diversas concepções, nem sempre, todas irão constituir-se como possibilidades válidas ou corretas para uma compreensão hermenêutica do direito. Com isso, fundamentados no pensamento hermenêutico-filosófico, se verifica que o sentido de um princípio é um

¹⁹⁶STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2008, p.66.

¹⁹⁷GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p. 514.

horizonte pré-determinado por nossos próprios pré-conceitos os quais podem ser questionados com vistas a uma compreensão mais adequada.

3.3. Crítica às Concepções Tradicionais de Princípios

Historicamente se verifica que a autonomia humana conduzida ao individualismo estava sempre ligada à condição religiosa da secularização, ao racionalismo cultural, dentre outros fatores condicionantes, e que passou por transformações no curso da história, substancialmente, com o surgimento da *práxis* moderna do iluminismo, com o rompimento com a metafísica. Com isso, as ordenações que eram tidas como naturais e históricas (tradição e convivência), se misturavam aos conceitos ético-social e o político (organização política de Estado), o que influenciou a incapacidade de distinção entre o campo do direito e o campo político como se presencia até os dias atuais.

Na tentativa de romper com esses vínculos comunitários e com a ética-social tradicional buscou-se amparo em um novo tipo de Estado fundado em um contrato social de acordo racional de vontades individuais. Estado este desenraizado daquela sociedade político-civil. Com isso as leis passaram a ser universais, abstratas e formais, pois emergiam de um racional contratualismo individualista.

Sob o fundamento deste Estado contratual, a validade da lei e do direito, passaram por transições, no que, primeiramente, houve uma legalidade do direito, ou seja, o direito era a lei, eles se identificavam. Havia uma legalidade material do direito natural como um objetivismo jurídico ou então uma legalidade advinda de um decisório processo democrático. Como afirma Castanheira Neves:

Foi esta identificação do direito com a legalidade e pela qual se resolveria *uno actu* o problema político – o problema quer do poder político *stricto sensu*, quer o problema do vínculo político social –, que se traduziria no *legalismo* e com base neste se afirmaria o *positivismo jurídico*.¹⁹⁸

Foi reconhecida a autonomia da legalidade na sua juridicidade ou na sua intenção de juridicidade. Uma autonomia jurídica garantida por uma objetivação, ou seja, que possibilitava o “juridismo positivista”,¹⁹⁹ por meio de uma dogmática de intenção política. Contudo, esta autonomia do direito se mostrou insuficiente na sua

¹⁹⁸CASTANHEIRA NEVES, A. A crise actual da Filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. In: *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra*. Studia Iuridica 72, Coimbra: Coimbra, 2003, p.103.

¹⁹⁹Ibidem, p.103.

exclusiva intenção político-social. Houve então, o segundo momento em que a juridicidade transcendeu-se à legalidade. O direito distinguia-se da lei.

Nesta seara do positivismo jurídico, Lenio Streck observa que:

para o positivismo jurídico, pouco importava colocar em discussão – no campo d(e um)a teoria do direito – questões relativas à *legitimidade* da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (legislativo, executivo e judicial). No fundo, *operou-se uma cisão entre validade e legitimidade*, sendo que as questões de validade seriam resolvidas através de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que os problemas de legitimidade – que incluem uma problemática moral – deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de ideias presente num contexto democrático, o que levava inexoravelmente a um relativismo filosófico (essa problemática se gravou em países com grandes períodos de ausência de democracia como o Brasil).²⁰⁰

A juridicidade não era mais um meio de organização e regulação da sociedade, pois o homem passou a ter autonomia e responsabilidade diante dos problemas concretos advindos da sua relação comunitária. Castanheira Neves afirma que “À *perspectiva da sociedade* numa intencionalidade organizatória e regulatória, opõe-se assim a *perspectiva do homem-pessoa*, numa intencionalidade de validade axiológico-normativa para a sua prática problematicamente concreta”.²⁰¹

Analogamente se pode verificar isto na distinção que Dworkin faz entre uma *community of policy* (comunidade política) e uma *community of principle* (comunidade de princípios). Uma comunidade de princípios que representava as regras e os princípios, à intenção do direito, propriamente dita, enquanto que a comunidade de política representava objetivos político-sociais interpretativos.

No entanto, como ressalta Castanheira Neves, deve-se atentar para a existência de duas linhas de determinação desta autonomia da normatividade do direito. Primeira: que a normatividade se identifica na *jurisprudência* que superava os limites normativos, objetivos, intencionais, temporais e de validade; e a segunda: que os elementos normativos constitutivos da normatividade jurídica se diferenciavam da lei. Em especial, têm-se o surgimento dos direitos fundamentais (“direitos do homem”) como independentes e de uma validade jurídica acima da lei.

²⁰⁰STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas**. In: ROSA, Alexandre Morais da...[et. Al.]; *Hermenêutica e Epistemologia – 50 anos de Verdade e Método*. Orgs. Ernildo Stein, Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

²⁰¹CASTANHEIRA NEVES, A. A crise actual da Filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. In: **Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra** Op. cit., p.105.

Junto aos direitos fundamentais, a autonomia jurídica do direito reconhece os princípios normativos como transcendentais à lei, além disso, como fundamentos normativos da juridicidade.

Nesta seara, cumpre ressaltar a diferença existente entre estes princípios (normativos transcendentais à lei) dos “princípios gerais do direito” característicos do tradicional positivismo jurídico que via os princípios como uma verdade jurídica que não exigia demonstração. Ou seja, como “axiomas jurídico-rationais do seu sistema jurídico”, pois àqueles princípios são “normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de ‘o direito’ em que o sistema jurídico positivo cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade”.^{202,203}

Importante notar que há uma antinomia entre princípios e direito, entre argumentos de princípios (*arguments of principle*) e argumentos de política (*arguments of policy*) como assim denota Dworkin,²⁰⁴ pois os princípios:

são chamados a justificar as decisões pela invocação de direitos, como fundamentos, ou ainda uma dialéctica convergência dinamizada pela normativa axiologia da pessoa com a sua responsabilidade comunitária, em que os direitos e os princípios são faces axiológico-normativamente diferenciadas, mas correlativas, de uma última unidade (unidade dialéctica) só compreensível segundo a perspectiva do homem-pessoa e que a implica.²⁰⁵

Neste sentido, o direito passou por dois momentos: de identificação à lei e de distinção da lei. E é nesta distinção entre o direito e a lei, mais precisamente, como uma superação da lei, que se verificam diferentes sentidos de juridicidade como uma recusa do direito a identificar-se com a legalidade. É o que se denota pela superação do jusnaturalismo, pois afirmam os fundamentos de validade e as possibilidades normativas críticas à legalidade positiva e, ainda, pelo constitucionalismo normativo vinculante que atribui à Constituição um carácter fundante tanto para os direitos fundamentais quanto para os fundamentais princípios jurídicos. É a constitucionalidade do sentido do direito, da sua juridicidade.

²⁰²Ibidem, p.108.

²⁰³Castanheira Neves ainda faz mais algumas distinções entre os tipos de princípios: “E em que há a distinguir os *princípios positivos* (aqueles expressamente enunciados pelo direito vigente), os *princípios transpositivos* (os que constituem as condições normativas transcendentais e estruturantes dos diversos domínios da ordem jurídica) e os *princípios suprapositivos* (a exprimirem directamente elementos e categorias do sentido último do direito).” NEVES, A. CASTANHEIRA. A crise actual da Filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. In: **Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra**. Studia Iuridica 72, Coimbra: Coimbra 2003, p.108.

²⁰⁴DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 129 ss.

²⁰⁵CASTANHEIRA NEVES, A. A crise actual da Filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. In: **Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra**. Studia Iuridica 72, Coimbra: Coimbra, 2003, p.108-109.

Diante disso, se verifica que o que dá validade ao direito como direito é a própria Constituição do Estado. Como observa Castanheira Neves (criticando as concepções tradicionais):

não pode já iludir pressupondo o direito como “dado” (atitude do positivismo acrítico) ou “postulado” na sua juridicidade (solução kelseniana e sistemática), e que antes terá directamente de considerar e resolver.(...) o fundamento de validade do direito, e enquanto o direito tem sua expressão constitutiva nos direitos fundamentais e nos princípios normativo-jurídicos, encontra-se-ia na constituição, dada a impossibilidade cultural de retomar o direito natural para essa fundamentação e a insuficiência também para ela da simples convocação das possibilidades críticas desses direitos e princípios.²⁰⁶

Para Castanheira Neves, a Constituição, acaba por ser um “*estatuto jurídico do político*”,²⁰⁷ em que se reconhecem valores e princípios jurídicos além de projetos político-sociais e processo de governo.

Rafael Tomaz de Oliveira, levando em consideração as transformações sofridas pelo direito, principalmente quanto ao racionalismo moderno, verifica que os princípios passaram por alguns distintos significados até chegar ao conceito de princípio jurídico. Para isso, Rafael Tomaz de Oliveira analisa os princípios como: princípios gerais de direito e princípios jurídico epistemológicos.²⁰⁸

A) Princípios Gerais Do Direito

Os princípios gerais do direito surgiram na era do jusnaturalismo racionalista e se despontaram no anseio de introduzir um direito suficientemente conhecido e construído por meio da razão em contraposição ao juspositivismo metodológico-codificador, e por isso o destaque ao racionalismo. Na realidade o juspositivismo foi, justamente, a positivação em códigos daquele sistema legislativo construído pelo jusnaturalismo moderno de cunho iluminista. Ou seja, não se opõe ao ideal do jusnaturalismo, apenas reforça o caráter racional de conhecimento e inserção do racionalismo.

Assim, o jusnaturalismo via o direito a partir da racionalidade humana, a partir do homem como legislador de si próprio e não mais influenciado pelo dogmatismo teológico medieval. Eles acreditavam que por meio de um número reduzido de princípios que estavam além de outras normas e deveriam ser aplicados

²⁰⁶Ibidem, p.110.

²⁰⁷Ibidem, p.112.

²⁰⁸OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in) determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49.

antecipadamente era possível obter a subsunção das regras de direito, sem qualquer influência empírica, pois para os juristas racionalistas esse caráter empírico levava à subjetividade no momento da extração das regras do direito.

Os princípios gerais do direito surgiram no campo do direito jusnatural como axiomas, ou seja, como máximas ou verdade que não se exige demonstração, a partir do qual se era possível deduzir as regras do direito, e assim, na tentativa de suprimir as possíveis lacunas existentes no positivismo normativo-codificado, garantir a sua plenitude lógico-sistemática.

De acordo com Rafael Tomaz de Oliveira:

é possível dizer que eles funcionavam de maneira teórica e metodológica para reunir pelo menos duas das exigências para concretização da completude axiomático-dedutiva do sistema: em primeiro lugar, a plenitude normativa, sendo articulados para *colmatar os espaços vazios do sistema em casos de lacunas*; em segundo lugar, *reduzindo eventuais contradições* que pudessem surgir da interpretação abstrata das disposições normativas do sistema jurídico codificado.²⁰⁹

Fazendo uma analogia ao direito comparado, Del Vecchio analisa os princípios gerais do direito tomando como base o código civil italiano e espanhol, sob o marco teórico do jusnaturalismo fundante dos princípios gerais do direito. Para Felipe Clemente De Diego, que faz a inserção do prólogo de apresentação da obra de Del Vecchio,

*Los principios generales de Derecho son el aval de toda disquisición jurídica; ellos amparan los razonamientos jurídicos aunque éstos tomen por base un precepto de ley o de costumbre, sirviéndoles de altísimo fundamento, en cuyo caso son fuente primaria difusa de solución jurídica que acompaña a todos los fallos expresa o tacitamente. Pero además otra función les estaba reservada, y es la de constituir fuente autónoma de normas de decisión, bien que subsidiariamente, en defecto de ley y de costumbre.*²¹⁰

Del Vecchio afirma que os princípios tiveram início na Itália por meio da expressão “princípios do direito natural” na qual se pretendia designar como um conjunto das máximas morais conhecidas por todos. No entanto, verificou-se assim a transferência da moral para o âmbito jurídico, no que então, o Ministro da Justiça italiano resolveu trocar a expressão por “princípios gerais do direito”. Com isso,

²⁰⁹OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in) determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.51.

²¹⁰Tradução Livre: Os princípios gerais de direito são a garantia de todos os dissertação legal;-los protege o raciocínio jurídico, como base, mesmo se eles tomam regra hum da lei ou costume, servindo como uma base alta, los caso eles são a principal fonte de recurso difusa que acompanha todos os falhas expresa ou tacitamente. Mas além deles estava reservado para outra função, e está a constituir uma fonte autónoma de regras de decisão, ao invés do que a alternativa, na ausência de lei e costume. DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. Traducción y apéndice por Juan Ossorio Morales. 3. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1971, p.7.

começou-se a afirmar que os princípios gerais do direito seriam válidos, somente, para cada povo particular, ou seja, existia um tipo de princípio geral para cada sistema particular.

Diante disso surgiu, no campo do direito, a necessidade de se criar métodos para descobrir os princípios gerais do direito. No entanto, verifica-se, ao fim, que todas analisavam a ordem de sua aplicação e não conseguiam encontrar a razão ou o “onde” se devia buscar estes princípios.

Para Del Vecchio o direito natural se diferenciava do direito positivo, pois ao mesmo tempo em que o direito natural dizia que todos os homens eram livres e iguais, não impedia que a jurisprudência romana reconhecesse na ordem positiva a distinção entre livres e escravos, ao ponto de elaborar tecnicamente a instituição da escravatura. Porém,

Esto no significa, sin embargo, que en los casos expresados los principios del derecho natural no produzcan ningún efecto em el orden positivo. Tales principios, cuando han sido rectamente elaborados, por la razón, responden a una íntima realidade, que puede permanecer latente bajo el cúmulo de fórmulas y reglas artificiales, pero que se mantiene em el fondo eternamente viva y eficaz.²¹¹

Com isso pode-se verificar que Del Vecchio filosoficamente, dentro de uma função integradora e suplementar das regras do direito positivo, analisa os princípios gerais do direito desvinculados do Direito Romano, do direito natural, e por isso refuta qualquer pensamento que veja a analogia como um meio de exclusão dos princípios gerais ou instrumento e meio para alcançar tais princípios. Na realidade seria a própria deficiência da lei e do costume que autorizariam a aplicação dos princípios gerais do direito. Mas se os princípios são fundamentos da lei, como então eles completavam as lacunas das regras que são fontes formais? É a indigitada subjetividade, ou arbitrariedade subjetiva que ameaça destruir a harmonia do direito positivo, do perigo do círculo vicioso quando se invoca outros princípios.

Com isso, ao conceber os princípios gerais do direito como racionais (os princípios gerais do direito não eram nem princípios do direito natural, nem de direito romano, muito menos como de direito comum, mas sim como um “triunfo de la moderna Jurisprudencia el haber derrocado la antigua escuela del derecho natural, para

²¹¹ Tradução Livre: Isso não significa, no entanto, que em casos de princípios de direito natural não produzem qualquer efeito na ordem positiva. Esses princípios, quando foram feitos, justamente por qualquer razão, eles respondem a uma realidade íntima, que pode permanecer dormente no corpo de fórmulas artificiais e regras, mas no fundo permanece para sempre vivo e eficaz. DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. Traducción y apéndice por Juan Ossorio Morales. 3. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1971, p.119.

dejar paso a una visión exclusivamente histórica o positiva del fenómeno jurídico”²¹²) o jusnaturalismo, excluiu, a princípio, a possibilidade de se aplicar um princípio geral em contradição a um princípio particular.

Lenio Streck em uma radicalização conceitual, afirma que, apesar das tentativas doutrinárias de conceituação dos princípios como correspondentes a norma de direito natural, como verdades jurídicas universais, como subsistemas, como máximas, dentre outras conceituações, para ele não há que se falar mais em princípios gerais do direito. Isso porque, diante de uma visão hermenêutica jurídico-filosófica não se é possível afirmar que os princípios gerais do direito, apenas sofreram alterações de nomenclatura com o advento da sua positivação (ou seja, a partir da positivação os princípios deixaram de ser denominados como princípios gerais do direito e passaram a ser denominados como princípios constitucionais), Na realidade,

os princípios gerais do direito se constituíam em uma “autorização” para a discricionariedade (foi para isso que dispositivos desse jaez foram colocados nos códigos), [enquanto que] os princípios constitucionais apresentam-se, contemporaneamente, *como um contraponto [a] essa discricionariedade.*²¹³

Como afirma Lenio Streck:

Malgrado tais esforços, entendo que, com o advento do constitucionalismo principiológico, não há mais que falar em “princípios gerais do Direito”, pela simples razão de que foram introduzidos no Direito como um “critério positivista de fechamento do sistema”, visando a preservar, assim, a “pureza e a integridade” do mundo de regras. Nesse sentido, basta observar algumas questões que, pelo seu valor simbólico, representam o modo pelo qual a instituição “positivismo” assegura a sua validade mesmo em face da emergência de um novo paradigma. É o caso de três dispositivos que funcionam como elementos de resistência no interior do sistema jurídico, *como que para demonstrar a prevalência do velho em face do novo.*²¹⁴

Sendo assim, se verifica que não há que se falar mais em princípios gerais do direito, pois apesar da pretensa vontade do jusnaturalismo em combater o subjetivismo ou a discricionariedade do intérprete do direito, eles, na realidade, acabavam por apascentar e concretizar ainda mais a subjetividade no campo jurídico. O que há no direito atual constitucionalista como verá mais à frente, é a presença de princípios normatizantes capazes de fechar o sistema jurídico, ou seja, afunilar as possibilidades de interpretação do texto legal frente ao caso concreto.

²¹²Tradução livre: triunfo a jurisprudência moderna ter derrubado a velha escola do direito natural, para dar lugar a um fenômeno exclusivamente histórico ou jurídico positivo. DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. Traducción y apéndice por Juan Ossorio Morales. 3. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1971, p.43-44.

²¹³STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 111.

²¹⁴Ibidem, p.109-110.

B) Princípios Jurídico-Epistemológicos

A outra vertente dos princípios é a denominada jurídico-epistemológica que teve início no Estado Liberal e na radicalização do estatismo no final do século XIX, período este em àqueles princípios gerais do direito eram justificados como critérios para a solução de lacunas no sistema jurídico-positivo-racionalista.

Estes princípios epistemológicos, como afirma Rafael Tomaz de Oliveira, possuíam um “nível da epistemologia de um ramo específico do Direito”,²¹⁵ ou seja, eles pretendiam ser os elementos organizadores de forma lógica e sistemática de uma disciplina específica como o direito civil, o direito penal, por exemplo. Divergentes dos princípios gerais do direito, os princípios epistemológicos não são aportes para suprir lacunas no sistema jurídico-positivo, mas possibilitavam o conhecimento daquela disciplina jurídica específica. Rafael Tomaz de Oliveira exemplifica: “são os princípios da *ação e da demanda*; do *contraditório e ampla defesa*; do *duplo grau de jurisdição*; do *dispositivo e da economia processual etc*”.²¹⁶

Os princípios epistemológicos também possuíam um “nível de projetos epistemológicos”,²¹⁷ no âmbito da Teoria do direito, como é o caso da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen. “Nela, o autor desenvolve seu projeto epistemológico e determina o direito como uma ciência positiva. O faz a partir da construção de uma metalinguagem capaz de resolver os paradoxos lógicos a linguagem jurídica ordinária, sem o recurso a argumentos políticos, sociológicos ou ideológicos”.²¹⁸

Com isso, Kelsen, influenciado por outras áreas do conhecimento como o denominado Círculo de Viena (que era composto de psicólogos, físicos, matemáticos dentre outros teóricos de áreas distintas da do direito), além da influência do Estado de Bem-Estar Social (composto por uma sociedade que exigia um direito mais seguro, previsível²¹⁹, no entanto, também modificável),²²⁰ distinguiu o direito da moral, da ética e da justiça.

²¹⁵OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.53.

²¹⁶Ibidem, p.54.

²¹⁷Ibidem, p.53.

²¹⁸Ibidem, p.55.

²¹⁹Como afirma Franca D’Agostini, “a tarefa da filosofia para os neopositivistas em suas origens, é explicitar o significado dos enunciados da ciência e reconstruir a sua linguagem de maneira precisa; e isso é possível graças à análise da lógica da linguagem”. AGOSTINI, Franca D’. **Analíticos e continentais**. Guia à filosofia dos últimos trinta anos. Trad. Benno Dischinger. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2003, p. 598. Coleção Idéias 4.

²²⁰KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Neste sentido, mesmo sendo adepto à matriz pragmático-sistêmica (aquela que pergunta pelo “como” as matrizes teóricas do direito contemporâneo: analítica e hermenêutica constroem seus critérios sobre o direito) Rafael Lazzarotto Simioni concorda ao dizer que:

A validade do direito passa a repousar no próprio direito – no fundamento limite: a norma fundamental. E assim o direito ganha, de Kelsen, uma estrutura formal e uma organização normativa bastante funcional para as exigências sociais da época”.²²¹

Uma tentativa de introduzir uma ciência puramente jurídica. Que tenha como objeto a linguagem das normas (linguístico-normativa). Ou ainda, como leciona Rafael Lazzarotto Simioni: “Kelsen decidiu erigir a norma jurídica como a unidade analítica da sua teoria pura e separar o direito da ciência do direito na forma da relação entre linguagem e metalinguagem.”²²²

Arnaldo Bastos Santos Neto, afirma que apesar de Kelsen ser um “crítico da teoria da interpretação da Escola da Exegese [positivismo legalista], Kelsen irá afirmar a sua identidade com os postulados da chamada Escola do Direito Livre, que se constituiu historicamente justamente em oposição aos partidários da exegese”.²²³

Kelsen fez parte assim do denominado neopositivismo lógico (característico da segunda fase²²⁴ do Círculo de Viena) que pode ser denominado como metalinguagem do positivismo clássico (que analisava fatos empíricos), ou seja, regras de linguagem quanto à análise, descrição e organização do sentido daqueles fatos empíricos. No entanto Rafael Lazzarotto Simioni, também ressalta um problema, que desde já, é anterior à Kelsen que é a concepção meramente reprodutora de conhecimento da linguagem, ou seja, a linguagem era um mero instrumento de conhecimento, deixando de lado as questões normativas, as questões de juízo que eram âmbito da ciência normativa.

²²¹SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A Teoria Pura do Direito de Kelsen e a Sintaxe Linguística do Neopositivismo Lógico do Círculo de Viena. In: **Revista Técnico-científica do Instituto de Ciências Jurídicas da UNIFAN** – Faculdade Alfredo Nasser – Novos Direitos. Aparecida de Goiânia. v.2. n.2. 2011, p.122.

²²²Ibidem, p.123.

²²³SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 17. n.66. jan./mar. 2009, p.48.

²²⁴O Círculo de Viena compreende-se em três fases: a primeira (analítico-sintática) – um repúdio à filosofia metafísica com exigência a uma aplicação (clara e lógica) de métodos de investigação científico-empírica –; a segunda (analítico-semântica) – é o neopositivismo lógico de perspectivas estritamente analítica da linguagem daqueles fatos empíricos (metalinguagem) –; e a terceira (analítico-pragmática) – que cuidava dos efeitos práticos resultantes pela linguagem. Fonte: SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A Teoria Pura do Direito de Kelsen e a Sintaxe Linguística do Neopositivismo Lógico do Círculo de Viena. In: **Revista Técnico-científica do Instituto de Ciências Jurídicas da UNIFAN** – Faculdade Alfredo Nasser – Novos Direitos. Aparecida de Goiânia. v.2. n.2. 2011, p.123-124.

Os pensamentos de Kelsen estavam voltados para a sintaxe lógica (que é relação analítica entre os símbolos linguísticos), porém ela, sozinha, não era suficientemente capaz de dizer todo o sentido da realidade. Era necessário haver, também, uma relação semântica lógica (relação analítica entre símbolos linguísticos e a realidade do mundo). É o que afirma Rafael Lazzarotto Simioni:

Não podemos afirmar que Kelsen não tenha assimilado os desenvolvimentos do neopositivismo lógico no campo da semântica analítica. Mas esses desenvolvimentos não aparecem na edição revisada da Teoria Pura do Direito de 1960. Por hipóteses, isso indica que Kelsen decidiu manter-se no campo da analítica formal da sintaxe. Pois a sua única preocupação semântica, quer dizer, a sua única preocupação com o estabelecimento de relações entre o direito e a realidade política, econômica, social etc. do mundo está, não na sua negação, mas na construção de formas de isolamento da linguagem normativa do direito diante de todo o restante da realidade societal.

Ao pretender uma pureza normativo-lingüística do direito, Kelsen não nega a realidade do mundo exterior ao direito. (...) Fez falta na teoria de Kelsen as preocupações semânticas, as quais vão aparecer na teoria do direito sob o nome de hermenêutica. Mas para os objetivos de Kelsen, que eram a edificação de uma teoria científica especial para o direito, não havia outro modo senão diferenciar o direito da moral, da ética, da justiça e da política. Veja-se que Kelsen não negou a existência de relações entre o direito e esses outros contextos sociais de significação. Mas negou a possibilidade e a conveniência de se trabalhar esses contextos dentro das exigências analíticas da sua teoria. E isso coloca Kelsen em uma posição estritamente analítica, dentro da concepção sintática do neopositivismo lógico.²²⁵

Os pensamentos de Kelsen estavam relacionados à construção de uma teoria pura do direito, mas que eram desprovidas de aportes teóricos da semântica lógica (relações entre entidades puramente ideais, como a norma, à realidade da sociedade). “O direito então deixa de ser concebido tanto como relação jurídica, quanto como reconhecimento psíquico. O direito agora é norma jurídica, é o conjunto das normas jurídicas válidas”.²²⁶

Neste sentido, Luis Alberto Warat afirma que:

Kelsen, por sua vez, fundamentando-se em Kant, propõe uma definição conceitual do direito, que não deixa de ser uma forma de estipulação. Sua preocupação central é a de constituir uma ciência em sentido estrito para o direito, apelando a um sistema de conceitos fundantes, que permitem a delimitação precisa do campo jurídico. As teses kelsenianas sobre as definições jurídicas, aparentemente plausíveis, apenas podem ser aceitas após a concordância com os pressupostos epistemológicos do

²²⁵SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A Teoria Pura do Direito de Kelsen e a Sintaxe Linguística do Neopositivismo Lógico do Círculo de Viena. In: *Revista Técnico-científica do Instituto de Ciências Jurídicas da UNIFAN* – Faculdade Alfredo Nasser – Novos Direitos. Aparecida de Goiânia. v.2. n.2. 2011, p.135.

²²⁶Ibidem, p.141.

Neopositivismo e com os papéis que eles reservam às definições na ciência.²²⁷

Rafael Lazzarotto Simioni, também entende como um problema de grande gravidade a subsunção lógica em que “Kelsen faz dele[a] uma tabula rasa ao indicar que, entre os fatos reais e a linguagem da norma existe ou não existe uma coincidência. Nesse aspecto, Kelsen retorna ao positivismo clássico”.²²⁸ Kelsen coincide o conteúdo de um fato ao conteúdo de uma norma, ou seja, é a subsunção do positivismo clássico.

Lenio Streck também aponta críticas ao neopositivismo quando afirma que:

No campo do direito, a análise semântica encontra-se enraizada tanto no normativismo kelseniano como no realismo de Alf Ross. Kelsen considera a possibilidade de efetuar um processo de verificação quando o conteúdo de uma proposição jurídica corresponder ao conteúdo da norma. Para ele, os enunciados da ciência jurídica teriam um sentido semântico – sujeitos às condições de verdade – na medida em que afirmam a validade de uma norma. Os âmbitos da validade das normas seriam os referentes das proposições jurídicas. Tal processo de verificação proposto por Kelsen implica um processo de coisificação dos conteúdos das normas, não sendo na verdade mais que uma das formas de operatividade e reforço epistemológico das funções de fetichização das normas. O conteúdo das normas cumpre funções sociais que em nada se referem às idéias platônicas acerca dos conteúdos significativos que possam ser vistos como elementos provenientes da natureza.²²⁹

Não obstante Lenio Streck explicita assim os fundamentos pela crítica da não receptividade da teoria da *Grundnorm* de Kelsen, dizendo que:

a filosofia do direito de cunho tradicional e a teoria geral do direito têm dedicado toda a sua história ao problema da segurança jurídica. Não se pode esquecer, entretanto, que essa “questão fundamento” foi a principal preocupação de Hans Kelsen, tornando-se a razão principal da construção da tese da Norma Fundamental (*Grundnorm*), representada por uma “norma pressuposta”, “pensada”, “não posta”, deduzível de um fundamento hipotético de cariz kantiano. Ou seja, Kelsen sempre teve a perfeita noção da impossibilidade de se buscar o fundamento a partir do raciocínio *ad regressum infinitum*. Tinha consciência de que deveria existir uma “parada” nessa busca incessante pelo fundamento. Essa “parada”, denominada na *Teoria Pura do Direito de Grundnorm*, toma o nome de *als ob* (a filosofia do “como se” baseada em Hans Vahinger) em sua obra póstuma (*Teoria Geral das Normas*) que significa: “é como se existisse uma norma que...”, traduzida por uma “ficção necessariamente útil”. Assim, em Kelsen, não se pode confundir o fundamento de validade do sistema jurídico, que é a Constituição, com o fundamento de validade da Constituição (que é a *Grundnorm* ou um *als ob*, como queiram). Por tudo isto, não deveria haver

²²⁷WARAT, Luis Alberto. com a colaboração de ROCHA, Leonel Severo. **O direito e sua linguagem**. 2. versão. 2. ed. aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabril, 1995, p. 59.

²²⁸SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A Teoria Pura do Direito de Kelsen e a Sintaxe Linguística do Neopositivismo Lógico do Círculo de Viena. In: **Revista Técnico-científica do Instituto de Ciências Jurídicas da UNIFAN** – Faculdade Alfredo Nasser – Novos Direitos. Op. cit., p.142.

²²⁹STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 170.

novidade na tese de que o fundamento não é *inconcussum*, mas, sim, abissal, que se dá no modo-de-ser. A diferença é que a solução encontrada por Kelsen é metafísica, porque construída sobre uma hipótese ou sobre a ficção do “como se”, de onde o jurista/intérprete, por intermédio de um raciocínio dedutivo, verificaria a compatibilidade da norma no sistema.²³⁰

Diante desta problemática metodológica, Lenio Streck afirma que:

o próprio Kelsen, exatamente por ter se dado conta da circunstância de que não é possível levar ao infinito a cadeia indagativa pelo fundamento, deixou claro, no oitavo capítulo de sua obra maior, que não há qualquer critério ou “meta critério” que possa estabelecer que uma interpretação é melhor (ou mais acertada) que a outra. É evidente que a hermenêutica aqui trabalhada não se coaduna com esse decisionismo kelseniano; *entretanto, a assertiva de Kelsen serve para demonstrar que a questão do fundamento deita raízes nas profundezas da filosofia, atravessando milênios nas diversas concepções que assumiram os princípios epocais na determinação da concepção da ciência, da moral, da arte e da religião*. Cada época organizou sua concepção de fundamento a partir da vigência de cada princípio.²³¹

Porém, cumpre ressaltar:

O rompimento com as concepções metodológicas próprias da filosofia da consciência não alcançou a necessária recepção no campo jurídico. A hermenêutica jurídica predominante no pensamento dogmático (na doutrina e na jurisprudência) continua refém das práticas dedutivas-subsuntivas, que pressupõe a existência de categorias ou significantes primordiais-fundantes. Em outras palavras, a hermenêutica tradicional (de cunho produtivo) calça-se ainda na subsunção do particular ao geral-abstrato-universal. E sustentando a “correção” do resultado desse processo subsuntivo-dedutivo está o método, supremo momento da subjetividade. Por tais razões, assume absoluta relevância o rompimento paradigmático na hermenêutica proporcionada por *Verdade e Método*, de Hans-Georg Gadamer, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica não mais será uma “questão de método”, passando a ser filosofia.²³²

Além disso, Lenio Streck ainda refuta a ideia do relativismo ético de Kelsen onde afirma que está intimamente ligada à ideia de existência de posições múltiplas de interpretação que se equivalem e são igualmente possíveis e defensáveis. É o que Arnaldo Bastos Santos Neto afirma:

O jurista vienense acreditava na impossibilidade de uma determinação objetiva acerca dos valores. Estes não poderiam ser conhecidos cientificamente (objetivamente) uma vez que envolvem preferências subjetivas e emocionais. Daí sua célebre afirmação de que justiça, enquanto valor, constitui um ideal irracional, ou seja, algo impossível de fundamentar com base em parâmetros racionais e científicos. Kelsen não nega, por certo, a dimensão dos valores, mas argumenta que os mesmos não podem ser

²³⁰STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 170.

²³¹Ibidem, p. 170-171.

²³¹SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 17. n.66. jan./mar. 2009, p.63.

²³²STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Op. cit., p. 159-160.

objeto de considerações científicas. E vai mais longe: entende que o relativismo é a postura adequada para uma sociedade democrática, uma vez que favorece o pluralismo dos valores.²³³

Lenio Streck observa que:

na medida em que esta questão [da interpretação] carece de solução, os positivistas preferiram – e ainda preferem – *apostar na razão teórica*, deixando as questões relativas a razão prática fora de seu campo de preocupações. Por isso a aposta na discricionariedade. Por isso, a admissão de multiplicidade de respostas no direito (no plano da decisão).²³⁴

Arnaldo Bastos Santos Neto verifica que o ceticismo interpretativo de Kelsen com base nesta multiplicidade de decisões leva a insuficiência de uma decisão judicial legitimamente democrática, e com isso não se pode ser aceito como paradigma de um Estado que se diga Democrático de Direito.²³⁵

Lenio Streck afirma, portanto, que o pensamento “normativista” de Kelsen constitui, na realidade, um decisionismo e discricionariedades que devem ser afastadas:

O fato de não existir um método de que possa dar garantia a “correção” do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já em Kelsen, no oitavo capítulo de sua *Teoria Pura do Direito* – não pode dar azo a que o intérprete possa interpretar um texto (relembremos: texto é um evento; textos equivalem a fatos) *de acordo com a sua vontade, enfim, de acordo com a sua subjetividade*, ignorando até mesmo o conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico (portanto, mesmo entendidos, neste caso, como “enunciado lingüístico”). A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não permitem a atribuição arbitrária de sentidos, e tampouco uma atribuição de sentidos arbitrária.²³⁶

O conceito de princípio para o neopositivismo lógico de Kelsen pode, assim, se entendido como princípio jurídico-epistemológico. Conceito de princípio este que não possui um caráter semântico-lógico na interpretação da norma. Uma atribuição à linguagem como mero instrumento de reprodução do conhecimento da linguagem, e por fim uma subjetividade ou discricionariedade interpretativa.

3.4. O Horizonte Hermenêutico-lingüístico dos Princípios

Como acima exposto, a história do problema da linguagem teve repercussão por toda a filosofia hermenêutica, passando para a hermenêutica filosófica de

²³³SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 17. n.66. jan./mar. 2009, p.63.

²³⁴STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas**. In: ROSA, Alexandre Morais da...[et. Al.]; *Hermenêutica e Epistemologia – 50 anos de Verdade e Método*. Orgs. Ernildo Stein, Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.156.

²³⁵SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. Op. cit., p.86.

²³⁶STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p.113.

Gadamer. Para este autor, a linguagem até então apresentada tinha caráter muito distante da filosofia da linguagem e da ciência da linguagem modernas.

Para Gadamer, o precursor da moderna filosofia da linguagem (mas ressalta que o problema da “verdade da palavra” ainda não foi suficientemente solucionado) foi W. Humboldt, que se despontou com a linguagem comparada e a psicologia dos povos. Humboldt entende que as línguas são originárias de uma “força do espírito” humano. Com isso, Gadamer afirma que “Humboldt aprendeu a compreender cada língua como uma concepção do mundo própria, e que o fazia investigando a *forma interior* em que cada vez se diferencia o originário acontecimento humano da formação da linguagem”.²³⁷ É a participação do sujeito na apreensão do mundo (filosofia idealista) como da metafísica da individualidade.

A teoria de Humboldt, para Gadamer, seguiu um caminho que:

é determinado pela *abstração rumo à forma*. Por mais que Humboldt ponha a descoberto, com isso, o significado das línguas humanas como reflexo da peculiaridade espiritual das nações, a universalidade do nexos que há entre linguagem e pensamento acaba ficando restrita ao formalismo de um poder.²³⁸

No entanto, apesar disso, os pensamentos de Humboldt serviram como ponto de partida para Gadamer, diante da “força do espírito” que abrangia tudo aquilo que se podia atuar, e assim obter uma identidade entre as ideias e a linguagem. Para Gadamer, a problemática da linguagem e sua origem se resolvia na linguagem, que é humana desde o seu início. “Humboldt reconheceu a essência da linguagem [como concepção do mundo], a *energeia* da linguagem, como a realização viva do falar, rompendo assim com o dogmatismo dos gramáticos. Partindo do conceito da força, que guia”.²³⁹

Assim também explica Lenio Streck, ressaltando que:

A concordância de Gadamer²⁴¹ com Humboldt também *reside no fato deste dizer que a linguagem não é somente uma das qualidades/instrumentos que possui o homem para estar no mundo, senão também que ele, o homem, em seu estar no mundo, é decorrente de sua constituição linguística*. Seu estar-ai no mundo só tem sentido segundo sua inserção linguística nesse mundo,

²³⁷GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p.567.

²³⁸Ibidem, p.568.

²³⁹GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p.571.

o que explica a frase de Humboldt, de que a linguagem é uma visão (*acepción*) de mundo.²⁴⁰

Para Gadamer:

A linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham *mundo*, nela se representa mundo. Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas esse estar-aí do mundo é constituído pela linguagem.²⁴¹

Influenciado pela revolução copernicana da linguagem (*linguistic turn* ou giro linguístico em que os filósofos abandonam o tema da experiência e adotam a linguagem como condição de possibilidade para a interpretação – e assim o rompimento com a filosofia da consciência –), Gadamer livra-se das concepções metafísico-ontológicas²⁴² e passa a entender o caráter absoluto da linguagem, independente da vontade ou escolha do ser. Esse caráter

precede a tudo quanto pode ser reconhecido e interpelado como ente. *A relação fundamental de linguagem e mundo não significa, portanto, que o mundo se torne objeto da linguagem.* Antes, aquilo que é objeto do conhecimento e do enunciado já se encontra sempre contido no horizonte global da linguagem. O caráter da linguagem da experiência humana de mundo como tal não tem em mente a objetivação do mundo.²⁴³

A linguagem se torna parte essencial à compreensão. É condição de possibilidade dela. É pelo meio de linguagem que o homem se comunica consigo mesmo e com o mundo. No entanto, este pensar a partir da linguagem, este falar humano, está limitado (é finito) à infinitude de sentido a ser desenvolvida e interpretada, ao acontecer “que se torna possível pelo fato de a palavra que chega a nós como tradição e que devemos ouvir nos atingir realmente, como se fosse dirigida a nós e se referisse a nós mesmos”.²⁴⁴

Aqui se remonta a todo círculo hermenêutico (evolução que cada ato discutido parte da base da pré-compreensão que posteriormente irá se estatizar – velar – e surgirão novas discussões e retoma o ciclo) que só se perfaz e refaz com a linguagem, em que as possibilidades advindas com o ser-aí, a tradição, a experiência

²⁴⁰STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 149.

²⁴¹GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Op. cit., p. 571.

²⁴²Para Gadamer “essa diferença entre a teoria grega e a ciência moderna tem seu verdadeiro fundamento na diferença de sua relação com a *experiência de mundo que se dá na linguagem*”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p. 587.

²⁴³GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Op. cit., p. 581.

²⁴⁴GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Op. cit., p.596.

da história efetual as quais são perguntados, questionados no nível hermenêutico da pré-compreensão e que posteriormente se estabiliza pela ausência de dúvidas. Mas esta estabilização sempre será provisória, pois ela permanece até que seja instaurada nova dúvida. Por isso da intolerância hermenêutica sobre a única resposta metodicamente correta.

A experiência hermenêutica assume tudo o que nela se torna presente por meio da linguagem e não do subjetivismo do intérprete que escolhe ou rejeita antecipadamente. Gadamer observa que “quem procura compreender um texto precisa ele também manter algumas coisas à distância, a saber, tudo o que se impõe como expectativa de sentido a partir dos próprios preconceitos, na medida em que isso seja negado pelo próprio sentido do texto”.²⁴⁵

Gadamer salienta que a hermenêutica tem um elemento em comum com a dialética metafísica, que é o elemento especulativo, ou seja, por meio da especulação (o que não é dogmático) a partir do meio da linguagem o sentido do texto se torna instável, pois está sempre em reflexão, em que o ser não se apreende á coisa, à imagem, é como o exemplo do mistério do espelho que se encontra no caráter inapreensível da imagem, o caráter etéreo da pura reprodução. Como afirma Gadamer:

Quem fala se comporta assim de modo especulativo, na medida em que suas palavras não copiam o ente, mas expressam e deixam vir à fala uma relação como o todo do ser. Isso implica que quem relata o que foi dito e quem faz o relatório das declarações pode não desvirtuar conscientemente o que foi dito e, no entanto, o seu sentido é alterado. Mesmo quando se realiza a mais cotidiana das falas, se faz presente um traço essencial da reflexão especulativa, a saber, o caráter inconcebível do que é produção mais pura do sentido.²⁴⁶

No entanto, a dialética da pergunta e resposta hermenêutica “*sempre precedeu à dialética da interpretação. É aquela que determina a compreensão como um acontecer*”. Se a dialética hermenêutica se dá nas perguntas e respostas na qual se determina a compreensão, por essa razão o problema do “começo” ser solucionado com o que Lenio Streck chama de impossibilidade de um “grau zero”,²⁴⁷ ou seja, o problema do começo das perguntas (a primeira pergunta; a primeira palavra) é sempre o problema do fim (pois é a partir do fim que se sabe que o começo se determina como

²⁴⁵Ibidem, p.600.

²⁴⁶GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universitária São Francisco, 2007, p. 606-607.

²⁴⁷STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 77ss.

aquele começo do fim), uma espécie de ciclo especulativo, em que não se tem início e nem fim.

Assim, toda apropriação da tradição é nova dentre as outras porque cada uma representa a experiência de uma visão do mundo-da-vida do próprio ser. Pois segundo Gadamer, “aquele que tem linguagem ‘tem’ o mundo”.²⁴⁸ E é a partir desse mundo que se compreende e se cria. Nunca se recria, pois há sempre algo novo no aí de cada ser.

Com esse acontecer finito frente à mediação dialética do conceito, este caráter especulativo da linguagem faz com que o sentido dos princípios venha à fala e se desvela por toda estrutura ontológica universal²⁴⁹ da compreensão prezada pela hermenêutica fenomenológica. Por essa razão Gadamer afirmou sua famosa conclusão, de que “*O ser que pode ser compreendido é linguagem*”.²⁵⁰ Ou seja, o ser é tal que por si mesmo se apresenta à compreensão.

Diante disso, se verifica que a compreensão hermenêutica inseriu o intérprete nos acontecimentos impostos pelo sentido do ser. A partir do momento em que se compreende, há uma inclusão no acontecer da verdade.

²⁴⁸GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 585.

²⁴⁹ Segundo Gadamer, “O modo de ser especulativo da linguagem demonstra com isso seu significado ontológico universal. O que vem à fala é, naturalmente, algo diferente da própria palavra falada. Mas a palavra só é palavra em virtude do que nela vem à fala. Só se faz presente em seu próprio ser sensível para subsumir-se no que é dito. Inversamente, também o que vem à fala não é algo dado de antemão e desprovido de fala, mas recebe na palavra sua própria determinação”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis/RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2007.p. 613.

²⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Op. cit., p.612.

4. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NA CONCEPÇÃO HERMENÊUTICA

4.1. O Horizonte de Sentido dos Princípios

A problemática das concepções de princípio sempre foi uma questão de controversas entre os pensadores do mundo jurídico. Como se pode perceber durante a pesquisa, o conceito de princípios sofreu influência de inúmeros fatores, como por exemplo, da política, da cultura, da ciência (para citar somente estes) e ainda causa discussões entre os sujeitos/intérpretes do sentido do ser, ou seja, dos princípios.

Isso é verificado, por exemplo, no positivismo jurídico que, equivocadamente, almejava uma segurança jurídica e por isso atribuía à “letra da lei” o sentido do ser. A objetivação do sujeito ou, posteriormente, a subjetivação do objeto. A partir dessa filosofia da consciência (segunda metade do século XX), como foi possível perceber, a linguagem se despontou no contexto filosófico-hermenêutico e/ou hermenêutico-filosófico. É a viragem linguística²⁵¹, que pode ser entendida sob três frentes: a do neopositivismo lógico ou empirismo lógico; a filosofia de “segunda fase”²⁵² de Wittgenstein (Investigações Filosóficas); e por fim, o desenvolvimento da filosofia da linguagem ordinária.²⁵³

A primeira frente do neopositivismo lógico ou empirismo lógico buscava a construção de linguagens ideais. Ou seja, eles usaram a linguagem do positivismo

²⁵¹ Lenio Streck apresenta outras nomenclaturas distintas característica de autores diferentes, como por exemplo: “*giro linguístico, na expressão de Rorty, guinada linguística, na expressão de Habermas, ou, ainda, reviravolta linguística, na acepção de Manoel de Oliveira*”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.167.

²⁵² A primeira fase pode ser citada como advinda da obra “*Tractatus lógico-Philosophicus*” em que Wittgenstein procura desenvolver o pensamento e a linguagem em condições lógicas (ético e religioso) para a representação do mundo, e a segunda fase, que se desponha com a obra “*Investigações Filosóficas*” em que Wittgenstein dá uma guinada em seus pensamentos anteriores e introduz análise de conceitos sobre compreensão, intenção, vontade e dor. “Em sua primeira fase, Wittgenstein trabalha com uma concepção *instrumentalista-designativa-objetivista* da linguagem, deixando-se guiar pelo ideal de uma linguagem perfeita, capaz de reproduzir com absoluta exatidão a estrutura ontológica do mundo; a linguagem deveria ser uma imagem fiel do real, e como a linguagem comum se manifesta cheia de imprecisões, indeterminações, etc., tratava-se, então, de conceber uma linguagem ideal, que seria a medida de qualquer linguagem.

A partir das *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein passa a ser, ao lado de Heidegger, um dos mais ardorosos críticos da filosofia da subjetividade (filosofia da consciência). Parte da idéia de que não existe um mundo em si, que independa da linguagem; *somente temos o mundo na linguagem*. As coisas e as entidades se manifestam em seu ser precisamente na linguagem, posição que também se aproxima muito de Heidegger. A linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser *condição de possibilidade* para a própria constituição do conhecimento”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.170.

²⁵³ Lenio Streck entende, fundamentado nos pensamentos de Warat, que a linguagem Ordinária seria constituída por duas correntes que analisam o problema da linguagem. Sendo o primeiro grupo concentrado nas ideias de Wittgenstein, e o segundo grupo vinculado à Escola de Oxford: Ryle, Austin, Strawson, Hart e Hare. A diferença entre tais correntes reside no fato de que a Escola de Oxford não “foram menos obsecados na tentativa de evitar discussões metodológicas gerais e na procura de resultados particulares”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.173.

lógico²⁵⁴ como objeto da semiótica²⁵⁵, do estudo dos signos, da concepção semântica de verdade, estritamente, ligada à referência empírica, dos usos e funções da linguagem.

A segunda frente voltada para a filosofia de Wittgenstein (segundo Wittgenstein) baseou-se no giro linguístico, na não cisão entre linguagem e práxis social, na superação da metafísica. Isso porque, como observa Lenio Streck,

para a semântica tradicional, a significação de uma palavra dependia de sua ordenação-objetiva, mesmo que os objetos não fossem necessariamente entidades concretas. A teoria dos jogos rejeita a perspectiva. No plano da semiótica, é possível dizer finalmente, que os problemas da semântica só são resolvidos na medida em que ela atinja uma dimensão pragmática.²⁵⁶

A terceira e última frente diz respeito ao desenvolvimento da filosofia pela linguagem, à linguagem como horizonte, o mundo de onde os indivíduos exprimem a realidade, “um meio heurístico²⁵⁷ indispensável para nosso conhecimento da realidade”.²⁵⁸

Neste sentido, como foi analisado no capítulo anterior, as concepções de princípio passaram por classificações que as distinguiu das demais, como por exemplo: princípios gerais do direito e princípios epistemológicos jurídico-epistemológicos. Com isso nos resta analisar, agora, a concepção de princípios para a hermenêutica jurídico-filosófica (calcada na fenomenologia jurídica de concepção voltada para o neoconstitucionalismo²⁵⁹) que é a base teórica da presente pesquisa.

²⁵⁴Como afirma Lenio Streck: “Os positivistas lógicos sustentavam a idéia de que o conhecimento pode ser obscurecido por certas perplexidades de natureza estritamente lingüística. Desse modo, reduzindo a filosofia à epistemologia, e esta à semiótica, afirmam que a missão mais importante da filosofia deve realizar-se à margem das especulações metafísicas, numa busca de questionamentos estritamente lingüísticos. O rigor discursivo passa a ser o paradigma da ciência; sem rigor lingüístico não há ciência; fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo, isto é, elaborar uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural. Nestes termos, linguagem, segundo Carnap, é um sistema de sons, de hábitos produzidos mediante os órgãos correspondentes, com o propósito de servir de comunicação entre as pessoas, pretendendo influir em seus atos, decisões e pensamentos”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.167.

²⁵⁵A semiótica divide-se em três partes: a sintática que analise a relação entre os signos; a semântica, que a analisa a relação dos signos como o objeto e a pragmática que analisa a relação entre os signos e o sujeito.

²⁵⁶STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Op. cit., p.172.

²⁵⁷Método heurístico quer dizer, método de perguntas e respostas para encontrar a solução de vários problemas.

²⁵⁸STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.175.

²⁵⁹Neoconstitucionalismo é “uma técnica ou engenharia do poder que procura dar resposta a movimentos históricos de natureza diversa daqueles que originaram o constitucionalismo liberal, por assim dizer (ou primeiro constitucionalismo). Por isso o neoconstitucionalismo é paradigmático; por isso ele é ruptural; não há sentido em tratá-lo como continuidade, uma vez que seu ‘motivo de luta’ é outro”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> Acesso em: 8 dez. 2011, ou ainda, como: “nascido da revolução copernicana do direito público traz para dentro do direito temáticas que antes se colocavam à margem da discussão pública: a política, representada pelos conflitos sociais, os direitos fundamentais sociais historicamente sonogados e as possibilidades transformadoras da sociedade a serem feitas *no* e *a partir* do direito”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p.389.

A hermenêutica jurídico-filosófica do neoconstitucionalismo está fundamentada na filosofia hermenêutica de Heidegger e na hermenêutica filosófica de Gadamer. A partir disso, se verifica uma busca pelo distanciamento daquela (antiga) relação de objetificação do sujeito e assujeitação do objeto (relação sujeito-objeto) do positivismo jurídico em que prevalecia uma subjetividade e, conseqüentemente, uma discricionariedade por parte do sujeito-intérprete. Neste sentido Lenio Streck observa que

A metafísica pensa o ser e de detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o Sr, através de um pensamento objetificador. Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência), faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente.²⁶⁰

A hermenêutica jurídico-filosófica partiu, assim, da revolução paradigmática que ocorreu no campo da filosofia e do direito, que é o reconhecimento da linguagem como fio condutor da compreensão, ou melhor, da interpretação do sentido do texto (norma). Isso só foi possível a partir da *linguistic turn* de Wittgenstein, ou seja, da virada linguística que retirou o *logos* da consciência e transferiu à linguagem, e também pela virada “pragmática” de Heidegger e Gadamer que inserem a faticidade como condição de possibilidade para a interpretação do direito.

A partir disso os princípios jurídicos (positivados ou não; constitucionais) começam a ser vistos à luz dos pensamentos interpretativos da hermenêutica jurídico-filosófica. Pensamentos hermenêuticos estes que não vêem os princípios como elemento de solução de lacunas no ordenamento jurídico, como cindível à regra, mas como co-originário à lei. Isso porque, a hermenêutica jurídico-filosófica rompeu com aquele dualismo de cariz positivista em que se distinguia o fato da norma, as regras do princípio, pois houve uma reviravolta ontológica do ser. Com isso é imprescindível destacar, que o conceito ontológico de princípios não é o mesmo conceito de regra, pois suas funções contedísticas se diferenciam. Neste sentido, Lenio Streck observa que:

O Direito passa a ser compreendido a partir desse novo lugar destinado à linguagem, nessa “terceira” etapa da história do conhecimento: na metafísica clássica, a preocupação era com coisas; na metafísica moderna, com a mente, a consciência; *já no paradigma exurgente da invasão da invasão da filosofia pela linguagem*, a preocupação é com a palavra, a linguagem. Não há essências. Tampouco definimos a realidade a partir de nossa consciência *assujeitadora do mundo*. O mundo não é um conjunto de

²⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.161.

objetificações. Daí o alerta de Heidegger: a pedra não tem mundo, o animal é pobre em mundo, e o homem é formador de mundo. Nesse novo paradigma, a linguagem constitui mundo; é condição de possibilidade. Desse modo, a linguagem não está à disposição do sujeito. Antes disto, é o sujeito que depende da linguagem. O mensageiro já vem com a mensagem.²⁶¹

As regras e os princípios, portanto, são diferentes, mas não são cindíveis, porque um inexistente sem o outro.

Assim, os princípios que, antes, foram criticados por terem sido considerados como “gerais do direito”, ou porque epistemológicos e desvinculados da semântica, da faticidade, passaram a ser entendidos, a partir da hermenêutica jurídico-filosófica, como constituintes do sentido da regra. Princípios que não mais podem ser separados da regra.

Os princípios são constitucionais, não porque foram positivados na Constituição (deixaram de ser “princípios gerais do direito” e passaram a ser denominados “constitucionais” só por estarem inseridos na Constituição), mas porque são constituintes do sentido da norma. Com isso, Lenio Streck afirma que os princípios “constitucionais” têm existência, independentemente, da nomenclatura “constitucionais” (nomenclatura dada em razão daqueles princípios gerais do direito terem sido positivados, constitucionalizados), isso porque, os princípios são co-originários às regras, eles às constituem no seu sentido. Com isso, se pode afirmar que o que há é uma “aparente” distinção/cisão entre eles, ou seja:

o problema [do conceito de princípio] não é só de nomenclatura, não valendo, portanto, a assertiva, por vezes vista em parte da literatura nacional, de que os princípios gerais do direito foram “positivados” na Constituição. *Trata-se de uma análise equivocada da função dos princípios constitucionais*, ou seja, enquanto os princípios gerais do direito se constituíam em uma “autorização” para a discricionariedade (foi para isso que dispositivos desse jaez foram colocados nos Códigos), os princípios constitucionais apresentam-se, contemporaneamente, *como um contraponto essa discricionariedade*.²⁶²

O fundamento da crítica sobre tal cisão (equivocada) subsiste no momento da aplicação do sentido da norma, dos princípios, ao caso concreto. É o fundamento baseado na teoria da *applicatio* de Gadamer, “o que nos remete necessariamente, à faticidade, ao modo prático de ser no mundo, à diferença ontológica (*ontologische*

²⁶¹STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.224.

²⁶²STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.111.

Differentz). Portanto, *não se está substituindo a regra pelo princípio ao sustentar a aplicação destes no lugar da regra*".²⁶³

Neste sentido, Lenio Streck desenvolve sua teoria baseada na Crítica Hermenêutica de Direito (surgida com uma visão filosófica como crítica sistemática da realidade, da consciência individual, auto-reflexiva, contrária ao cientificismo; mais especificamente, situada em Gadamer que concebe a verdade como um evento resultante da interpretação que leva em consideração a consciência da história efetual) denominada de “*Nova Crítica do Direito*”, fundamentada na análise fenomenológica do *Dasein* (do ser-aí) da virada ontológica e da virada pragmática, em que, por meio da linguagem se interpreta (compreende) o sentido do ser inserido em sua faticidade e historicidade como em um círculo interpretativo (Círculo Hermenêutico). Lenio Streck afirma que com base nesse referencial teórico: “é inexorável que eu[ele] venha a combater toda e qualquer atividade discricionária, voluntarista ou decisionista do Poder Judiciário e, de igual forma e com a mesma contundência, da doutrina positivista que garante tais posições”.²⁶⁴

A referida “*Nova Crítica do Direito*” de Lenio Streck surgiu assim no âmbito da relação dessa diferença ontológica (no sentido do ser, do ser-aí). Uma oposição ao aspecto ôntico de entificação do ser em razão da impossibilidade de haver identidade entre ser e ente. Ser e ente para a realidade hermenêutica jurídico-filosófica não pode ser cindidos, pois o sentido do ser, ou a realização do ser, só se dá no seu ente, assim como o ente só é em seu ser. Mas, é importante ressaltar que, tal nomenclatura “*Nova*” se deu em razão do fato de Lenio Streck trazer estes estudos fenomenológicos para o campo da prática, do Direito. Ou seja, Lenio Streck contextualiza a diferença ontológico-filosófica para o campo da pragmática, do jurídico, do texto normativo, do evento.

Lenio Streck combate, principalmente, o decisionismo por parte dos juízes e tribunais que sob o falso fundamento de intervenção da jurisdição remontam-se ao antigo paradigma representacional causal-explicativo, de origem metafísica (dualismo: sujeito-objeto). Para Lenio Streck:

Pelo contrário: a admissão da discricionariedade judicial e de decisionismos (o que dá no mesmo) *é próprio do paradigma positivista que o*

²⁶³STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em: < http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf >. Acesso em: 8 dez. 2011.

²⁶⁴STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p.164.

*constitucionalismo do Estado Democrático de Direito procura superar, exatamente pela diferença “genética” entre regras e princípios (além da nova teoria das fontes e do novo modelo hermenêutico que supera o modelo exegético-subsuntivo, refêrem do esquema sujeito-objeto).*²⁶⁵

Por essa razão que uma concepção de princípio fundada na hermenêutica jurídico-fenomenológica combata a cisão ente regras e princípios, texto e normas, para citar somente estes dois tipos de dualismos metafísicos (positivista). Pois, com a virada ontológica pragmática, os princípios não podem mais ser usados para suprir lacunas das regras, não devem mais ser critérios ou elementos metodológicos para interpretação do sentido da lei (norma). Os princípios não são mais objetos metodológicos que só são utilizados quando há lacunas na lei, ou, conforme pensamento errôneo, quando o sujeito/intérprete se depara com um caso, supostamente, denominado de caso difícil (que não foi possível realizar a subsunção do fato à norma, *a priori*, então deve-se se usar, em um segundo momento, os princípios para assim garantir a suficiência normativa).

É o que observa Lenio Streck:

Numa palavra, princípios são normas e tem um sentido deontológico. Assim, na medida em que se consolida a “era dos princípios” – que introduzem o mundo prático no direito, institucionalizando a moral no direito a partir de sua construção democrática (Constituições compromissórias e dirigentes) –, não se pode confundi-la com “abertura hermenêutica” e a conseqüente necessidade da construção de racionalidades de cariz epistemo-metodológicas. É como se as regras estivessem ligadas à subsunção – e com isso se daria razão ao positivismo –, e os princípios estivessem ligados às teorias argumentativas. Ou que os casos simples (*easy cases*) pudessem ser resolvidos por raciocínios causais-explicativos e os casos difíceis (*hard cases*) demandassem raciocínios mais complexos, como a ponderação. Ora, *os princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantar problemas metodológicos oriundos da “insuficiência” das regras*. Não são, pois, “mandados de otimização” ou postulados interpretativos. Devem sim, ser entendidos no contexto da ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo (afinal, esta não é a era pós-positivista).²⁶⁶

Os princípios, segundo a hermenêutica jurídico-filosófica, são princípios constitucionais, porque são constitutivos da norma, são co-originários a ela. Não porque possuem nomenclatura constitucional (princípios gerais do direito que foram positivados e que ganharam espaço – literal – na Constituição). Na realidade, os princípios possuem caráter de constituintes normativos. Não são mais nem menos que

²⁶⁵Ibidem.p.166.

²⁶⁶STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.114.

as regras, não são elementos metódicos de interpretação, mas sim, co-originários normativos. Lenio Streck observa que:

a regra está “subsumida” no princípio. Nos “casos simples” (utilizando, aqui, argumentativamente, a distinção que a teoria da argumentação faz), ela apenas encobre o princípio, porque consegue se dar no nível da pura objetivação. Havendo, entretanto, “insuficiência” (sic) da objetivação (relação causal-explicativa) proporcionada pela interpretação da regra, surge a “necessidade” do uso dos princípios. A percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina se desvelando, ocultando-se ao mesmo tempo na regra. Isto é, ele (sempre) está na regra. O princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto. Por isto é necessário, neste ponto, discordar de Dworkin, quando diz que as regras são aplicáveis à maneira do *tudo ou nada* e que os princípios enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessitam de uma decisão particular.²⁶⁷

Nesta seara, cumpre salientar, o que Lenio Streck afirmou como “panprincipiologismo em *Terrae Brasilis*”.²⁶⁸ Ou seja, o Brasil diante da pretensa intenção de exclusão da discricionariedade, da problemática da razão prática “eivada de solipsismo”,²⁶⁹ das incertezas da linguagem, remontado ao modelo de regras do positivismo (que considerava os princípios gerais do direito como valores) entendeu os princípios constitucionais como sucessores daqueles princípios gerais do direito, ou seja, continuou com a concepção de valores e aplicou-a aos princípios constitucionais. Em outras palavras foi como se aqueles valores sociais se tornassem positivados, tão somente. Como se fosse possível “criar” tantos princípios quanto forem necessários à solução dos problemas sociais – “panprincipiologismo”.

O “panprincipiologismo”, neste sentido, nada mais é do que a “criação” de inúmeros princípios, tantos quanto forem necessários para solucionar o problema “difícil” de vida em sociedade. É a criação/uso de princípios, sem limites, para suprir as lacunas das regras, que *a priori* não foram suficientes para atingir interpretação/aplicação do sentido normativo do texto. É uma pandemia de criação de princípios para resolver problemas interpretativos, de “nítida pretensão retórico-corretiva, além da tautologia que os conforma”,²⁷⁰ de “*Standards* interpretativos, que mais se parecem com *topoi* com pretensões dedutivistas. Sua diversidade – e a falta de critérios até mesmo para a sua definição – dá mostras da dimensão dos problemas enfrentados pelas diversas teorias que tratam da construção das condições de possibilidade da institucionalização de princípios efetivamente de índole constitucional. Na verdade, no modo como são originários de construções

²⁶⁷STRECK, Lenio Luiz. **A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo**. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - RIPE*. Bauru. v.40. n.45, jan./jun. 2006, p.272.

²⁶⁸TRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito**. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.475 ss.

²⁶⁹STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito**. Op. cit., p.475.

²⁷⁰STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito**. Op. cit., p.477.

nitidamente pragmatistas, mas, que, em um segundo momento, adquirem foros de universalização”.²⁷¹

Lenio Streck rechaça esta pandemia de princípios, o que para ele só reforça a ideia de que tais “princípios” (se assim pode-se dizer) são enunciações de cariz positivista-jurídico. Isso porque, como afirma Lenio Streck, há:

Uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses “princípios”) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite como no exemplo da “afetividade”, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “panprincipiologismo”, caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na “ausência” de “leis apropriadas” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo. Em tempos de “densa principiologia” e “textura aberta” (sic), tudo isso propicia a que se dê um novo *status* ao velho *non liquet*. Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto “programa normativo-vinculante”, mas sim, em um conjunto de enunciados criados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de “supraconstitucionalidade”.²⁷²

Desta feita, se verifica que os princípios constitucionais no contexto do Estado Democrático de Direito exigiu uma superação da diferença entre regras e princípios. Se deve ater à frente das ideias subjetivas discricionárias da pretensa intenção de solucionar casos denominados difíceis a partir de um jogo de criação de princípios estanques à solução dos problemas jurídicos.

4.2. O Equilíbrio entre Constitucionalismo e Democracia

O valor da Constituição assim como o papel da jurisdição ganharam relevância na história moderna-contemporânea, principalmente no que tange à questão da decisão judicial e da necessidade de se acabar com a discricionariedade judicial. O conceito hermenêutico de princípios reforçou, ainda mais, a ligação da questão da discricionariedade, pois, como é possível perceber, os princípios sempre estiveram relacionados à interpretação do texto legal frente ao caso concreto, e isso resulta na impossibilidade de se deixar de analisar o contexto político-social.

²⁷¹ Ibidem, p.490.

²⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. Op. cit., p.493.

Na tentativa de extirpação do protagonismo judicial (da discricionariedade judicial), principalmente quanto à autonomia do direito (problemática analisada por Castanheira Neves a qual foi descrita no capítulo anterior sobre as críticas concepções tradicionais) a hermenêutica jurídico-filosófica buscou desvincular-se da concepção político-jurídica ou decisões políticas. Ou seja, demonstrou relação com o modelo de Estado, assim como à figura da democracia e do constitucionalismo.

Neste contexto da história moderna, se verifica uma busca efetiva pela concretização do direito à igualdade por meio do conteúdo da legalidade. Ou seja, é o constitucionalismo (fundado na Constituição para a garantia jurídica dos direitos dos indivíduos) vinculado ao Estado Democrático de Direito, que por sua vez se apresentou como uma tentativa de associação do ideal democrático em superação, não só ao antigo Estado Liberal de Direito, mas também ao antigo Estado Social de Direito que visava, única e exclusivamente, um conteúdo material para garantia e concretização de uma vida digna ao homem.

Um Estado Democrático de Direito como fomentador da participação pública na construção da sociedade, fazendo uso do “caráter incerto da democracia” para inserir nesta (sociedade) a ideia de que a partir da democracia é possível obter uma solução para os problemas materiais de existência. Um Estado que tem a Constituição como instrumento básico para a garantia jurídica; de organização democrática da sociedade; de concretude dos direitos fundamentais individuais e coletivos; de justiça social para solução das desigualdades (não basta limitação ou promoção da atuação estatal); de “Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência”,²⁷³ por fim, de segurança e certezas jurídicas.

Assim também, a figura da democracia pode ser entendida como a forma pela qual o Estado exerce suas funções, “*em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social*”.²⁷⁴ Igualmente, como afirma Lenio Streck,

²⁷³STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.99.

²⁷⁴STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p.31.

a democracia constitucional é o sistema político talhado no tempo social que o vem tornando a cada dia mais humano porque se enriquece com a capacidade de indivíduos e comunidades para reconhecer seus próprios erros, como acentua Holmes. A Constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e majorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro. *Esta, aliás, é a sua própria condição de possibilidade.*²⁷⁵

E democracia “quer dizer regra da maioria *legítima*, o que significa que o mero fator majoritário não constitui democracia a menos que condições posteriores sejam satisfeitas”.²⁷⁶ Ou, além disso,

[s]e se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das minorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau.²⁷⁷

Lenio Streck ainda ressalta que:

desde logo, considero[a] necessário deixar claro que a contraposição entre democracia e constitucionalismo é um perigoso reducionismo. Não fosse por outras razões, não se pode perder de vista o mínimo, isto é, que *o Estado Constitucional só existe e tornou-se perene a partir e por meio de um processo político constitucionalmente regulado (Loewestein)*. Na verdade, a afirmação da existência de uma “tensão” irreconciliável entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno, que entendo deva ser desmi(s)tificado. Frise-se, ademais, que, se existir alguma contraposição, esta ocorre necessariamente entre a democracia constitucional e democracia majoritária, questão que vem abordada em autores como Dworkin, *para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites/freios às majorias eventuais.*²⁷⁸

Já a figura do constitucionalismo se despontou, no ordenamento jurídico, como um sistema normativo fundado na Constituição. Como observa Lenio Streck, “*a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das majorias*”.²⁷⁹ Ou seja, um constitucionalismo

²⁷⁵STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.21.

²⁷⁶DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.2.

²⁷⁷STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.18.

²⁷⁸Ibidem, p.19.

²⁷⁹Ibidem, p.17.

como forma de garantia dessas condições mínimas de vida dos cidadãos. Pois, é por meio da Constituição que se garante o poder/dever de aplicação/concreção dos direitos fundamentais. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, a Constituição deve garantir por meio de um ideal de vida consubstancializada (materializada) nos princípios, as exigências de uma vida social e os direitos e liberdades fundamentais.

Dworkin, afirma que:

Por ‘constitucionalismo’ quero dizer um sistema que estabelece direitos jurídicos individuais que o legislador dominante não tem o poder de anular ou comprometer. O constitucionalismo, assim entendido, é um fenômeno político cada vez mais popular. Vem se tornando cada vez mais comum supor que um sistema jurídico respeitável deve incluir a proteção constitucional de direitos individuais.²⁸⁰

Desta feita, se pode verificar que em uma sociedade que tem como modelo de Estado o modelo Democrático de Direito (em que a Constituição é a garantia da concreção dos direitos fundamentais individuais e coletivos) a figura do constitucionalismo sempre estará intimamente ligada à democracia, pois o papel da Constituição e da jurisdição constitucional, além das condições de possibilidade à concretização dos direitos sociais, só se realizam em um Estado Democrático de Direito. E este Estado Democrático de Direito, por sua vez, conforme assegura Lenio Streck,

ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. *Ou seja, no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado*, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica.²⁸¹

Não obstante, Dworkin ressalta, que apesar da ideia ilusória e errônea de que o constitucionalismo comprometia a democracia (quando limitava, por exemplo, o direito democrático da maioria de ter a lei como queiram diante da proibição de limitação da liberdade de expressão), para ele (Dworkin), o intérprete, deve se ater à distinção entre “democracia e regra de maioria”.

²⁸⁰DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p.1.

²⁸¹STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009., p.35.

É o que também Rafael Lazzarotto Simioni (adepto à matriz pragmático-sistêmica) também observa quando analisa, sob as perspectivas do neopositivismo: procedimentalista e substancialista, o questionamento se é possível conciliar o constitucionalismo e democracia:

a resposta da perspectiva material [substancialista] é a de que se deve diferenciar a democracia da regra da maioria, de modo que a democracia deve ser entendida como a regra da maioria legítima, o que pressupõe uma estrutura constitucional prévia que não pode ser livremente modificada pela vontade da maioria. Assim o constitucionalismo é, na verdade, condição de possibilidade da democracia, porque só há democracia se há limites constitucionalmente definidos para as possibilidades de mudanças políticas.²⁸²

Assim, apesar de pertencer à corrente procedimentalista do neoconstitucionalismo jurídico (da atualidade), Rodolfo Viana Pereira também concorda ao dizer que “o constitucionalismo moderno vai significar a proposta de fundar o *poder e autoridade* – portanto, também o *Estado* – em bases legais, surgindo a Lei e a Constituição como símbolos de racionalidade aptas ao trabalho hercúleo de proteção à esfera individual”.²⁸³ E ainda, ressalta que

por ocasião do novo constitucionalismo, os indivíduos livres e racionais buscarão formar e conformar a sociedade que reputarem mais adequada ao seu convívio, limitando o arbítrio e declarando o rol de seu direito, compreendidos como indevassáveis, tal como externado no art. 16 da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda a sociedade na qual esteja assegurada a garantia dos direitos do homem e nem determinada a separação dos poderes, não possui constituição”.²⁸⁴

Neste sentido também Bobbio conceitua o constitucionalismo:

Parece, à primeira vista, não ser possível identificar o Constitucionalismo com a democracia, se bem que, depois, seja difícil imaginar em concreto uma democracia não constitucional. Na realidade, o pensamento democrático teve um só problema essencial: o de mostrar como a soberania é um direito inalienável e imprescritível do povo. Como consequência, buscou ou fomentou formas de convivência onde se conferisse ao povo não só a mera titularidade, como também o concreto exercício do poder soberano. (...) Por conseguinte, hoje o Constitucionalismo não é outra coisa senão o modo concreto como se aplica e realiza o sistema democrático representativo.²⁸⁵

Fazendo uma analogia ao direito comparado (em especial ao jurista Luigi Ferrajoli) Lenio Streck afirma que esta constitucionalização (que se apresenta com um

²⁸²SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão Jurídica e Democracia Constitucional**. Manuscrito inédito, 2009.

²⁸³PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 87.

²⁸⁴Ibidem, p. 90.

²⁸⁵BOBBIO, Norberto. Constitucionalismo. In: Bobbio, Norberto et al. (Org.). **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 256-257.

caráter rígido de imposição de obrigações e proibições ao Estado quando aos direitos fundamentais) caracterizou intervenção, principalmente, na dimensão material da Constituição, ou seja, na “democracia substancial”.²⁸⁶ Uma democracia que impõe que toda e qualquer decisão deve respeitar os princípios e os direitos fundamentais para que elas não sejam realizadas por qualquer maioria. No entanto, para isso, é imprescindível que o Estado Democrático de Direito se realize em conformidade com uma ação concreta do judiciário. “O judiciário não pode ser a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiências de políticas de *welfare state*. Igualmente não se pode apostar em uma ‘república de juizes’”.²⁸⁷

Na realidade, se verifica que no Brasil (para mencionar somente este país) essa passagem dos modelos de Estado acarretou grandes mudanças na atuação dos poderes: legislativo, executivo e judiciário, tendo em vista que, com a afirmação do Estado Democrático de Direito, houve uma exigência maior para a realização de políticas públicas determinadas pela Constituição. Políticas públicas estas que até o presente momento não foram satisfeitas em sua totalidade. Que ainda não conseguiram garantir uma satisfação social. Como consequência disso, resta à sociedade procurar outros meios para garantir a concretização destas políticas públicas. Resta aos sujeitos de direito recorrer ao Poder Judiciário para que este órgão seja uma “*via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição*”.^{288,289}

Nesta perspectiva, Lenio Streck fundado na crítica ao pensamento habermasiano (que está voltado à perspectiva procedimentalista) afirma que para Habermas o controle abstrato das normas é função “indispensável” do legislador. Seria uma “quase aversão à justiça constitucional”,²⁹⁰ pois

Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, *nem em conteúdos substantivos*, mas em procedimentos que asseguram a

²⁸⁶STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.46.

²⁸⁷Ibidem, p.52.

²⁸⁸Ibidem, p.53.

²⁸⁹Lenio Streck analisa/exemplifica assim esta exigência de atuação do poder judiciário: “E se faltarem vagas na rede pública?, pergunta o Juiz de Direito Urbano Ruiz. Pois na cidade de Rio Claro, o Promotor de Justiça ingressou com uma ação civil pública (instrumento do Estado Democrático de Direito) para obrigar a municipalidade a criá-las, para que no ano letivo de 98 nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído o cargo e ficar inabilitado para o exercício de cargo ou função pública por cinco anos. O juiz determinou, liminarmente, a criação das vagas. Não houve contestação por parte da prefeitura. Esse fato, complementa Ruiz, mostrou que é possível utilizar o Judiciário para o desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, por meio dele é possível exigir das autoridades que cumpram seus deveres, que tomem atitudes”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.54.

²⁹⁰STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.29.

formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em uma “nação de cidadãos”. Critica a assim denominada “jurisprudência de valores”, adotada pelas cortes européias, especialmente a alemã. No Estado Democrático de Direito, *os Tribunais Constitucionais devem adotar uma compreensão procedimental da Constituição*. Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar *limitado* à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito.²⁹¹

Com base nesta crítica de Lenio Streck à Habermas, é possível verificar que uma sociedade de perspectivas procedimentalistas não consegue elaborar “*um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia*, em que a primazia (ainda) é *a de proceder a inclusão social (...)* e o *resgate das promessas da modernidade*”.²⁹² Uma inclusão que segundo Habermas estaria vinculada a coesão interna entre o Estado de Direito e democracia. E que, apesar destes dois objetos serem apresentados como pertencentes a disciplinas diversas, isso “*não significam[significa] de modo algum que possa haver do ponto de vista normativo um Estado de direito sem democracia*”.²⁹³

Habermas diz que a realidade constitucional das sociedades ocidentais está vinculada à imposição ao direito, tanto da positividade quanto do caráter coercitivo para assegurar a liberdade. Porém, para tanto é preciso que o processo democrático legislativo seja suficiente (e legítimo) para garantir uma coercibilidade (ameaças de sanções estatais). Com isso, há uma relação conceitual entre esse caráter coercitivo do direito e as decisões modificáveis de um legislador político, ou seja, decisões do direito positivo. “*Pois no modo de validação do direito a facticidade da imposição do direito por via estatal enlaça-se com a força legitimadora de um procedimento instituidor do direito, o qual, de acordo com sua pretensão, é racional, justamente por fundamentar a liberdade*”.²⁹⁴

Um procedimento democrático que para Habermas deve se constituir por meio da teoria do discurso que pressupõe que os cidadãos sejam, ao mesmo tempo, destinatários e autores do direito. Ou seja, a realização do processo democrático que confere legitimação ao processo de criação do direito, por meio da concordância de (se

²⁹¹Ibidem, p.29.

²⁹²Ibidem, p.31.

²⁹³HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. Trad. de George Sperber, Paulo Astor Soethe [UFPR], São Paulo: Loyola: 2002, p.286.

²⁹⁴HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. Trad. de George Sperber, Paulo Astor Soethe [UFPR], São Paulo: Loyola 2002, p.287.

possível) todos os envolvidos, ou todos os participantes em discursos racionais. É a constituição do direito (normatizações) por meio de discurso dos próprios envolvidos neste sistema, haja vista que “a almejada coesão interna entre direitos humanos e soberania popular consiste assim em que a exigência de institucionalização jurídica de uma prática civil de uso público das liberdades comunicativas seja cumprida justamente por meio dos direitos humanos”.²⁹⁵

Diante disso verifica-se que a liberdade comunicativa dos cidadãos deve ser exercida como um direito humano na implementação da democracia, no seu direito político de cidadão, onde “a idéia democrática da autolegislação não tem opção senão validar-se a si mesma no *médium* do direito”.²⁹⁶ Para Habermas:

Não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas do direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um *médium* para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado.²⁹⁷

Essa coesão interna entre o Estado de Direito e democracia, proposta por Habermas, nada mais é do que o delineamento autônomo e privado dos direitos dos cidadãos realizados por eles mesmos, por meio de um consenso entre os próprios envolvidos.

Neste sentido, com base na crítica que Lenio Streck faz à Habermas, Lenio Streck diz que o direito ou as normas regulamentadoras do direito promovidas em um Estado Democrático de Direito não têm que ser constituídas por todos os indivíduos envolvidos (um a um). Inclusive, o próprio Habermas tem conhecimento disso, quando proferiu a seguinte frase: “com a concordância de possivelmente todos os envolvidos”.²⁹⁸ Além disso, as autonomias: pública e privada dos cidadãos, por si só tendem a garantir a constituição do direito dos cidadãos à democracia, aos direitos coletivos, assim como aos direitos individuais.

Sendo assim, é evidente, que existe uma crescente demanda de problemáticas as quais devem se dirigir para a sua solução junto ao judiciário, tendo em vista as imposições (sociais) de concretização de políticas que deveriam ter sido efetivadas

²⁹⁵Ibidem, p. 292.

²⁹⁶Ibidem, p.293.

²⁹⁷Ibidem, p.293.

²⁹⁸HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. Trad. de George Sperber, Paulo Astor Soethe [UFPR], São Paulo: Loyola, 2002, p.192.

pelo poder público, as quais, na maioria, são ineficazes. No entanto, como ressalta Lenio Streck o direito não tem que ficar fazendo as vezes do poder público em cumprir políticas públicas, porque senão, ter-se-ia que explicar, o porquê da ineficácia do sistema judiciário, haja vista que ele não conseguirá fazer cumprir todas as exigências e ingerências da sociedade.

Este é o ponto fulcral da problemática debatida pela hermenêutica. Pois, o ordenamento jurídico brasileiro (para se limitar a este) já possui normatizações suficientes para dirimir os litígios postos à sua análise/aplicação. Na realidade, o que a hermenêutica jurídico-filosófica procura é obter o sentido correto (para aquele caso específico em consonância com a Constituição) do texto legal, ou seja, saber interpretar o texto legal para então obter uma solução correta para aquele caso concreto, mas, sobretudo, com fundamento na Constituição. O intérprete/legislador não tem que criar normas a todo caso, ou então, criar princípios para solucionar lacunas na lei, mas sim saber interpretar, compreender o ser no seu ser-aí.

O direito brasileiro positivado tem como diretriz a Constituição e abaixo dela, hierarquicamente, tantas outras normas infraconstitucionais, capazes de atribuir soluções aos litígios apresentados ao judiciário. E isto é o que também ocorre com os princípios constitucionais, pois eles (reforça-se aqui) não são elementos metodológicos que devem ser aplicados somente depois da escassez da regra jurídica, como se fossem uma “carta na manga”, ou como critérios subjetivistas para confirmação de uma decisão já tomada. Os princípios são também constituintes das regras, por isso ele já são, ou devem ser, compreendidos/interpretados/aplicados ao mesmo tempo que as regras. O intérprete não tem que ficar criando princípios/instrumentos para preencher lacunas advindas de uma interpretação hermenêuticamente deficitária do texto legal.

Um caso concreto que seja apresentado ao intérprete para que este aplique as normas constitucionais, ou seja, solucione o litígio apresentado ao judiciário, deve ser analisado de acordo com a Constituição em consonância com sua experiência da história efetual, com o mundo-do-ser. Ou seja, deve passar por todo círculo hermenêutico de interpretação (hermenêutico e apofântico) para assim derrocar a discricionariedade dos intérpretes e, conseqüentemente, apresentar a correta resposta/decisão hermenêutico-constitucional frente ao caso concreto.

A partir disso verifica-se que a hermenêutica constitucional é sim adequada para equilibrar esta suposta tensão entre o constitucionalismo e a democracia, pois as normatizações existentes no ordenamento jurídico são legitimamente constituídas por um órgão constitucionalmente responsável – que é o Legislativo – que por sua vez é um instrumento de democracia indireta, ou seja, por representatividade pública. No entanto, também existem os instrumentos de democracia direta em que os cidadãos eleitores são chamados a pronunciar-se sobre determinados assunto denominados de cariz de relevante interesse à soberania nacional. Ou seja, formas de participação da sociedade no constituir das normas legais, como: plebiscito, referendo e iniciativa popular.

A resposta a essa questão vem de Rafael Lazzarotto Simioni quando diz que:

Tanto a resposta procedimentalista quanto a material são suficientes para demonstrar que a **aparente** contradição entre constitucionalismo e democracia – entre estabilidade constramajoritária e regra da maioria – só é uma contradição se ela for observada no âmbito do paradigma positivista (formal) do direito. Em termos de vigência, validade e eficácia formal do direito, constitucionalismo e democracia são dificilmente coordenáveis. Mas em termos de legitimidade material ou procedimental do direito, constitucionalismo e democracia são reciprocamente necessários. (grifo).²⁹⁹

Com base nisso, é possível afirmar que a partir do constitucionalismo se firmou a segurança jurídica (contra as discricionariedades dos intérpretes) e, conseqüentemente, a efetivação da democracia, o que só é possível a partir de uma interpretação hermenêutico-filosófica em que tem como fio condutor a linguagem e o mundo vivido do ser. Independente de métodos ou meta-regras que só fazem incidir subjetividades e discricionariedades quanto à escolha deles. Neste sentido, Lenio Streck afirma que “não se interpreta por fases ou etapas (...) é a superação da epistemologia pela fenomenologia hermenêutica (por isso, repita-se, *Verdade e Método* é lido como Verdade contra o Método)”.³⁰⁰

Ou seja, o judiciário, portanto, deve assumir o papel de intérprete dos direitos produzidos democraticamente, inclusive contra as maiorias eventuais, deve se realizar em prol da maioria constituinte da comunidade política, como perspectivas de normas diretivas. Pois, o problema “não reside no texto da Constituição; o problema está no espaço que a Constituição representa para aglutinar forças. Há, pois, uma

²⁹⁹SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão Jurídica e Democracia Constitucional**. Manuscrito inédito, 2009, p.17.

³⁰⁰STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p.73.

fundamentação constitucional do político. Trata-se de uma legitimação material”.³⁰¹ É esta legitimação substancial (não procedimental) que enseja a adequação hermenêutica no equilíbrio desta “aparente” tensão entre constitucionalismo e democracia.

4.3. Hermenêutica e Efetividade dos Direitos Fundamentais

Apresentada a análise de equilíbrio na tensão entre o constitucionalismo e democracia por meio da hermenêutica, cumpre ressaltar a correlação entre a hermenêutica e a efetividades dos direitos fundamentais.

Esta questão da efetividade dos direitos fundamentais está intimamente ligada àquela questão da tensão entre constitucionalismo e democracia, pois como é possível perceber, o poder público não consegue atender e cumprir todas as exigências (nem as exigências mínimas constitucionalmente previstas) sociais constitucionalmente garantidas no que soçobra ao poder judiciário dirimir as insatisfações dos sujeitos de direitos. Com isso, não basta uma decisão metodológica com o propósito de solucionar tal litígio, o que consequentemente gerará uma insatisfação ou suposta inefetividade do judiciário.

É o caso já aclamado por Lenio Streck “afinal, existem mais de trinta milhões de pessoas vivendo na miséria, ao mesmo tempo em que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa erradicar a miséria e a desigualdade”.³⁰² Não há como transplantar ao judiciário o cumprimento (satisfação) dos interesses sociais, ou seja, não há como deslocar o pólo de tensão dos demais poderes para o judiciário. Pois, se não existe vaga em uma escola pública por “n” razões, não basta que o juiz decida (ordene) pela abertura de vagas. É preciso que haja uma interpretação hermenêutica do texto legal frente ao caso concreto sem qualquer imposição de métodos, sopesamentos de valores, ou discricionariedades nas decisões.

O Brasil, neste sentido, não foge desse contexto da discussão acerca da efetividade da Constituição. Um dos fatores (senão o principal) segundo Lenio Streck é que o Brasil assim como outros países periféricos apresenta-se com um Estado de “modernidade tardia”.³⁰³ País em “que sequer a legalidade formal é cumprida, e sem

³⁰¹STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.33.

³⁰²STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.30.

³⁰³No Brasil a modernidade é tardia e arcaica para Lenio Streck, porque este país não conseguiu implantar planos progressistas econômicos e sociais, ou seja, reintegrar a atividade econômica ao conjunto da vida social e reforçar as intervenções do poder público, ou seja: “O que houve (há) é um simulacro de modernidade. (...) Ou seja, no Brasil as promessas da modernidade não se

que a esfera pública tenha condições de se desenvolver, pela absoluta ausência do cumprimento dos direitos substantivos”.³⁰⁴

A Constituição do Brasil deve ser reconhecida como uma diretriz normatizadora de fins e programas a ser aplicados à sociedade pelo poder público. No entanto, é possível ressaltar a contrariedade à ideia de denominação de “normas programáticas”, pois a Constituição não é mais um mero programa de aplicação de políticas públicas, ou seja, não mais atribui ao legislador a tarefa de efetivar os direitos materiais contidos nela, mas sim regulamenta linhas e sentidos a ser seguidos para obtenção e garantia dos direitos substantivos. A constituição, portanto, não é mero “instrumento” público de regulamentações e concretizações de programas públicos, mas uma diretriz do mundo vivido dos seus sujeitos de direitos.

A função da Constituição é, portanto, dirigir a vida dos sujeitos de direitos de seu Estado. Não há como falar em uma Constituição global que abarque fins e programas no âmbito nacional e internacional. Ela é um instrumento dos sujeitos de seu país. “A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional. Do mesmo modo, não há ‘um constitucionalismo’, mas, sim, vários constitucionalismos”.³⁰⁵

Lenio Streck observa:

A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se “interpõe” entre o Estado e a Sociedade. A Constituição dirige; constitui. A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos “menos significantes” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental.³⁰⁶

A Constituição é uma diretriz normatizadora de fins e programas públicos a serem realizados pelo poder público em benefício dos sujeitos de direitos. Ela é “algo substantivo, porque contém direitos fundamentais, sociais, coletivos que o pacto

realizaram. (...) É evidente que, em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. As políticas neoliberais, que tem minimizado o Estado, não apontam e não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza! É este, pois, um de nossos dilemas: quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face do profundo processo de exclusão social, mais o Estado se encolhe...” STRECK, Lenio Luiz. **Constituição ou Barbárie? – a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=17&Itemid=2>. Acesso em: 15 dez. 2011. p.3-4.

³⁰⁴STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. Op. cit., p.110.

³⁰⁵STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.112.

³⁰⁶Ibidem, p.114-115.

constituente estabeleceu como passíveis de realização”.³⁰⁷ Não é, apenas, instrumento de programas públicos – procedimental –, senão ter-se-ia, simplesmente, uma troca de responsáveis pela satisfação das necessidades dos sujeitos de direitos. Por essa razão devemos fazer uso de uma interpretação hermenêutico-jurídico-filosófica do texto legal e seu contexto (mundo vivido).

Os direitos fundamentais, neste sentido, são palco destas discussões sobre efetividade, haja vista que um direito fundamental é um direito humano positivado constitucionalmente. Eles são naturalmente dados aos indivíduos, daí sua fundamentalidade.

Existem dois tipos de classificação dos direitos fundamentais: aquela que os classifica em dimensões e a aquela que os classifica em “*status*”. Ou seja, a primeira vinculada à agregação de uma fase em outra mais atualizada e a segunda vinculada a ideia de os direitos sociais seriam declarações de boas intenções destituídas de exigibilidade. No entanto, somos adeptos à primeira classificação, tendo em vista a ideia de que os direitos não são seccionados, mas por meio de dimensões se agrega uma fase (tipo direito) à outra.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, apesar de ser adepto à perspectiva procedimentalista do direito, analisa, acertadamente, os tipos de direitos fundamentais como constituídos em dimensões³⁰⁸: a) de posição negativa do Estado: em que defende o direito de resistência ou defesa, tais como: vida, liberdade, propriedade e igualdade perante a lei; b) de posição positiva do Estado: exige atuação positiva do Estado, tais como: saúde, educação, assistência social; e c) direitos difusos e coletivos: família, povo, nação, direitos difusos e coletivos. Há que ressaltar que segundo Paulo Bonavides (para citar somente este), por exemplo, existiria uma quarta dimensão sobre a democracia e a informação, assim como ao pluralismo.

Sendo assim, retomando ao constitucionalismo (como aporte do Estado Democrático de Direito) como já foi visto, é possível verificar que ele é substancialista, pois está vinculado ao direito material, logo, está baseado nos direitos fundamentais. Porém, é importante ressaltar que, apesar, da distinção de tipos de direitos fundamentais, não há entre eles hierarquia. Ou seja, não há nenhuma forma abstrata ou universalizante de interpretação/aplicação entre os direitos fundamentais.

³⁰⁷Ibidem, p.116.

³⁰⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2008.

Com isso, resulta, mais uma vez, a importância da perspectiva substancialista que não busca proceduralizar a interpretação do texto legal, como é o caso da vertente proceduralista, da insegurança do sopesamento, das ponderações.

Lenio Streck afirma que:

em sede de realização de direitos, da concretização de direitos fundamentais, *sempre se estará em face desse dilema* [da compatibilidade entre democracia e constitucionalismo]. E o problema não é o texto constitucional, recheado de direitos; *o problema é que a Constituição do Brasil vige e vale em país no qual os direitos de primeira dimensão ainda não foram atendidos*, circunstância que assume foros de dramaticidade no caso dos direitos de segunda e terceira dimensões. Talvez em *terrae brasilis* o problema esteja no “excesso de faticidade”.³⁰⁹

Este autor ainda observa que:

é a partir da superação da crise paradigmática do Direito (crise de modelos de Direito e de Estado) é que poderemos dar um sentido eficaz à Constituição, inserida no novo modelo de cunho transformador que é o Estado Democrático de Direito, rumo à emancipação social. Ao lado disto, é imprescindível uma nova hermenêutica jurídica, que possibilite ao operador do Direito a compreensão da problemática jurídico-social, inserida no contexto de uma sociedade excludente como a brasileira, onde a dignidade da pessoa humana tem sido solapada deste o seu *des-cobrimento*. É preciso, pois, dizer o óbvio. Comunicar esse óbvio de que a Constituição constitui! O óbvio está no anonimato. Deve ser descortinado.³¹⁰

Desta feita, se verifica que os direitos fundamentais são essenciais ao constitucionalismo haja vista seu caráter substancial (material). Eles constituem a norma (a Constituição). Logo, se se fizer uma analogia aos princípios constituintes da norma, co-originários às regras (e não, apenas, um elemento do governo), é possível concluir que os direitos fundamentais estão alinhados aos princípios. Eles não são regras de onde se abstrai os princípios, eles já são princípios.

Com base nisso, se entende que uma decisão advinda de uma interpretação/aplicação hermenêutica jurídico-filosófica que refuta o proceduralismo (fundada na substancialidade) e que tenha como fundamento a análise dos direitos fundamentais tem sua legitimidade por ser/estar constituída por um princípio. E mais, é a partir desta hermenêutica que tem como a adequada efetivação ou proteção dos direitos fundamentais, pois esta hermenêutica é substancial (material)

³⁰⁹STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.125-126.

³¹⁰STRECK, Lenio Luiz. **Constituição ou Barbárie? – a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=17&Itemid=2 >. Acesso em: 15 dez. 2011. p.11.

não se utiliza de padrões metódicos para interpretar/aplicar os direitos fundamentais (os princípios), ficando à mercê da discricionariedade do intérprete.

Por meio da hermenêutica jurídico-filosófica o intérprete obtém a decisão correta ao caso concreto específico, pois está fundada na Constituição que é um evento (está edificada “sob certos pressupostos que chegam até nós pela história institucional de nossa comunidade”).³¹¹

Neste contexto e,

a propósito, não devemos esquecer que os princípios vieram justamente para superar a abstração da regra, desterritorializando-a de seu *locus* privilegiado, o positivismo. Os princípios (constitucionais) possuem um profundo enraizamento ontológico (no sentido da fenomenologia hermenêutica), por que essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem ser-no-mundo, na faticidade. O fio condutor desses princípios é a diferença ontológica (*ontologische Differenz*). É por ela que o positivismo é invadido pelo mundo prático. A regra recebe do princípio a sua “espessura”, a sua significatividade (*Bedeutsamkeit*).³¹²

Ou seja, uma decisão jurídica, relacionada aos direitos fundamentais, resultante de uma interpretação hermenêutica jurídico-filosófica que é adequada para a proteção destes direitos fundamentais. Isso porque, a interpretação hermenêutica jurídico-filosófica supera a problemático do “como” interpretar quando rompe com o paradigma representacional (de métodos) em que cindia interpretação da aplicação. E assim, vinculado a isto, a hermenêutica jurídico-filosófica também se impõe diante do “como” aplicar, refutando toda espécie de decisionismos, discricionariedades, para ao fim atingir, à luz da Constituição, a resposta correta para cada caso concreto. “Ou seja, como transformar a Constituição – e a sua interpretação – em um direito fundamental do cidadão, no sentido de que o resultado dessa interpretação não seja fruto de um sujeito solipsista ou dependente de métodos”.³¹³

A partir da hermenêutica jurídico-filosófica não há cisão entre interpretação e aplicação (dualismo metafísico). Consequentemente, não há subjetivismo, nem há que se falar que a análise de direitos fundamentais é “fácil” ou “difícil” e estar, assim, prestes a fazer escolhas, sopesamentos. Mas, sim uma decisão em que se obtém o sentido daquele direito fundamental frente ao caso concreto, às suas peculiaridades,

³¹¹STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.500.

³¹²STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. Op. cit., p.171.

³¹³STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em: < http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2011, p.8.

por meio da consciência da sua história efetual, e assim, seja a resposta correta e eficaz à proteção daquele direito fundamental.

Diante disso, é percuciente a análise desta resposta correta fundada na Constituição diante da problemática do sentido hermenêutico de princípio.

4.4. Hermenêutica e a Resposta Correta (Adequada à Constituição)

Como foi visto alhures, a partir do constitucionalismo, os direitos fundamentais assim como os princípios se despontaram como fundamento substancial para o constituir da Constituição. Não obstante, também se denota que o cumprimento/concreção e satisfação de políticas públicas aos sujeitos de direito que antes era de competência do ente poder executivo, se desloca ao poder judiciário. E assim, cresce o número de demandas no judiciário, e conseqüentemente, se não houver uma interpretação hermenêutica constitucional do texto normativo o juiz, discricionariamente, irá decidir por impor a concreção de medidas que não serão tidas como, a correta, frente aquele caso específico. Ou seja, o juiz/intérprete decidirá por uma concreção de direitos a partir da subjetividade no que não poderá ser cumprida, no que causará a ineficácia da norma (Constituição; direitos fundamentais, princípios, etc.), fazendo uma cisão entre regra e princípios, ponderação de valores que resultará em mais uma decisão discricionária e ineficaz.

Sendo assim, com base na hermenêutica jurídico-filosófica apresentada nesta pesquisa, é possível verificar que não há como cindir regras de princípios, pois os princípios “sempre atuam como determinantes para concretização do direito e em todo caso concreto eles devem conduzir para a determinação da resposta adequada”.³¹⁴ Isso porque, o princípio não é a norma da regra, mas co-originário a ela. Ele constitui o sentido da regra, constitui a Constituição.

Lenio Streck afirma, neste sentido que:

A resposta adequada/correta está diretamente ligada aos princípios. Nas regras não existe uma “força de capitularização”. *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*. O problema da resposta adequada/correta, neste caso, só é

³¹⁴STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.517.

resolvido na medida em que seja vão que a tese da (única) resposta correta proposta por Dworkin (com a qual concordo apenas em parte) só se constitui em uma teoria da decisão em face da introdução dos princípios no direito, ou, se se quiser, em face da ruptura com a descrição positiva do direito como um modelo de regras. De todo modo, os princípios não resolvem – em termos lógico-objetivos – o caso, mas constituem a legitimidade da solução, fazendo com que a decisão seja incorporada ao todo da história institucional do direito.³¹⁵

Nesta seara, Lenio Streck defende a tese da “abertura interpretativa do princípio”.³¹⁶ Ou seja, para este autor, diferentemente do que diz a tese da distinção formal-enunciativa (que classifica as regras e os princípios a partir dos seus enunciados) que há uma “abertura” na relação analítica entre os símbolos linguísticos e a realidade do mundo dos princípios. Na realidade, os princípios “fecham” o leque semântico de interpretação “exatamente em razão de sua perspectiva universalizante (pretende abarcar todos os casos e, na verdade, não abrange nenhum, sem a cobertura densificatória fornecida pelo mundo prático da singularidade principiológica)”.³¹⁷

As regras, por sua vez como observa Lenio Streck, não especifica uma situação concreta, mas apresenta-se a inúmeras possibilidades. Ele exemplifica, dizendo que a regra definida como crime “matar alguém” não se refere a um homicídio, mas aos casos em que alguém tira a vida de outrem. Por isso dela abrir a margem de interpretação. Já o princípio “individualiza [e realiza] a *applicatio*”.³¹⁸

Cumprido lembrar o fato de que a interpretação do texto legal ou a atribuição de sentido ao texto não são obtidos a partir de “graus zero” de significação, mas sim, dependem de uma reconstrução histórica (historicidade) em consonância com o mundo vivido do ser (da consciência da história efetual), que por meio da *applicatio* é possível inferir que não há cisão entre os argumentos (de princípio, de políticas, de moral) ensejadores da decisão. Logo, os princípios são mais que uma discussão meramente semântica. “Um princípio não é um princípio em face de seu enunciado ou em decorrência de uma relação de uma relação lógico-explicativa, mas, sim, em face daquilo que ele enuncia”.³¹⁹

³¹⁵STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.517.

³¹⁶Ibidem, p.517 ss.

³¹⁷Ibidem, p.519.

³¹⁸Ibidem, p.519.

³¹⁹Ibidem, p.520.

Lenio Streck observa que,

ao introduzir o mundo prático no direito, os princípios – aqueles que efetivamente assim podem ser epitetados – adquirem normatividade somente porque realizam na *applicatio*, ou seja, na situação concreta a ser normatizada. O princípio é um padrão. Diz-se assim, que “em princípio a regra deverá ser aplicada desse modo...”, isto é, a regra só será regra se não desobedecer aquilo que a institui e que lhe é condição de possibilidade de sentido: o princípio. O princípio tem, portanto, uma dimensão antecipatória de sentido. Os princípios guardam a dimensão de transcendentalidade no direito. Falar do plano ôntico do princípio, isto é, de uma espécie de razão teórica que paira sobre a regra ou que sustenta a regra, somente tem sentido se se cindir interpretação e aplicação e, portanto, pensar que há conceitos sem coisas. E isso seria fazer metafísica do e no direito.³²⁰

Nesta seara da transcendentalidade do mundo prático verifica-se que os princípios são desprendidos dos entes (ontologização), para garantir assim o sentido às coisas. Ou seja, a força dos efeitos que o mundo vivido, a historicidade, implica no ser. Uma fusão de horizontes entre regra, caso concreto e consciência da história efetual. Para melhor aceção do sentido da transcendentalidade, Lenio Streck, exemplifica com o caso da “universidade” e da “prova oral” (parafraseando-o: um dos exemplos hermenêuticos mais utilizados) em que uma pessoa que adentra em uma universidade, a princípio, já imagina uma sala de aula em que os alunos estarão ouvindo e copiando os ensinamentos transmitidos pelo professor. No entanto, se depara com uma atividade distinta: o professor está aplicando prova oral nos alunos, e por isso, os alunos falam e o professor ouve e anota. Logo, ele tem uma noção inversa daquela pré-concebida. Com isso, imediatamente (desde-já) remonta ao seu pré-juízo de uma universidade e subentende que está diante de uma prova oral. Ou seja, ele transcendeu aquela ontificação primeira e “pulou” para a segunda percepção, tudo em razão da sua pré-compreensão dos horizontes.

Fazendo uma analogia ao exemplo citado, é possível perceber que a partir da transcendência do primeiro sentido ontificado, os princípios também podem ser assim percebidos, pois eles não se esgotam em sua semanticidade, pois não possuem suficiência ontica. Os princípios só são em sua regra, assim como a regra em seu(s) princípio(s). É a reconstrução histórico-institucional dos direitos fundamentais, o “buscar sempre o DNA do caso sob discussão”.³²¹

³²⁰STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. Op. cit., p.523.

³²¹Ibidem, p.532.

Neste sentido, os princípios (reiterando) são constituintes da norma, eles atribuem sentido “legítimo” às regras. É o que Lenio Streck diz: “Pré-juízos autênticos evitam prejuízos na atribuição de sentido”. Ou seja, a pré-compreensão hermenêutica dos mundo vivido do ser, do ser-aí no seu mundo vivido garante a concretização da resposta “correta” e não prejuízos interpretativos. Os princípios são reconstrutores da história institucional do direito, “ao passo que as regras guardam apenas um sentido institucional, objetivo”.³²² Lenio Streck ainda afirma que

efetivamente há um direito fundamental a que a Constituição seja cumprida. Trata-se de um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição ou, se assim se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada (ou, ainda, uma resposta hermeneuticamente correta em relação à Constituição). Essa resposta (decisão) ultrapassa o raciocínio causal-explicativo, buscando no ethos principiológico a fusão de horizontes demandada pela situação que se apresenta. Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional da norma jurídica com a Constituição (entendida, à evidência, no seu todo principiológico) e a existência de eventual antinomia. Deve-se sempre perguntar se, à luz dos princípios e dos preceitos constitucionais, a norma é aplicável àquela situação hermenêutica. Mais ainda, há de se indagar em que sentido aponta a pré-compreensão (Vor-verständnis), condição para a compreensão do fenômeno. Para interpretar, é necessário, primeiro, compreender (verstehen) o que se quer interpretar. Este “estar diante” de algo (ver-stehen) é condição de possibilidade do agir dos juristas: a Constituição.³²³

As regras não são um primeiro nível e os princípios um segundo nível, como metaprincípios, metacritérios, como se houvesse, apenas, uma diferença de grau. O princípio, como observa Lenio Streck, é “algo mais”.³²⁴ Eles são transcendentais. Eles são reconstrução da história institucional do direito, por isso, não se deve buscar solução ao problema, a partir dos princípios, mas sim, por meio de uma regra que, a partir da reconstrução principiológica se chega à solução. Como observa Lenio Streck,

nenhum princípio atua por si só como criador de normas, senão que unicamente possui força constitutiva ou valor construtivo em união com o conjunto do ordenamento reconhecido, dentro do qual lhe incumbe uma função bem definida. Daí a questão da reconstrução institucional. A institucionalização de um princípio demanda a constituição de uma tradição.

Destarte, se em toda compreensão se produz uma aplicação, formando o intérprete parte da coisa mesma que compreende, há sempre uma enunciação de enunciado. É nisso que se fulcra a noção do princípio como um desprendimento da regra. Dessa forma, mesmo um princípio assim denominado pela própria Constituição, não funcionará autonomamente, tendo “ele” mesmo um princípio instituidor. Por que isso é assim? Porque a aplicação (*applicatio*) é o elemento implícito que existe em toda a

³²²STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. Op. cit., p.525.

³²³STRECK, Lenio Luiz. Da “justeza dos nomes” à “justeza da resposta” constitucional. In: **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - RIPE**. Bauru. v.43., n. 50, p.91-114, jul./dez. 2008, p.107.

³²⁴STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. Op. cit., p.526.

compreensão, havendo sempre uma situação hermenêutica concreta. Não esqueçamos: todo aquele que compreende algo se compreende a si mesmo nesse algo. Não há, pois, que se falar em princípios em abstrato, como capas de sentido ou concepções morais ou *standards* otimizadores de qualquer interpretação.³²⁵

Os princípios não são regras, nem podem ser transformados em regras, pois não tem função destas. Mas, sim, são normas, pois possuem força normativa. Por isso da crítica ao positivismo que distingue os casos “fáceis” dos “difíceis”, em que havia uma “rendição” da suficiência ôntica das regras nos casos “fáceis” e quando não há como auferir resposta a partir disso, se delega à subjetividade e discricionariedade dos intérpretes para tapar as lacunas diante dos casos “difíceis”. Ou seja, “parcela considerável dos “princípios” utilizados cotidianamente não passa de construções arbitrárias com pretensões corretivas”.³²⁶

Verifica-se uma retomada à pandemia inventiva de princípios (“panprincipiologia”) para suplantar as lacunas das regras. Isso porque, não podemos nomear princípios momentâneos para sanar pseu-problemas que surgem a todo instante. Nem mesmo, se pode dizer que eles são textos só porque (alguns princípios) foram positivados. Como assevera Lenio Streck:

De fato, há uma *grafia* dos princípios. Eles aparecem, eventualmente, numa escrituração que garante aos princípios a condição de princípio. Por exemplo, o princípio da igualdade não é princípio porque o art. 5º *caput* e inciso I firmaram na constituição, mas ele mesmo transcende o texto constitucional para tomar forma no mundo prático.³²⁷

Neste sentido, é possível aferir que os princípios condicionam a experiência da história efetual ao plano jurídico e legítima, assim, a normatividade da Constituição. E por isso, uma resposta/decisão baseada em uma interpretação/aplicação hermenêutica da norma ao caso concreto (adequada à Constituição) pode ser considerada como correta. Correta frente aquele caso específico, e não porque segue regras metodológicas ideais de verdade.

Ela é correta porque passou pela pergunta de como compreender algo, ou então, o porquê de uma interpretação ser preferível à outra. Na realidade, como salienta Lenio Streck, “o sentido se deu (manifestou-se), do mesmo modo como nos movemos no mundo através de ‘nossos acertos cotidianos’, conformados pelo nosso

³²⁵STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. Op. cit., p.530-531.

³²⁶Ibidem, p.535.

³²⁷Ibidem, p.537.

modo prático de ser no mundo. Fica sem sentido, destarte, separar/cindir a interpretação em *easy cases* e *hard cases*”.³²⁸

Lenio Streck ainda afirma que:

Através de princípios – compreendidos evidentemente a partir da superação dos *discursos fundacionais* acerca da interpretação jurídica e da superação da distinção lógico-estrutural – é que se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas (corretas para cada caso concreto). Portanto, a resposta dada através dos princípios é um problema hermenêutico (compreensão), e não analítico-procedimental (fundamentação). A presença dos princípios na resolução dos assim denominados “casos difíceis” – embora a evidente inadequação da distinção entre *easy* e *hard cases* - tem o condão exatamente de evitar a discricionariedade/arbitrariedade judicial. A resposta não provém de um discurso adjudicador (de fora); ela provém de uma co-originalidade.³²⁹

Assim, concluindo, uma resposta hermeneuticamente correta é aquela que não cinde regras de princípios, que não é a-histórica, ou que delega ao intérprete a função discricionária para a obtenção da resposta/decisão correta. Mas, que se fundamenta na interpretação/aplicação do texto legal (construído a partir dos princípios) fundada na Constituição, ou seja, adequada à Constituição. Que tem os princípios como co-originários à regra, constitutivos da norma, e não apenas como um elemento de governo, ou meta-princípios de segunda ordem. Princípio é norma.

³²⁸STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2011, p.14.

³²⁹STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito**. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.171.

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico sofreu influência da filosofia no início do século XX devido ao processo de conhecimento obtido por meio da compreensão do sentido dos textos jurídicos. Figurava no ordenamento jurídico um objetivismo científico que imputava ao direito como único e exclusivo conhecimento científico racional capaz de auferir a compreensão do sentido da norma.

Esse objetivismo dos textos se sobrepunha ao sujeito intérprete, em razão de uma suposta suficiência do texto normativo que dispensava qualquer participação do sujeito na interpretação. Ou seja, o saber científico manipulava o mundo, por meio do ordenamento jurídico, sem deixar revelado qual era a base fática que validava, ou que realizava a correção normativa do direito.

O objetivismo jurídico das ciências sociais, assim, inseriu no campo do direito, métodos de interpretação e aplicação da norma legal. Com isso, inicia a problemática dos métodos científicos. A estruturação metódica da interpretação do ordenamento jurídico que é, por natureza, de ordem social, que não é estática, onde prefigura um desenvolvimento constante que se opõe, diametralmente, à pretensão metódica e estatizadora das ciências sociais.

Foi uma tendência objetificadora dos fenômenos sociais inobjetificados. Uma idealização metafísica que despertou pensamentos transformadores, como os de subjetivação em que sublimava o sujeito na produção e interpretação do sujeito. No entanto, se verifica que estes pensamento também não obtiveram êxito, pois continuavam naquela afirmação de caráter individual. Ou seja, ora exaltava o texto legal, ora elevava o sujeito como coadjuvante do cenário jurídico.

Com isso essa relação sujeito-objeto da metafísica se apresentou como um método, e método este como um modo insuficiente para a interpretação e aplicação do direito que é originário da evolução social. Que não consegue volver e exprimir todas as possibilidades adstritas ao sujeito e ao objeto. Uma problemática inserida no ordenamento jurídico, pois como uma pretensão desprovida de correção normativa (das ciências sociais) configurada por meio de um conjunto de métodos interpretativos do texto legal poderia regulamentar um mundo vivido sem inserir a faticidade?

Essa problemática dos métodos das ciências sociais desencadeou na sociedade a busca por soluções. Ou seja, a procura por alternativas que contribuíssem para a solução deste problema que assolava, justamente, a compreensão, interpretação e aplicação do ordenamento jurídico que é responsável pela normatização e solução de conflitos entre os sujeitos de direito.

Neste sentido, Martin Heidegger se despenda na oposição e crítica a esse método racionalista do cientificismo moderno. Ele desenvolver uma nova categoria para a compreensão do mundo, contrária à subjetividade e baseada no entendimento, que ele denominou de analítica existencial.

Heidegger propõe uma nova concepção para a interpretação do texto legal, pois para ele, primeiramente, se deveria compreender a concepção do ser, de forma fenomenológica, ou seja, conhecendo os fenômenos intrínsecos ao ser. Para Heidegger o ser era apresentado ao intérprete em uma relação binária em que velava-se e desvelava-se, ao mesmo tempo durante sua interpretação.

Para este velar/desvelar do ser, Heidegger analisa, assim, uma compreensão/interpretação de forma ontológica que se apresenta inserida no mundo vivido do ser, isto é, uma interpretação vinculada ao mundo de existência do ser (ser-aí). É o conhecimento do ser baseado em uma compreensão transcendental que exige uma abertura, um desvelamento do ser em sua temporalidade. Ou seja, a interpretação só é obtida a partir das possibilidades abertas, desveladas ao intérprete durante a compreensão do ser. Tudo que está á disposição (transcendental) ao intérprete é compreendido por ele como algo, e este “como” já é a interpretação. É um movimento circular baseado no já compreendido e dele se faz compreender de modo adequado. Ou seja, o sentido de algo dado como possibilidade na articulação de sua compreensão se perfaz como o próprio modo de interpretação.

É o círculo hermenêutico do “como” interpretativo em que se encontra um “como” hermenêutico e um “como” apofântico. Uma interpretação baseada no mundo da vida que apresenta possibilidades à compreensão do ser diante da sua historicidade em consonância com uma proposição já dada. Um mover-se diante dos questionamentos apresentados e transcendidos que se pacificam até o momento em que novas proposições são apresentadas pelo ser em seu mundo.

Os pensamentos filosófico-hermenêuticos de Heidegger contribuem desta feita para uma nova perspectiva de interpretação do sentido da norma. Uma guinada opositora à relação sujeito-objeto de cariz metafísico, pois a partir da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, o mundo vivido é desvelado no “como” interpretativo. Com isso, é possível haver uma interpretação normativa que vise assegurar o direito aos seus sujeitos sem se desvincular do seu mundo vivido. Um direito que assegure uma interpretação correlata ao mundo do ser, e não mais naquela forma objetivista/subjetivista proposta pela metafísica. Que se conecte com o mundo por meio do discurso que desvela o ser ao intérprete. Ou seja, os princípios só conseguem ser transmitidos (transcendentalizados) ao intérprete porque, em princípio, este já compreendeu o que ouviu e porque ouviu.

Assim, a diferença ontológica heideggeriana somada ao círculo hermenêutico contribui, neste sentido, para extirpar a subjetividade, a representação e objetificação do ser e pretender assim, superar a metafísica.

Ocorre que, apesar deste salto filosófico-hermenêutico de Heidegger, é possível verificar que a modernidade, compreendida entre os séculos XIX e XX, nunca deixou de possuir um cariz metodológico. Pelo contrário, a atuação das escolas de pensamento positivista como a Escola de Exegese, a Escola Histórica do Direito, o Movimento do Direito Livre, a Jurisprudência dos Conceitos, dos Interesses e dos Valores, reforçaram ainda mais a definição metodológica das ciências do direito.

O positivismo jurídico reduziu a interpretação, conceitualização e sistematização do direito a uma mera e metódica lógica de dedução silogístico-subsumtiva. Ou seja, o direito era composto de uma razão teórica e juízos dogmáticos lógicos que se diziam coerentes, e que, supostamente garantiriam um sistema normativo suficiente capaz de se auto-aplicar aos seus sujeitos. Era a simples subsunção do fato à norma.

Com isso verifica-se que o positivismo ainda continua com a problemática metodológica das ciências sociais. Isso porque, o direito não é uma simples subsunção do fato à norma, mas a sua interpretação também deve conter o mundo prático dos seres. Além de que, com a prática da subsunção ao intérprete é atribuído o poder de escolha destas normas a serem aplicadas. É a subjetividade (metafísico) interpretativa da norma. A discricionariedade decisória do jurista que realizava uma mera explicitação analítica do seu conteúdo objetivo. Além disso, um pensamento jurídico,

estritamente, lógico não seria suficientemente capaz de prever e abarcar todas as peculiaridades de cada caso, que por natureza é inconstante.

Este objetivismo ganhou ainda maior grau de cientificidade metodológica com os pensamentos neopositivista lógicos de Kelsen. Aportes teóricos estes que pretendia uma ciência pura no sentido de isolamento do objeto científico (o direito) em relação às demais reflexões externas a ele. Uma metodologia estruturada em regras e atos teleológicos. A construção do pensamento jurídico como pensamento de verdade ou de ciência.

Kelsen se utiliza de uma epistemologia acirrada na busca do constituir do pensamento jurídico que acaba por sistematizar a convivência humana, implantar um conjunto de critérios jurídicos formais utilizados ao serviço de uma intenção normativo que vai além deles próprios, pois o direito é histórico-social, por natureza. É impossível que apenas pela legalidade se defina, no seu *corpus* formalmente prescrito, todas as peculiaridades ensejadoras de direito. Um ordenamento jurídico, simplesmente funcional sem qualquer conteúdo axiológico, ou juízo prático concretamente constituído. Uma unidade normativo-sistemática ou unidade lógica garantida pela *Grundnorm* que o legitimaria enquanto objetivaria o sistema instituído.

O positivismo jurídico lógico, mais especificamente, o neopositivismo lógico de Kelsen, portanto, continuaram com a problemática metodológico-sistemático-epistemológica das ciências sociais. Com isso, surgiu a pretensão dos juristas e intérpretes do direito em dizer que havia a possibilidade de se atribuir a resposta correta, haja vista que a decisão havia sido construída com base na metódica compreensiva. Ou seja, seguidas as meta-regras de compreensão a decisão final só poderia estar (erroneamente) correta.

A interpretação segundo os aportes teóricos de Kelsen deve estar adstrita a uma “moldura” do direito. Ou seja, toda a metodologia positivo-interpretativa do texto legal deve estar circunscrita no sistema jurídico. Um sistema jurídico puro em que se mova, somente, com elementos do mesmo sistema. Desvinculado da moral. Um ordenamento jurídico que pretendia ser puramente do direito, e que uma decisão que seguisse a sua metodologia epistemológica de interpretação garantiria, como resultado, a aplicação de uma decisão correta.

Com isso, surge, outra (e consequente) problemática que se insere no campo interpretativo do direito, qual seja: a pretensão de uma decisão ou resposta correta. A partir de uma suposta suficiência ou pureza do ordenamento jurídico, o positivismo, mais especificamente, o neopositivismo de Kelsen almejou conquistar uma resposta que fosse considerada como “a” resposta correta. Aquela que garantia uma verdadeira e correta interpretação e aplicação do direito.

Para o neopositivismo kelseniano a resposta correta seria aquela que seguisse a metodologia do ordenamento (puro) do direito. Uma errônea (e frustrada) tentativa metodológica interpretativa que garantia várias respostas corretas ao mesmo caso. O que está totalmente em desacordo com a hermenêutica jurídico-filosófica, haja vista que uma resposta ou decisão para que lhe seja predicada a asserção “correta”, deve basear-se em uma interpretação que busque o sentido do ser por meio do seu mundo vivido, da sua historicidade (prática) transcendental. E isso não condiz com métodos, pois estes são estáticos, objetificadores. Por isso, a errônea ideia de várias respostas corretas. Para a realidade hermenêutica, há apenas uma, única e exclusiva, decisão correta para aquele caso, naquelas condições específicas.

Com isso a problemática do positivismo em formular métodos como se fosse possível fazer fórmulas (matemáticas) para solucionar os conflitos de uma sociedade que está inserida em um mundo prático. Ela limita e obstrui a possibilidade da obtenção de uma resposta correta.

Nesta seara a Hermenêutica jurídico-filosófica insere no contexto interpretativo a historicidade do ser. Ou seja, a historicidade do sentido do ser como condição de possibilidade para a pré-compreensão do próprio ser. Uma historicidade que proporciona ao sujeito intérprete um potencial cognitivo do ser em seu ser-aí.

É a historicidade como um princípio hermenêutico de compreensão, pois somente a partir da historicidade do ser é possível transcender o sentido do ser, o seu mundo vivido e com isso, pré-compreender como condição prévia fundamental para uma interpretação do sentido normativo do texto legal, dos princípios. A sedimentação do mundo prático na interpretação da norma.

A partir da transcendência da historicidade do ser em seu mundo vivido ao intérprete é possível verificar a insuficiência metodológica do positivismo lógico que estava desvinculado do mundo prático do ser.

Diante disso possui importância o significado da historicidade na compreensão hermenêutica do direito, pois foi a partir dela que o conteúdo prático do mundo vivido do ser é revelado ao intérprete. Foi por meio da historicidade que a hermenêutica pode se desvincular dos pensamentos individuais subjetivistas e objetivistas metodológicos do positivismo jurídico. E com isso, a garantia de uma compreensão do sentido da norma legal de maneira que não seja pura subsunção ou dedução do fato à norma, mas garanta a transcendentalidade fatural das possibilidades do sentido do ser.

Uma historicidade que transcendentaliza o mundo prático, as possibilidades de respostas às perguntas compreensivas do sentido do ser e assim consiga atingir a resposta correta para aquele caso específico. Um conceito do sentido do ser provisório, pois a mundanidade do ser não é estática, ela se desenvolve e com isso, o conceito do ser também acompanha as peculiaridades do ser-aí. É o círculo hermenêutico da interpretação.

Modo hermenêutico de interpretação figurativo em que a compreensão do ser é obtida com base na sua temporalidade. Uma abertura de possibilidades e respostas aos questionamentos sobre o sentido do ser. Um desvelamento do mundo vivido do ser a ser interpretado.

Interpretação hermenêutica dos princípios que se apresenta de forma circular. Que constantemente está se deslocando (no tempo) entre os níveis interpretativos na busca da compreensão, interpretação e aplicação do sentido do ser.

Um círculo hermenêutico que diferencia ontologicamente modos de interpretação. Que diferencia o modo interpretativo hermenêutico do modo apofântico. Que diferencia um nível hermenêutico de aprofundamento da estrutura da compreensão do sentido da norma do nível apofântico que apresentam os aspectos lógicos e expositivos da compreensão.

Círculo de interpretação em que o intérprete tem que buscar desvelar o sentido dos princípios, e não apenas o deduz das regras. Ou seja, ele analisa todas as possibilidades de respostas aos questionamentos realizados. Isso tudo por meio da linguagem que transcendentaliza o mundo vivido do ser.

O texto apresentado passa pelo “como” hermenêutico em que há uma discussão quanto à compreensão prévia do sentido do ser. É neste modo interpretativo

em que a historicidade do mundo vivido do ser se desvela. Em que o mundo da vida ou mundo prático do ser é desvelado ao intérprete. Nível este em que, por meio da transcendentalização, o ser-aí se desvela. Que todas as possibilidades de respostas as indagações feitas pelo intérprete relacionadas ao ser se revelam.

Após esta revelação do sentido do ser, se verifica que todos aqueles questionamentos foram respondidos. Não há mais perquirições quanto ao seu sentido. A resposta já foi obtida e com isso, o ser se vela novamente. O sentido do ser se apresenta consumado, enunciado, sujeito, apenas, a sua exposição. Não necessita mais de aprofundamentos. O seu sentido se encontra no modo apofântico de interpretação. No modo interpretativo em que a pré-compreensão do sentido do ser já se revelou. O ser já se entificou naquela interpretação.

Diante disso, quando um texto legal é apresentado ao sujeito intérprete para que este interprete o sentido normativo do texto, se verifica que junto do ser o intérprete se depara com o mundo vivido do ser, com a *práxis*, a historicidade do ser. A interpretação do texto é uma complexa sequência de atos que se diferenciam ontologicamente no tempo e não uma simples dedução de regras.

O círculo hermenêutico é, portanto, uma ideia circular de construção da compreensão/interpretação/aplicação normativa do direito. Um modo interpretativo desvinculado do pensamento positivista (metódico e a-histórico) lógico.

Com este modo hermenêutico aquele antigo modo de interpretação a compreensão, interpretação e aplicação do direito (dos princípios) de cunho positivista lógico sofre impactos e transformações. Ou seja, o conjunto interpretativo do sentido de um texto legal deixa de ser metódico e lógico, e passa a se transformar em um procedimento prático. Que concebe o direito como fato social. Como um conjunto de normas de regulamentação prática da vida social. Afinal, “texto é evento”.

Uma interpretação hermenêutica do sentido da norma que não cinde a interpretação da aplicação (não isola a regra do princípio). Uma interpretação que não concorda com o pensamento positivista de que primeiro se interpreta a regra positivada, para depois, em caso de insuficiência delas, se buscar os princípios.

A interpretação hermenêutica parte de uma posição prévia, que é a pré-compreensão. Para que se possa interpretar um texto, o modo de ser dos princípios desde-já-sempre já foi compreendido. É impossível cindir em etapas cada elemento,

pois eles ocorrem de modo concomitante. A atribuição de possibilidades e a estruturação do “como” analisá-las já foi pré-concebida, sem intervenção do sujeito. Já foram pré-dadas ao sujeito diante da mundanidade do ser. E com isso, também é possível dizer que tal sentido já foi aplicado. Ou seja, quando o intérprete passa (ressaltando que esta diferença se dá no tempo; uma diferença ontológica) pela estrutura do “como” se compreendeu e “como” se interpretou, já houve a aplicação histórica e prática daqueles horizontes do sentido do ser.

Não há rupturas ou desvinculação entre interpretação e compreensão. Nem rupturas entre aplicação, compreensão e interpretação. todas estas três operações intelectivas são incidíveis, e por isso, não se pode falar em interpretação por etapas, porque estes elementos concorrem entre si, não há como discernir quando começa ou termina a ação de um elemento. Todos concorrem integralmente para o fim precípua que é a interpretação.

Com isso é possível verificar a insuficiência das concepções tradicionais de princípios de cunho positivistas (e neopositivistas). Concepções tradicionais que buscavam interpretar fatos sociais a partir de metodologia lógica. Como se fosse possível elaborar fórmulas matemáticas (estáticas) para compreensão de fatos inconstantes. Um modelo excessivo teórico de abordagem científica do positivismo era insuficiente para abarcar todas as peculiaridades do contexto prático das relações humanas concreta. A problemática da validade e eficácia dos direitos.

Crítica esta que despertou o desenvolvimento do pensamento hermenêutico filosófico (fenomenológico), pois para a hermenêutica jurídico-filosófica é impossível haver interpretação normativa a partir de uma metodologia da compreensão metafísica. Não há como estabelecer regras ou métodos sobre “como interpretar”, como cindir todo o conjunto interpretativo. E com isso, é impossível obter uma única resposta correta (metódica), porque todo ser só existe no seu ente, no seu mundo da vida. Na sua inconstância desveladora.

Não há como construir condições ideais de compreensão da norma, sendo que esta só pode ser obtida a partir do seu modo de ser no mundo (historicidade). Não há como construir uma concepção de princípios com base numa dimensão dogmática civilista, como norma axiomática-racionalista, como uma investigação puramente histórica, ou simplesmente subjetiva do intérprete.

O direito era concebido, apenas, como o objeto de uma mera determinação de interpretação (exegese) ou de uma conceituação sistemática. Ou seja, uma interpretação abstrata e lógica insuficiente para dirimir todas as necessidades e peculiaridade práticas do mundo vivido dos princípios.

Neste sentido a contribuição da filosofia hermenêutica (fenomenológica) de Heidegger e a Hermenêutica filosófica de Gadamer que buscou desvincular-se do positivismo lógico-sistemático estatizante de uma ordem (jurídico-social) que não pode ser prefigurada em fórmulas “matemáticas”, mas que deve compreender o sentido do ser através do próprio ser em si. Um modo hermenêutico da interpretação dos princípios que deixou de vez a objetividade e a subjetividade, característicos da metafísica clássica quando reconheceu a linguagem como um fio condutor à obtenção da interpretação hermenêutica.

A hermenêutica jurídico-filosófica preocupa-se com o mundo prático do ser. O verdadeiro sentido do ser a partir do seu mundo vivido. Com o desvelar do sentido do ser a partir da transcendentalização da sua historicidade. Da história efetual do ser. Que tem por base a inserção da prática, na fusão de horizontes entre o ser, o ente e o mundo vivido. Baseada no círculo hermenêutico (dois níveis: o hermenêutico que analisa a estrutura da compreensão e o nível apofântico que delinea os aspectos lógicos e expositivos) de interpretação em que para interpretar é preciso compreender, e para compreender deve haver, desde-já-sempre uma pré-compreensão (prévia) do sentido. Que rejeita qualquer tipo de dedução ou subsunção do fato à norma, e por isso, não há que se falar em lacunas (pensamento exegético-positivista, metafísico). Interpretar é criar, produzir o direito.

Ou seja, para hermenêutica jurídico-filosófica a regra não está cindida dos princípios, pois os princípios são constituintes e co-originários a ela. Os princípios são instituidores das regras. Não são máximas jurídicas universais que posteriormente foram codificadas na Constituição do Estado. Nem elementos de governo com finalidade concretizadora das políticas públicas de um Estado. Muito menos como aportes para suprir lacunas das regras quando estas são insuficientes para fazer dedução ao caso concreto.

Uma hermenêutica jurídico-filosófica fundada no neoconstitucionalismo. Que se distancia daquela relação de objetificação do sujeito e assujeitação do objeto. Que conceitua os princípios jurídicos (expressos ou não na constituição) como instituidores

das regras. Instituidores da norma. Ou seja, os princípios são conceituados como constitucionais, não porque foram positivados na Constituição (deixaram de ser considerados como “princípios gerais do direito” e passaram a ser denominados “constitucionais” só por estarem inseridos na Constituição), mas porque são constituintes do sentido da norma.

Uma hermenêutica que contribui para a prática jurídica e está comprometida com os ideais de um Estado sob o modelo Democrático de Direito. Ou seja, uma hermenêutica que diante do constitucionalismo jurídico dos princípios não o conceitua como pertencente a um segundo nível de interpretação. Mas co-partícipe e instituidor da norma jurídica. Que contextualiza o mundo prático do sentido do ser, não de forma cindida da regra, mas co-originária a ela.

Um princípio hermenêutico-constitucional que equilibra a aparente tensão entre constitucionalismo e democracia. Que garante a eficácia dos direitos fundamentais. Pois, os direitos fundamentais são essenciais ao constitucionalismo (seu caráter substancial). Eles constituem a Constituição, assim como os princípios constituem a norma. Logo, os princípios constituem (são co-originários) a Constituição e a ela são fundamentais.

Com isso, se conclui que os princípios hermenêutico-constitucionais não são métodos interpretativos nem axiomas, mas fundamentais à Constituição. Constituintes dela. E por isso, desvinculados de toda e qualquer interpretação positivista lógico-sistemática. Os princípios são fatos e fatos que devem ser interpretados em seu mundo vivido.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Constitucionalismo. *In*: Bobbio, Norberto [et al]. (Org.). **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: UnB, 1998.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. Traducción y apéndice por Juan Ossorio Morales. 3. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1971.

DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e democracia**. Trad. De Emílio Peluso Neder Meyer (manuscrito) do original publicado no European Journal of Philosophy, n.3:1, p.2-11, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis-RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2007.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo-RS: UNISINOS, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. Trad. de George Sperber, Paulo Astor Soethe [UFPR], São Paulo: Loyola, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica**: mundo, finitude, solidão. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I e II. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis-RJ: Vozes: Bragança Paulista-SP: Universidade São Francisco. 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15 ed. Petrópolis-RJ: Vozes: Bragança Paulista-SP: Universidade São Francisco. 2005.

<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/cultura/leni.htm>

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MORIN, Edgar. **O método 5**: a humanidade da humanidade. Trad. Juremir Marchado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Trad. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; revisão técnica de Edgard Assis Carvalho. 6. ed. São Paulo: Cortez; Brasília-DF: Unesco, 2002.

NEVES, A. CASTANHEIRA. A crise actual da Filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. *In: Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra*. *Studia Iuridica* 72, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 2. Coimbra: Coimbra, 1995.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PLATÃO. **Crátilo**: diálogo sobre a justeza dos nomes. Versão do grego, prefácio e notas de Pe. Dias Palmeira. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1963.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária; trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975.

ROCHA, Leonel Severo. **Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico**. *In: Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito*. Leonel Severo Rocha, [et. Al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. **O direito na forma de sociedade globalizada**. *In: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS*. São Leopoldo. 2000.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 17. n. 66. Jan./mar. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed., Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A Teoria Pura do Direito de Kelsen e a Sintaxe Linguística do Neopositivismo Lógico do Círculo de Viena. *In: Revista Técnico-científica do Instituto de Ciências Jurídicas da UNIFAN – Faculdade Alfredo Nasser – Novos Direitos*. Aparecida de Goiânia. v.2. n.2. 2011.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão Jurídica e Democracia Constitucional**. Manuscrito inédito, 2009.

STEIN, Ernildo *In*: HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência do fundamento. A determinação do ser do ente segundo Leibniz. Hegel e os gregos**. Trad. e notas com uma introdução ao método fenomenológico heideggeriano de Ernildo Stein. Revisão de José Geraldo Nogueira Moutinho. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971.

STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano**. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana**. Coleção ensaios – política e filosofia. Ijuí-RS: Unijuí, 2001.

STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. *In*: **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - RIPE**. Bauru. v.40., n.45, p.257-290, jan./jun. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Constituição ou Barbárie? – a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: < http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=17&Itemid=2 > Acesso em: 15 dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Da “justeza dos nomes” à “justeza da resposta” constitucional. *In*: **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - RIPE**. Bauru. v.43. n.50, jul./dez. 2008. p.91-114.

STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. 46 n.1, Coimbra: Coimbra, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas**. *In*: ROSA, Alexandre Morais da...[et. Al.]; *Hermenêutica e Epistemologia – 50 anos de Verdade e Método*. Orgs. Ernildo Stein, Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em: < http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf >. Acesso em: 8 dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão Jurídica em tempos pós-positivistas. *In: Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ*. v.14. n.2, p.3-26, 2 quadrimestre, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito**. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WARAT, Luis Alberto. com a colaboração de ROCHA, Leonel Severo. **O direito e sua linguagem**. 2. versão. 2. ed. aumentada. Sergio Antonio Fabril Editor: Porto Alegre, 1995.

FICHA CATALOGRÁFICA

S386c Santos, Maria Rosilene dos.
A concepção de Princípios Jurídicos na Hermenêutica Filosófica/ Maria Rosilene dos Santos. Pouso Alegre: - FDSM - Pouso Alegre, 2012.
141p.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni
Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

1.Princípios. 2. Hermenêutica Filosófica. 3. Direitos Fundamentais. I. Simioni, Rafael Lazzarotto. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. III. Título.

CDU 340