

A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO PARA UMA PERSPECTIVA TRANSFORMADORA: A NECESSÁRIA COMPREENSÃO CRÍTICA DA REALIDADE.

José Laurindo de Souza Netto

Resumo: A presente investigação tem por meta analisar a evolução da jurisdição e sua conexão, não só com aquela do Estado, como também com o desenvolvimento da ciência jurídica, tendo como pano de fundo os paradigmas do ser, da consciência e da linguagem. Entender esta evolução contextualizada leva inexoravelmente à conclusão que os métodos pelos quais a jurisdição atua são incapazes de gerar a desejada segurança jurídica. A preocupação esboçada pelo texto é relacionar a jurisdição com a filosofia da linguagem e a hermenêutica fenomenológica, perpassando as respectivas idéias como instrumento de imunização da retórica jurisdicional. O desafio é modificar o modelo dogmático da ciência, ampliando as possibilidades e as formas que a jurisdição pode adotar por meio de um novo referencial epistemológico, numa perspectiva transformadora.

Palavras-chave: Jurisdição; Estado; Paradigma da Linguagem; Hermenêutica Fenomenológica.

Abstract: This investigation tries to rescue the evolution of the jurisdiction and its connection not only with the State, but also with the development of legal science, having as background the paradigms of being, consciousness and language. Understanding these developments leads inexorably to the conclusion that the methods by which the Law acts are incapable of generating the desired legal certainty. The concern

of this text is to establish a relationship between jurisdiction and the philosophy of language and hermeneutic phenomenology, acknowledging its ideas as a way to obtain immunization of judicial rhetoric. The challenge is to modify the model of dogmatic science, expanding the possibilities and the ways that the jurisdiction can adopt to face contemporary chances, through a new epistemological framework, in a transformation perspective.

Keywords: Jurisdiction; State; Paradigm of Language; Hermeneutic Phenomenology.

Sumário: 1. Introdução 2. O Estado Liberal, a Jurisprudência dos Conceitos e o Paradigma do Ser. 3. O Estado Social, a Jurisprudência dos Interesses e o Paradigma da Consciência 4. O Estado Constitucional, a Jurisprudência dos Valores e a Filosofia da Linguagem 5. O Estado Democrático, a Jurisprudência Ética e a Hermenêutica Fenomenológica 6. Conclusão 7. Referências.



1. INTRODUÇÃO.

O presente estudo tem por meta analisar a evolução da jurisdição e sua conexão com o desenvolvimento do Estado e da ciência jurídica, tendo como pano de fundo os paradigmas filosóficos do ser, da consciência e da linguagem.

As transformações do Estado influenciam o tipo de pensamento jurídico de cada época, sendo resultado do tecido social alinhavado pelo poder político no qual se encontra atrelado.

Entender esta evolução contextualizada leva inexoravelmente à conclusão de que a perspectiva normativa, como método pelo qual a jurisdição atua, é incapaz de gerar a desejada segurança jurídica¹, diante dos condicionamentos ideológicos do juiz e da falsa compreensão das estruturas de significação. Fulcrada nos fundamentos epistemológicos do liberalismo, a jurisdição resiste em adentrar por completo numa atuação voltada às consequências da decisão, dependendo exclusivamente do valor dado anteriormente pelo legislador.

Deve-se a escolha do tema a importância atribuída atualmente à jurisdição que tem assumido relevância nunca antes vista, sendo certo que vêm modificando substancialmente a ciência jurídica, sobretudo, na perspectiva de sua aplicação. Como ressalta Jürgen Habermas “*a interpretação do direito constitui também uma resposta aos desafios de determinada situação social*”.²

O pensamento filosófico contemporâneo considera que a idéia do justo só se completa com a atuação da jurisdição, fazendo com que ela se transforme numa parte do processo político. As funções que a democracia confia à justiça não param de se alargar, parecendo ser ilimitadas. Sob a pressão de uma demanda crescente, novos domínios são descobertos, não havendo hoje intervenção pública que possa ser subtraída da apreciação jurisdicional. O alargamento dos poderes carrega o problema sobre a possibilidade do transbordamento no arbítrio, diante da inexistência de critérios jurídicos que a jurisdição exerce a sua própria discricionariedade.

Questão a ser entendida não é de demonstrar ou negar que a jurisdição vai além do direito posto, mas consiste em

¹ “Busca-se a segurança no substituto do pai, no juiz infalível, o que vai determinar, de modo seguro, o que é justo e o que é injusto” PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. Campinas: Millennium, 2003, p.18.

² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c, p. 238-253.

buscar racionalização na decisão, pois a exigência de realização de valores e abertura para avaliações político-sociais permitem um certo grau de flexibilidade na aplicação.

Como adverte Haberle³: “(..). *seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes, apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência (...). Essas influências contam uma parte de legitimação*”.

A preocupação esboçada pelo texto é relacionar a jurisdição com a filosofia da linguagem e a hermenêutica fenomenológica, perpassando as respectivas idéias como instrumento de imunização da retórica jurisdicional.

Uma reavaliação crítica da jurisdição à luz da semiótica revela a falsa *compreensão das estruturas de significação normativa*, assim como os extratos de significados ocultos no discurso normativo do direito. Pela ciência dos signos, cada um guarda dentro de si um referencial singular capaz de filtrar a realidade entendida como um fenômeno multideterminado⁴.

A aplicação da hermenêutica fenomenológica na jurisdição, como um novo modelo de pensar, orienta a articulação racional do sentido. Nesta categoria, a compreensão crítica da realidade, que tem por base as significações prévias do julgador, torna-se ingrediente indispensável para a evolução da jurisdição.

O desafio é modificar o modelo dogmático da ciência, ampliando as possibilidades e as formas que a jurisdição pode adotar, por meio de um novo referencial epistemológico, numa perspectiva transformadora.

³ HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 30/31.

⁴ FURTADO, Odair & RAY, GONZALÉS, Fernando L. (Org) – *Por uma Epistemologia da Subjetividade: Um Debate Entre a Teoria Sócio-Histórica e a Teoria das Representações Sociais*. São Paulo: Casa do Filósofo, 2002, p.32.

2. O ESTADO LIBERAL, A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS E O PARADIGMA DO SER.

2.1. O ESTADO LIBERAL

Como reação a concepção monárquica do Estado, as revoluções burguesas, por meio da teoria da soberania popular, instalaram o princípio da legalidade como forma de limite à soberania do poder, pois só através da lei poderiam existir restrições à liberdade.

Nos Estados liberais a jurisdição refletia a filosofia individualista dos direitos. O modelo napoleônico de organização Estatal, então vigorante, não se preocupava com as necessidades sociais, dirigindo atenções à exegese formal da dogmática.

No iluminismo racionalista que influenciou o Estado liberal, a norma estava desconectada de uma indagação de sua justiça intrínseca. O dogma da completude da lei não admitia a existência de lacunas como forma de evitar a distorção do espírito legal.

A interpretação era vedada, sendo a tarefa da jurisdição voltada unicamente para resgatar o direito violado através da aplicação mecânica das normas, sob a lógica da subsunção e do silogismo. Com a adoção do princípio dispositivo, o qual veda ao juiz a possibilidade de determinar a produção de provas *ex officio*, procurou-se garantir o valor da liberdade.

Neste sentido Beccaria⁵ ensinou: “*O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro*”.

⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemos, p. 35.

O Estado Liberal sempre buscou uma jurisdição capaz de oferecer certeza e segurança, através de regras vinculantes, num processo decisório sistemático, legal, racional e formal.

Essa ideologia da lei serviu como fundamento de sustentação política. Segundo Barros “*a discussão de sua legitimidade enfraquece a idéia de Estado assim formado. O ‘a lei e a lei’, por conseguinte, embute o designo político do poder dominante, pois via de regra, é ele o próprio legislador. (...) o afastamento do poder judiciário desta realidade importa na criatura negar ao seu criador. A função tão só de ser aplicador da lei ao caso concreto, muitas vezes, o afasta da sociedade quando a aplicada não corresponde mais à necessidade social e a ação ao contrario de ser resolutoria do conflito, é sua instigadora*”⁶.

A racionalidade do modelo de cientificidade em que se fundamentou a jurisdição liberal individualista, lastreada numa concepção normativista, foi questionada, muito embora, tenha, na origem, se apresentado como *reação contra a magistratura exercida de forma parcial e abstrata, pela nobreza do antigo regime*..

2.2. A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS

A jurisprudência dos conceitos⁷, desenvolvida por Georg Friedrich Pucha, na Alemanha, consistiu em uma corrente de pensamento jus-filosófico que apresentou a idéia do direito, como um sistema lógico-dedutivo edificado em conceitos que se comunicam numa estrutura sistêmica piramidal. O conceito inferior vem compreendido de acordo com o conceito superior a que se integra, desconsiderando o contexto em que se insere.

⁶ BARROS, Wellington Pacheco. *A Interpretação Sociológica do Direito*. Porto Alegre. Livraria do advogado, 1995, p.131/134.

⁷ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser & LIMA, Maria Beatriz Gomes de. História do pensamento jurídico: hermenêutica e modernidade. In: <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/25241.html>, p. 02.

Trata-se de uma maneira da ciência se referir a objetos que estão no mundo e, portanto, o conceito não é parte da realidade em si, mas do modelo explicativo que a ciência cria.

Essa análise de extração dos conceitos fundamentais das normas jurídicas foi considerada o primeiro passo na construção de uma ciência do direito.

A jurisprudência dos conceitos considerava os textos legais como suporte de significações do legislador. Tal situação conduziu a jurisdição a uma tarefa estéril de aplicação automática da lei, pois o juiz deveria compreender por dedução e combinação conceitual, cobrindo o ordenamento quaisquer lacunas normativas.

No dizer de Larenz⁸ deveria a jurisdição “*buscar o verdadeiro pensamento do legislador e, em alguns casos, (...) imaginar o pensamento que o legislador não pensou até o fim*”.

Sobre o prisma da *ideologia estática da interpretação jurídica*, fundada na certeza e segurança, a vontade do legislador adquiriu o status de verdade incontestável. A decisão do intérprete teria como conteúdo a declaração da “*voluntas legislatoris*”.

Acontece que um enunciado normativo não pode, por si mesmo, fornecer uma solução unívoca em relação às controvérsias. O legislador nunca consegue prever todos os problemas jurídicos que ocorrem na sociedade.

A visão reducionista do direito como um sistema completo e auto-suficiente possibilitou à jurisdição apenas uma interpretação exegética. Com o formalismo lógico da lei, lhe foi retirada qualquer possibilidade criativa, pois com o rigor conceitual seriam desnecessárias considerações de justiça material dos resultados.

O pensamento lógico-dedutivo esvaziou o papel criador

⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência e do direito*. Tradução de José Lamego, 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1997, p. 36.

da jurisdição, fechando o Direito da influência de outras ciências. A ausência de transdisciplinariedade levou a jurisdição a uma falta da compreensão da realidade enquanto interconexão de saberes.

2.3. PARADIGMA DO SER

É possível avaliar a jurisdição de acordo com as grandes sínteses do pensamento filosófico. Etimologicamente a palavra paradigma deriva do grego *parádeigma*, que significa modelo. Filosoficamente guarda referência a uma matriz que orienta um determinado campo do conhecimento humano, como base para as investigações científicas.

Thomas Kuhn⁹, físico americano, conceituou como paradigmáticas as realizações científicas que geram modelos que, por períodos, orientam o desenvolvimento posterior das pesquisas na busca da solução para os problemas por elas suscitados.

Segundo Jürgen Habermas¹⁰ e Richard Rorty, na história da humanidade são três os paradigmas filosóficos: paradigma do ser, da consciência e da linguagem.

No processo de conhecimento, enquanto no paradigma do ser a realidade objetiva vem entendida fora do homem, no paradigma da consciência ou do sujeito ela vem por ele concebida. Já no paradigma da linguagem, a realidade se constitui na relação entre signos do processo comunicativo entre os sujeitos.

Nos ensinamentos de Fausto dos Santos¹¹, o paradigma

⁹ KUHN, Thomas. S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1982, p. 219-222.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *A Verdade e Justificação: a Virada pragmática de Richard Rorty*. In: Verdade e Justificação: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004, p. 227/265.

¹¹ SANTOS, Fausto Dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*. Chapecó: Argos, 2004, p. 11.

do ser surge do pensamento aristotélico no qual “*o ser precede o dizer*”, pois a realidade seria construída sem a participação do homem. Aristóteles¹² diferenciava a linguagem do ser, trazendo a idéia de que aquela tem papel secundário a este. A concepção epistêmica da verdade e o fundamento da certeza estariam no objeto.

A jurisdição do Estado Liberal seria orientada pelo paradigma do ser, se o ordenamento jurídico no sistema fechado fosse compreendido como um objeto exterior ao homem, sendo a linguagem utilizada meramente como um instrumento que revela os sentidos pré-estabelecidos.

Nessa perspectiva, a subsunção e aplicação mecânica da jurisdição seria o único método de aplicação do direito.

O paradigma do ser, modelo científico de verdade do Estado Liberal, impregnado por um racionalismo individualista, está em processo acentuado de esgotamento e contínua inadequação.

3. O ESTADO SOCIAL, A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES E O PARADIGMA DA CONSCIÊNCIA.

3.1. O ESTADO SOCIAL

Dentro do processo civilizatório, o Estado social se apresentou como uma transformação do Estado Liberal, na medida em que foi modificado o foco das preocupações, passando da segurança jurídica para os ideais de justiça e igualdade.

Superada a idéia de que a simples normatização das leis pudesse garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais, o Estado empenhou-se por assegurar aos indivíduos os direitos sociais, preocupando-se por conseguinte, em garantir à

¹² ARISTÓTELES. *Órganon*. Tradução do grego, textos adicionais e notas de Edson BINI. Bauru: Edipro, 2005. 608p. p. 81/110: Da interpretação ISBN: 572833870.

coletividade “uma ordem materialmente justa¹³”.

Entre o final do século XIX e século XX, as classes trabalhadoras exigiram do Estado os direitos de participação na vida política. São as pretensões aos direitos sociais que vieram a levar o Estado a intervir pela satisfação dos valores da igualdade substancial e solidariedade. Após a revolução industrial da Inglaterra, com o surgimento do capitalismo, o liberalismo se revelou ineficiente para os problemas vitais.

O declínio do liberalismo fez emergir o Estado Social intervencionista. O liberalismo econômico e o individualismo filosófico do século XIX foram transformados no intervencionismo social keynesiano¹⁴ e no solidarismo do século XX.

Buscou-se atenuar as disparidades sociais pela solidariedade, que para Rawls¹⁵ “faz com que sejam atenuadas as consequências da ‘loteria natural’ pela qual algumas pessoas mais afortunadas podem gozar de maiores recursos que outros”.

A anomalia causada entre a igualdade jurídica e a desigualdade social foi a válvula propulsora para surgimento do Estado Social¹⁶ que se deu como consequência da revolução Russa de 1917, tal como ocorrido com o Estado Liberal, diante da Revolução Francesa.

Em verdade, os elementos do Estado social foram construídos pela Constituição de Weimar de 1919, a

¹³ SOARES, Mario Lucio Quintão. *Teoria do Estado: O substrato Clássico e Novos Paradigmas como Pré-Compreensão para o Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 289.

¹⁴ é a teoria econômica consolidada pelo economista inglês John Maynard Keynes em seu livro *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda* (General theory of employment, interest and money) e que consiste numa organização político-econômica, oposta às concepções neoliberalistas

¹⁵ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad.: Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 72.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros 2004, p.21.

Constituição do México de 1917 e a declaração dos direitos do povo e do trabalhador na revolução Russa de 1917, além do *New Deal*¹⁷ nos Estados Unidos.

Neste período superou-se a concepção de que as questões ideológicas e políticas do Estado estariam apartadas e fora do alcance do controle jurisdicional, conferindo à jurisdição um papel ativo para equalizar os interesses.

A jurisdição adquiriu conteúdo finalístico, com novos métodos de interpretar o texto normativo, com adoção de princípios programáticos e teleológicos, ocorrendo, assim, a expansão da discricionariedade judicial, diante da preocupação do Estado em materializar os direitos.

Como assevera Leal¹⁸ “*Ao Estado Social de direito (Welfare State) interessam as lacunas para o juiz livremente decidir habilidosamente em parâmetros de conveniência (Common Law) os conflitos que possam colocar em desequilíbrio o sistema social a ser mantido em suas bases, de tradição e autoridade*”.

As decisões judiciais ficavam ao árbitro do julgador, que não necessariamente estariam amparados pelos princípios constitucionais. Os conflitos deveriam ser resolvidos a qualquer custo, mesmo que desamparadas da Constituição, vez que eram fundamentadas em *‘fins metajurídicos de justiça ou clamor social’*¹⁹.

3.2. A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES

Após a segunda guerra mundial a jurisdição direciona-se

¹⁷ O New Deal foi a série de programas implementados nos Estados Unidos entre 1933 e 1937, sob o governo do Presidente Franklin Delano Roosevelt, com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana, e assistir aos prejudicados pela Grande Depressão.

¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2004, p. 58.

¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2004, p. 135.

para uma perspectiva sociamente mais adequada.

Larenz afirma que a jurisprudência dos interesses “*revolucionou efectivamente a aplicação do direito, pois veio substituir progressivamente o método de uma subsunção lógico-formal, nos rígidos conceitos legislativos, pelo de um juízo de ponderação de uma complexa situação de facto, bem como de uma avaliação dos interesses em jogo*”²⁰.

Os sistemas lógicos-dedutivos sofreram abalos diante do pensamento tópico, cuja pré-compreensão não é verdade absoluta, mas somente o ponto de vista inicial.

Essa corrente de pensamento jurídico não se confundia com aquela do direito livre, vez que as atenções sociológicas vinham vinculadas a uma estrutura legalista rigorosa. Os interesses a serem perseguidos e os valores a serem utilizados não eram dos juízes, mas aqueles contidos na própria lei.

Nesse sentido, Hespanha²¹ aponta que enquanto as escolas sociológicas sugeriam mecanismos antilegalistas de situar o direito, a jurisprudência dos interesses atuava no interior do normativismo.

Philipp Heck²², um dos maiores expoentes desta corrente, sustentou que a função da jurisdição era viabilizar a satisfação das necessidades da vida. A finalidade da jurisdição passa a ser a satisfação de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existente na sociedade.

Em contraposição à ‘*ideologia estática de interpretação jurídica, da jurisprudência dos conceitos*’, a ‘*ideologia dinâmica da interpretação da jurisprudência dos interesses*’, por meio da sua exegese contextualizada, leva em conta as necessidades subjacentes, daí a preocupação com as

²⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 68.

²¹ HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídico Européia*. Publicações Europa-América. Ltda. Portugal: 1998, p. 19.

²² HECK, Philipp. *El problema de La creacion Del derecho. Traducción Manuel Enteza*. Barcelona: Ariel, 1961, p. 74.

conseqüências da decisão.

A jurisprudência dos interesses desencadeou o debate sobre o método de interpretação, entre os que defendiam a procura da vontade da lei e os que proclamavam a verificação da vontade do legislador. Com uma visão publicista do processo, adotou-se o princípio inquisitivo²³ como forma de limite da liberdade individual.

3.3. PARADIGMA DA CONSCIÊNCIA

O pensamento jurídico, a partir da modernidade, começa pela origem do paradigma da filosofia da consciência. Segundo Agostinho Ramalho²⁴: *“a noção de sujeito enquanto sujeito cognoscente, agente do processo do conhecimento e como tal referindo a um objeto suposto cognoscível, ou seja, apreensível pelo conhecimento racional e pela atividade de investigação científica, é um produto da modernidade”*.

Para esta matriz de pensamento, a construção cognitiva da realidade ocorre com o sujeito, sendo o processo de conhecimento intermediado pela consciência humana.

O novo paradigma, superando aquele do *ser*, inicia-se com Descartes e se desenvolve com Kant²⁵, para quem *“objeto só se torna cognoscível na medida em que o sujeito cognoscente o reveste das condições de cognoscibilidade”*.

René Descartes²⁶ inicia a filosofia moderna pelo método

²³ Ao contrário do princípio dispositivo, o princípio do inquisitivo confere ao juiz um papel maior do que o de mero expectador, cabendo a ele a busca de provas ainda que não requerida pelas partes. BEDAQUE, José dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo: RT, 2011. p. 12.

²⁴ MARQUES, Neto Agostinho Ramalho. *Sujeitos Coletivos de Direito: pode-se considerá-los a partir de uma referencia à psicanálise?* Revista de Direito Alternativo. n.3, 1994, p. 79 e ss.

²⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Col. os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 47.

²⁶ DESCARTES, René. *Discurso do Método. As Paixões da Alma*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

do racionalismo, enquanto que Immanuel Kant junta elementos do racionalismo e do empirismo, desencadeando o criticismo.

As categorias do pensamento kantiano exerceram forte influência no paradigma da consciência, principalmente pela construção de um sistema de metafísica fundado num “*procedimento do motivo da razão pura*”²⁷.

Na relação entre o sujeito cognoscente e o objeto, o criticismo kantiano procurou revelar as possibilidades e os limites do conhecimento que estão vinculados à percepção. Para Kant o mundo é aquilo que dele fazemos, não são os fatos que nos ditam, mas o valor que nós lhes atribuímos.

Cossio²⁸ aduz que ao interprete “*não basta pensar na conduta como fato externo representado na lei, mas sim que tem que viver o sentido jurídico dessa conduta, recriando-o na sua própria consciência, sem o qual não pode conhecê-la como conduta porque esse conhecimento é compreensão de seu sentido*”.

Na atualidade cresce a corrente²⁹ que contesta a razão universalista moderna, considerada hegemônica e dominante. Habermas retém que a filosofia da consciência está esgotada para o pensamento crítico da sociedade contemporânea, trazendo a idéia da racionalidade comunicativa como resgate da modernidade.

4. O ESTADO CONSTITUCIONAL, A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES E A FILOSOFIA DA LINGUAGEM

4.1. O ESTADO CONSTITUCIONAL

²⁷ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Col. os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, pg. 48.

²⁸ COSSIO, Carlos. *Teoria Ecológica Del derecho y El Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 533.

²⁹ LUCHI, José Pedro. *A superação da filosofia da consciência em J. Habermas. A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*. Ed. Pontifícia Università Gregoriana: Roma, 1999, p. 20.

Na transformação do Estado Liberal em Estado Constitucional³⁰ surge uma jurisdição caracterizada por uma nova dogmática de interpretação baseada em princípios e direitos fundamentais.

Neste contexto, a jurisdição assume função de constatar a adequação da lei aos comandos constitucionais, compreendendo e extraindo o significado compatível com os valores, através das técnicas de controle de constitucionalidade.

Da lógica da subsunção da norma, passa-se para a lógica da ponderação dos princípios, os quais assumem o patamar de norma jurídica juntamente com as regras, tendo como conteúdo os valores.

Na visão de Ferrajoli³¹, o constitucionalismo rígido alinhou-se numa concepção positivista, reforçando-o e ampliando-o, na medida em que os Direitos Fundamentais estipulados na Constituição deveriam orientar a produção do direito positivo. Assim, funcionaria como complemento e reforço do positivismo jurídico, porque haveria positivação não apenas do ‘ser’ mas também do ‘dever-ser’.

No seu dizer: *“a legalidade não é mais como no velho modelo paliojuspositivista – somente condicionamento da validade das normas infralegais, mas é ela mesma condicionada, na sua validade, ao respeito e à atuação das*

³⁰ “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade (...). Dito de outro modo, o Estado democrático é plus normativo em relação às formulações posteriores”. MORAIS, José Luis Bolzan de & STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 87/89.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo*. In. IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Academia Brasileiro de Direito Constitucional – ABDConst. Teatro Guaíra – Auditório Bento Munhoz da Rocha Netto, Curitiba-Paraná, p. 40.

normas infralegais”.

Nesta acepção o constitucionalismo não confunde direito e moral, restando limitada a jurisdição, sem feição criativa. Para Ferrajoli, com a interpretação à luz da Constituição, a jurisdição pode ampliar ou restringir o alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais, mas *“é ilusório supor que possa colmatar as lacunas estruturais e suprir a necessária interpositio-legis.”*

4.2. A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES

A evolução da jurisprudência dos interesses para a jurisprudência dos valores ocorre pela necessidade de materialização dos ideais de justiça em prol da solução de casos concretos. Assim configurou-se a corrente de pensamento jurídico que representou um avanço na superação do positivismo jurídico. Partiu da idéia de que a Constituição não é só formada por regras e princípios, mas também por uma ordem hierárquica de valores, utilizados como parâmetros para o controle de constitucionalidade.

Os valores exercem uma função muito importante na argumentação jurídica, direcionando o procedimento de ponderação dos princípios, refutando o pensamento da subsunção. Rompe-se assim, com o silogismo lógico originado pelo racionalismo de cunho liberal.

Perelman³² desenvolveu uma metodologia com a utilização da razão, formulando uma lógica de juízos de valores, contidos na motivação sem dependência do arbítrio do julgador, através de técnicas argumentativas. Para que as decisões judiciais pudessem ser aceitas, não só às partes, mas também para a opinião pública, os meios de prova, os argumentos e os valores deveriam ser confrontados.

³² PERELMAN, Chain, *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo. Martins Fontes, 1996.

Nesse contexto, os princípios são apresentados como critérios de interpretação. Larenz aduz que “*a passagem a uma jurisprudência de valoração só cobra, porém o seu pleno sentido, quando conexcionada na maior parte dos autores com o reconhecimento de valores ou critérios de valoração supralegais ou pré-positivos que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições*³³”.

Neste processo valorativo, a compreensão crítica da realidade se torna indispensável. Na afirmação de Melo, “*A mudança do sistema jurídico, partindo de realidades sociais adequadamente compreendidas e valoradas, será o caminho a percorrer na formação de um novo paradigma*³⁴”.

Neste sentido, as idéias de Claus – Wilhelm Canaris reestruturam o sistema jurídico, propondo uma perspectiva aberta e axiológica – teleológica, composta por princípios gerais de direito como elementos constitutivos de uma jurisdição que permite não só a determinação de lacunas mas também adequações valorativas e a busca de significados éticos.

4.3. A FILOSOFIA DA LINGUAGEM

O esgotamento do paradigma da filosofia da consciência ou da razão fulcrada no sujeito conduz a uma transformação em direção ao paradigma da filosofia da linguagem.

A partir da terceira década do século XX, a filosofia da linguagem configura-se como um novo paradigma da filosofia, ocorrendo o giro linguístico pragmático.

A linguagem é objeto de estudo de varias ciências que consideram o signo como referencial inicial. Lucia Santaella e

³³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Cciência do Direito*. Trad.: de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 167.

³⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 124.

Winfried North trazem o conceito de signo de Charles Sanders Peirce³⁵ como “*aquilo que sob certo aspecto ou modo representa algo para alguém*”. A semiótica é definida por Noth como “*a ciência dos signos e dos processos significativos (semiose) a natureza e na cultura*”³⁶.

Levinson³⁷ divide a semiótica em sintática ou sintaxe, que trata do “*estudo das propriedades combinatórias das palavras e suas partes*”; em semântica que aborda o “*estudo do significado*”; e em pragmática que cuida do estudo linguístico.

A sintaxe limita-se, assim, a dimensão sígnica da linguagem, ou seja, a uma abordagem meramente linguístico-gramatical, importando o conjunto de palavras significativas que expressam uma idéia. A semântica se preocupa com a dimensão proposicional da linguagem, ou seja, o significado de um enunciado. A pragmática preocupa-se com o uso dos signos, isto é, com a relação entre os signos e os sujeitos da linguagem, ou com o intérprete e sua relação contextual com os signos.

No âmbito da jurisdição, a pragmática cuida das formas de comunicação e os procedimentos utilizados na decisão jurídica, fornecendo critérios para a determinação do significado da regra jurídica. Ocupa-se, assim, da análise dos contextos em que as normas jurídicas são produzidas e utilizadas para a constatação dos seus sentidos, adquirindo uma concepção antimecanicista e antilinear.

O modo de pensar semântico-pragmático pressupõe a variação dos sentidos em função da situação comunicativa, pois a relação existente não é mais entre sujeito-objeto, mas

³⁵ SANTAELLA, Lucia & NÖTH, Winfried. *Semiótica: Bibliografia Comentada*. São Paulo: Experimento, 1999. p. 46.

³⁶ SANTAELLA, Lucia & NÖTH, Winfried. *Semiótica: Bibliografia Comentada*. São Paulo: Experimento, 1999. p. 46.

³⁷ LEVINSON, Stephen. C. *Pragmática*. Trad. Aníbal Mari & Luis Carlos Borges. . Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2007, p. 6.

entre sujeito-sujeito.

Nessa concepção, as teorias consensuais da verdade e do agir comunicativo³⁸ elaboradas por Habermas³⁹ ganham relevo, pois enquanto o agir comunicativo afasta a possibilidade da significação se estabelecida fora do processo de comunicação, o consenso ocorre apenas quando o falante tenta fazer-se entender pelo ouvinte, e este aceita o que foi dito.

No processo escolha de significantes⁴⁰, a linguagem serve para revelar como o juiz imuniza a decisão com elementos retóricos.

5. O ESTADO DEMOCRÁTICO, JURISPRUDÊNCIA ÉTICA E A HERMENÊUTICA FENOMENOLÓGICA

5.1. O ESTADO DEMOCRÁTICO

Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes⁴¹ observam que enquanto no Estado Liberal o foco de decisão advinha do Legislativo e no Estado Social incumbências eram postas ao Executivo, em virtude da urgência na realização de políticas públicas, no Estado Democrático de Direito o centro da atuação se direciona para o Poder Judiciário.

Para eles, o Estado Democrático teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também do Estado Social de Direito.

³⁸ No interior dessa teoria crítica, o conceito agir comunicativo corresponde às "ações orientadas para o entendimento mútuo", em que o ator social inicia o processo circular da comunicação.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1990 p.123/125.

⁴⁰ ROSA, Alexandre Moraes Da. *Decisão no Processo Penal como Bricolagem de Significantes*. Tese apresentada no programa de pós graduação de Direito da UFPR para obtenção do grau de Doutor. In http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/decisao_processo_penal_alexandre_rosa.pdf

⁴¹ MORAIS, José Luis Bolzan de & STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.94/95.

Nesta concepção o (neo)constitucionalismo se apresenta como superação do positivismo jurídico⁴². Segundo Lenio Luiz Streck⁴³ “... *significa ruptura, tanto com o positivismo como o modelo de constitucionalismo liberal (...). Qualquer postura que, de algum modo, se enquadre nas características ou teses que sustentam o positivismo, entra em linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo (...)*”.

Esta nova configuração estatal propõe uma ampliação do rol dos intérpretes da Constituição para incluir outras instâncias, o que favorece a consolidação de uma ordem democrática preocupada com a concretização, efetivação e aplicação dos direitos fundamentais.

A extração do significado, a partir dos direitos fundamentais, exigiu da jurisdição tutela e proteção como deveres de atuação em prol da efetividade. A atuação judicial se tornou, pois, exigência de um direito à tutela efetiva, cabendo a jurisdição assegurá-la adequadamente.

Com a necessidade de extração do significado constitucional da norma, numa concepção semântica, alterou-se substancialmente o papel da jurisdição, fazendo a moral parte do ponto de vista interno do direito.

Além de uma função técnica-científica, à jurisdição foi exigida uma função axiológica, voltada para os efeitos, trazendo como consequência o risco da falta de controle jurídico das decisões, e a possibilidade de que casos iguais sejam tratados de maneira desigual, com a *desestabilização das expectativas*.

A via de penetração da moral no direito foi aberta pela incorporação de certos princípios situados no ápice da escala valorativa. Como afirma Ralf Dreier, “*as constituições*

⁴² SANCHÍS, Luis Pioto. ‘Principio *júris*’ – Uma teoria Del derecho no Neo-constitucionalista para el Estado Constitucional.Doxa. Cuadernos de Filosofia Del Derecho, Alicante, nº 31, 2008, PP. 325-353.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.8-9.

políticas de determinados Estados, ao incorporar certos princípios (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, liberdade e igualdade) ao direito positivo como princípios juridicamente válidos e como expressão da ética política moderna estabeleceram uma relação necessária entre direito e moral, já que graças a ela se exige, por direito próprio em casos de vaguidade e colisão aproximar a noção de direito como ele é do direito como ele deve ser.”⁴⁴

Este neoconstitucionalismo caracterizou-se não só pela incorporação da moral no direito, como também pelo ativismo judicial diante da importância das ponderações principiológicas e argumentações jurídicas.

Este ativismo judicial, também chamado de judicialização da política, nasceu com o fim do constitucionalismo liberal e o nascimento do constitucionalismo social (Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919), ganhando espaço com a ascensão dos direitos fundamentais e dos princípios que regem as constituições sociais.⁴⁵

A difusão da jurisdição constitucional, com os procedimentos interpretativos de aspirações sociais, favoreceu o crescimento deste fenômeno, configurando-se num dos principais fatos políticos desde o final do século XX.

Esta expansão dos poderes do juiz, na análise de Antoine Garapon⁴⁶, é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas. No seu dizer: “...a posição de um terceiro imparcial compensa o déficit democrático de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional

⁴⁴ DREIER, Ralf. *Derecho y Justicia*, Monografias jurídicas. 87. Bogotá: Temis, 1994, p.82/83.

⁴⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

⁴⁶ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.23.

lhe oferece cada vez menos.”

5.2. A JURISPRUDÊNCIA ÉTICA

A evolução da jurisprudência dos valores para a jurisprudência ética ocorre pela urgência da busca de racionalidade na aplicação do direito.

A ética compreende princípios e regras de conduta que orientam as tomadas de decisão, com o preenchimento das molduras deontológicas da jurisdição.

O saber técnico não se confunde com o saber ético. *“A dimensão ética começa quando entra em cena o outro. Toda lei, moral ou jurídica, regula relações interpessoais, inclusive aquelas com um outro que a impõe⁴⁷”*.

A atuação jurisdicional deve ser tendente à elevação ética da consciência de si, viabilizando uma reconciliação do indivíduo com a lei e a restauração do direito objetivo⁴⁸.

Salgado ensina que *“A consciência primeiro emerge e se forma na relação não-recíproca com o mundo. Ela avança em seguida, para a relação recíproca ou outra consciência pelo reconhecimento. É então que se constitui como consciência-de-si (Eu), que como consciência propriamente histórica, é igualmente consciência de um de nós⁴⁹”*

Reside aí a razão da existência do Estado-Juiz, essencial para a reafirmação do *“ethos”*: estimular no caso concreto, a *“possibilidade de encontro com o outro como encontro de natureza ética ou moral, que é a forma mais alta da relação intersubjetiva”*.

O compromisso da jurisdição com o resgate da consciência de si dos sujeitos conduz a consecução de uma

⁴⁷ ECO Humberto & MARTINI, Carlos Maria. *Em que crêem os que não crêem*. Trad.: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 83.

⁴⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia da justiça em Hegel*, SP: Loyola, 1996, p. 353.

⁴⁹ VAZ, Henrique Cláudio Lima. *Ética de Direito*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 243.

educação ética que viabiliza o exercício dos próprios direitos e do respeito aos direitos alheios.

Como ensina Lima Vaz: “*Reconhecer a aparição do outro no horizonte universal do bem e consentir em encontrá-lo em sua natureza do outro “Eu”, eis o primeiro passo para a explicitação da estrutura intersubjetiva do agir ético*”⁵⁰.

Tugendhat afirma que Kant⁵¹ desenvolveu uma argumentação sobre a natureza da obrigação, e mostrou como em torno da idéia de obrigação em relação a si mesmo e obrigação ao outro é que se estruturam todos os sistemas normativos e torna possível a distinção entre moral e direito.

Percebe-se então que a superação das contradições é uma integração ao real e que a metodologia dialética do contraditório é fundamento epistemológico da realidade. O estabelecimento do contraditório entre várias representações abre, portanto, a possibilidade de novas relações, fazendo com que o desafio não seja pensar o contraditório, mas pensar pelo contraditório.

Cabe à jurisdição transformadora compreender o Direito como um objeto ético, numa concepção abstrata de justiça, devendo o preparo científico do juiz coincidir com sua retidão ética.

5.3. HERMENÊUTICA FENOMENOLÓGICA

A palavra “hermenêutica” origina-se do latim ‘*hermeneuticus*’, referindo-se às atividades da inteligência humana que lembram a capacidade de interpretar a vontade de Zeus, pelo deus grego Hermes. Etimologicamente, a expressão ‘*interpretare*’ trás a idéia de penetrar mais para dentro.

Segundo Saldanha é a “*teoria dos fundamentos do*

⁵⁰ VAZ, Henrique Cláudio Lima. *Ética de Direito*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 246.

⁵¹ TUGENDHAT, Ernest. *Lições Sobre Ética*. Trad.: Róbson R. dos Reis, Aloísio Ruedell, Fernando P. de A. Fleck, Ernildo Stein, Joãozinho Beckenkamp, Marianne Kolb e Mario Fleig. 3ª ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.

interpretar” que ilumina e revela a verdadeira essência, através de uma técnica que permite obter a compreensão do significado das coisas.

A interpretação é um dos problemas centrais do direito. Conforme Habermas⁵² “(...) a hermenêutica tem uma posição própria no ambiente da teoria do direito, porque ela resolve o problema da racionalidade da jurisprudência, através da inserção contextualizada da razão do complexo histórico da tradição. (...)”.

A partir das idéias de Husserl⁵³ e Heidegger, a hermenêutica entrou ‘no vasto campo das problemáticas filosóficas’, superando assim a base epistemológica da filosofia da consciência.

Na hermenêutica fenomenológica, os decisionismos⁵⁴ podem ser controlados pelo círculo hermenêutico e a diferença ontológica. O pensamento da diferença ontológica que perpassa toda a obra de Heidegger⁵⁵ é ponto de partida para sua crítica ao mundo contemporâneo. Trata-se de buscar um novo modelo de pensar, em que o ser não é um ente, logo, não pode ser pensado do mesmo modo.

⁵² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Volume I, 2003, p. 247/248.

⁵³ Para Husserl, a fenomenologia é um método e uma atitude (Denkhaltung): a atitude especificamente filosófica, o método especificamente filosófico (Idee der Phän., «Husserlinn» II, Haia, 1950, p. 23). HUSSERL, Edmund. *Meditações Cartesianas: Introdução à Fenomenologia*. Trad. Frank de Oliveira, São Paulo: Madras, 2001, p.21/23

⁵⁴ decisionismo judicial é uma abertura desarrazoada ao intérprete na resolução das controvérsias submetidas à apreciação do Poder Judiciário, não se confundindo com a discricionariedade que existe apenas, na medida em que se torna necessário realizar a correspondência da decisão judicial, administrativa ou da própria legislação à ordem constitucional em casos de extrema fluidez textual, abertura estrutural ou antagonismo entre direitos e garantias fundamentais. SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.167/175.

⁵⁵ HEIDEGGER, Martin. *Identité ET Différence*, In: Questions I, Paris, Gallimard, p.282.

A circularidade hermenêutica também se configura como uma ferramenta indispensável para o controle das arbitrariedades. Hilton Japiassu⁵⁶ define círculo hermenêutico como “o método hermenêutico ou interpretativo” segundo o qual “toda compreensão do mundo implica a compreensão da existência e reciprocidade”.

O círculo hermenêutico foi tratado por vários jus filósofos, tendo sua idéia sido desenvolvida por Friedrich Schleiermacher, Martin Heidegger e Georg Gadamer. Este movimento hermenêutico surgiu na teologia, mas se expandiu para todas as ciências sociais, especialmente para o direito, na sua categoria aplicativa.

Schleiermacher⁵⁷ resgatou o conceito de uma hermenêutica contextual e circular no século XVIII, asseverando que: “faz-se necessário certamente, assim, uma compreensão do todo (...), e nós podemos, depois que o todo esteja dado, retroceder aos elementos, para então compreendê-los mais, precisa e completamente a partir do todo”. A compreensão do todo deve ser gradual e provisória, estruturando-se a partir das partes. Na medida em vão surgindo novas incertezas com a passagem de uma parte à outra, numa sequência esclarecedora, a parte posterior resta iluminada por aquela anterior.

Discípulo de Husserl, Martin Heidegger, na sua obra “Ser e Tempo”, elaborou uma hermenêutica da faticidade e historicidade, apresentando o conceito de *Dasein* ou *ser-ai*, que fundamentaria a compreensão da existência humana, inaugurando a concepção existencialista de que o mundo e seus objetos existem independentemente do homem.

Segundo as idéias de Heidegger, o conhecer existencial só se dá com a compreensão do *ser-ai*. Compreender é dar

⁵⁶ JAPIASSU, Hilton. *Discionário Básico de Filosofia*. 3ª Ed. Rev e ampliada. RJ: Jorge Zahar, 1996, p.45.

⁵⁷ SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 31

sentido ao mundo para transformá-lo a partir do *Dasein*, entendido como “*o ente que cada um de nós somos e, que entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar*”⁵⁸. *Dasein* ou *ser-ai* é o termo por ele utilizado para retratar a existência da realidade humana⁵⁹.

O círculo virtuoso de Heidegger contém uma visão prévia permeável, e configura-se numa explicação ou antecipação do sentido do texto que pode ser modificado. A compreensão seria o aperfeiçoamento de uma antecipação, dado pela pré-compreensão, sujeita a alterações.

Os valores anteriores (pré-compreensão) que o homem possui em função de estar no “mundo” são instrumentos para adquirir consciência. “*A articulação racional do sentido tem servido para ajudar o ser humano a se situar no mundo e, portanto, ajudá-lo a orientar racionalmente sua autocompreensão e conduta e, com isso, ajudá-lo a construir uma realidade humana, pautada pelas idéias da verdade e do bem*”⁶⁰.

Gadamer também destaca uma necessidade de uma pré-compreensão, apresentando uma hermenêutica essencialmente filosófica, baseada na relação entre compreensão, interpretação e aplicação. O intérprete, na visão de Gadamer “*não deve ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta na qual se encontra*”.

Compreender para Gadamer seria reconhecer um sentido vigente⁶¹ na aplicação, pois a compreensão da lei se expressa em cada situação concreta e de maneira nova e distinta. No seu dizer, “*a compreensão é um caso especial de aplicação de*

⁵⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo. Parte I*, trad. Márcia de Sá Cavalcante, 8ª Ed., Petrópolis: Vozes, 1999, p. 38.

⁵⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo. Parte I*, trad. Márcia de Sá Cavalcante, 8ª Ed., Petrópolis: Vozes, 1999, p. 32.

⁶⁰ COSTA, Reginado da. *Ética e filosofia do Direito*. Fortaleza: ABC, 2006, p. 45.

⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meuer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p.487.

*algo geral a uma situação concreta e particular*⁶².

No círculo de Gadamer a verdadeira compreensão pode ou não ser equivalente com a pré-compreensão, a qual assume especial importância como pressuposto. Explica Gadamer⁶³ que: “(...) *compreender é sempre um mover-se nesse círculo, e por isso é essencial o constante retorno do todo às partes e vice-versa. A revelação só se dá “no vaivém do movimento circular entre o todo e as partes”*”

Compreender a realidade é, pois, construir significados através do estabelecimento de diferentes relações representadas mentalmente⁶⁴ e descobrir as condicionantes que estão por de trás da manifestação dos fatos.

Nesta perspectiva, a aplicação do direito passa a ser vista como um processo criativo do intérprete que implica uma anterior pré-compreensão que deve ter em conta as condições individuais e sociais que penetram no compreender jurídico. Constata-se, então, que o juiz não apenas aplica a lei em concreto, mas colabora ele mesmo, através de sua sentença, para evolução do Direito.

6. CONCLUSÃO

A falsa compreensão das estruturas de significação impossibilitou a perspectiva normativa de realizar a sua principal incumbência, qual seja, a segurança jurídica.

As ponderações principiológicas também não foram satisfatórias para controlar o raciocínio do julgador e o sentido normativo, que oscilam sensivelmente de acordo com a visão

⁶² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meuer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 465.

⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meuer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 397

⁶⁴ JUNIOR, Caio Prado. *Teoria Marxista do Conhecimento e Método Dialético Materialista*. In discurso. p.51.

de mundo e os condicionamentos ideológicos do aplicador.

A constatação de ineficiência de juízos ponderativos e a efemeridade da visão da existência de uma só resposta correta reclamam a individualização das garantias pelas quais a jurisdição opera sua própria discricionariedade.

A vinculação da jurisdição com o paradigma da linguagem e a hermenêutica fenomenológica rompe com a postura silogística, tradicional e persistente, possibilitando o desmascaramento ideológico e a revelação da estrutura do inconsciente. Apresentam-se, via de consequência, como instrumentos hábeis para o combate dos decisionismos, visando a legitimidade da decisão judicial.

Não se pode esquecer que o direito é dinamismo, e por isso deve se adequar as transformações sociais em um contínuo processo de adaptação de seus textos normativos. O âmbito da pré-compreensão sofre modificações em face dos novos conhecimentos, sendo o ordenamento jurídico incapaz de suportar o contínuo e indefectível processo de transformação da realidade, pelo qual passa a sociedade.

A dinâmica na interpretação torna o direito como instrumento de transformação social. Todavia, para que a jurisdição esteja na perspectiva transformadora, é necessário que conheça e compreenda a realidade. Fazer uma leitura da realidade exige esforço, sendo certo que a sua aparência mais esconde do que revela, cabendo ao juiz debruçar-se sobre ela “*para indagar e aprofundar-se no real*”⁶⁵.

A jurisdição na perspectiva transformadora exige a modificação do que for necessário em vista do bem comum, não se conformando com a aparência ou pré-compreensão, deslocando-se sempre para outras situações que possam ampliar o espaço de atuação dos direitos. Deve ser articulada

⁶⁵ “A interpretação dos fatos demanda profundidade, vez que a ideologia oculta a verdade dos fatos e a linguagem penumbra a realidade”. “... fazer obra científica é reduzir o movimento visível”. Apud VASCONCELOS, Celso dos Santos. *Construção do Conhecimento em Sala de Aula*. 2004, p. 46.

por meio de uma compreensão crítica da realidade, isto é, buscando a essência dos fatos, estimulando a conscientização da substância ética que resgate o indivíduo como cidadão. Além de um conhecimento significativo, uma superação ética da relação sujeito-objeto pra sujeito-realidade, numa concepção em que o preparo científico do juiz coincide com sua retidão ética. Essa realidade pode ser estruturada e racionalmente explicada na ambiência do contraditório dialético, pautado no reconhecimento do “*outro como outro eu*”.

Nesse sentido, os jurisdicionados são os responsáveis pela construção da decisão, pois, ao invés de uma jurisdição carismática centrada na pessoa do juiz, passa-se para uma jurisdição democrática e transformadora.



7. REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. Órganon. Tradução do grego, textos adicionais e notas de Edson BINI. Bauru: Edipro, 2005. 608p. p. 81/110: Da interpretação ISBN: 572833870
- BARROS, Wellington Pacheco. A Interpretação Sociológica do Direito. Porto Alegre. Livraria do advogado, 1995.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemos.
- BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros 2004.
- CARDOSO, M. L. A Penalização e a Ciência da História.
- COSSIO, Carlos. Teoria Ecológica Del derecho y El Concepto Jurídico de Libertad. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.
- COSTA, Reginado da. Ética e filosofia do Direito. Fortaleza:

- ABC, 2006.
- DESCARTES, René. Discurso do Método. As Paixões da Alma. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- DREIER, Ralf. “Derecho y Justicia” Monografias jurídicas. 87. Bogotá: Temis, 1994.
- ECO Humberto e MARTINI, Carlos Maria. Em que crêem os que não crêem. Trad.: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. In. IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Academia Brasileiro de Direito Constitucional – ABDConst. Teatro Guaíra – Auditório Bento Munhoz da Rocha Netto, Curitiba-Paraná.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser & LIMA, Maria Beatriz Gomes de. História do pensamento jurídico: hermenêutica e modernidade. In: <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/25241.html> Acesso em 29/03/2012.
- FURTADO, Odair & RAY, GONZALÉS, Fernando L. (Org) – Por uma Epistemologia da Subjetividade: Um Debate Entre a Teoria Sócio-Histórica e a Teoria das Representações Sociais. São Paulo: Casa do Filósofo, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meuer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Fabris, 1997

- HABERMAS, Jürgen. *A Verdade e Justificação: a Virada pragmática de Richard Rorty*. In: *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c.
- HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1990
- HECK, Philipp. *El problema de La creacion Del derecho*. Traducción Manuel Enteza. Barcelona: Ariel, 1961
- HEIDEGGER, Martin. *Identité ET Différence*, In: *Questions I*, Paris: Gallimard.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I, trad. Márcia de Sá Cavalcante, 8ª Ed., Petrópolis: Vozes, 1999.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Publicações Europa-América. Ltda. Portugal: 1998.
- HUSSERL, Edmund. *Meditações Cartesianas: Introdução à Fenomenologia*. Trad. Frank de Oliveira, São Paulo: Madras, 2001.
- JAPIASSU, Hilton. *Discionário Básico de Filosofia*. 3ª Ed. Rev e ampliada. RJ: Jorge Zahar, 1996.
- JUNIOR, Caio Prado. *Teoria Marxista do Conhecimento e Método Dialético Materialista*. In discurso.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Col. os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999,
- KUHN, Thomas. S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira. São Paulo: Perpectiva, 1982.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência e do Direito*. Tradução de José Lamego, 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1997.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão*

- Jurídica*. São Paulo: Landy, 2004.
- LEVINSON, Stephen. C. *Pragmática*. Trad. Aníbal Mari & Luis Carlos Borges. . Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2007.
- LUCHI, José Pedro. *A Superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas. A questão do Sujeito na Formação da Teoria Comunicativa da Sociedade*. Ed. Pontifícia Universitá Gregoriana: Roma, 1999.
- MARQUES, Neto Agostinho Ramalho. *Sujeitos Coletivos de Direito: pode-se considerá-los a partir de uma referencia à psicanálise?* Revista de Direito Alternativo. n.3, 1994.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.
- MORAIS, José Luis Bolzan de & STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- PERELMAN, Chain, *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo. Martins Fontes.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a Emoção*. Campinas: Millennium, 2003.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad.: Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROSA, Alexandre Morais Da. *Decisão no Processo Penal como Bricolagem de Significantes*. Tese apresentada no programa de pós graduação de Direito da UFPR para obtenção do grau de Doutor. In <http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/decisao_processo_penal_alexandre_rosa.pdf> Acesso em 26/03/2012.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia da justiça em Hegel*, SP:

- Loyola, 1996.
- SANCHÍS, Luis Pieta. *'Principio jùris' – Uma teoria Del derecho no Neo-constitucionalista para el Estado Constitucional.Doxa. Cuadernos de Filosofia Del Derecho*. Alicante, nº 31, 2008.
- SANTAELLA, Lucia & NÖTH, Winfried. *Semiótica: Bibliografia Comentada*. São Paulo: Experimento, 1999.
- SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*. Chapecó: Argos, 2004.
- SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- SOARES, Mario Lucio Quintão. *Teoria do Estado: O substrato Clássico e Novos Paradigmas como Pré-Compreensão para o Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TUGENDHAT, Ernest. *Lições Sobre Ética*. Trad.: Róbson R. dos Reis, Aloísio Ruedell, Fernando P. de A. Fleck, Ernildo Stein, Joãozinho Beckenkamp, Marianne Kolb e Mario Fleig. 3ª ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.
- VAZ, Henrique Cláudio Lima. *Ética de Direito*. São Paulo: Loyola, 2002.