

A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL À LUZ DA RACIONALIDADE EMANCIPATÓRIA

Alvaro Luis de A. S. Ciarlini¹



atividade desempenhada pelas cortes constitucionais, por seu alcance jurídico e político, pede a devida reflexão a respeito dos critérios de racionalidade adotados por seus magistrados ao procederem à juridificação da ordem constitucional².

É bem verdade que o atual estágio de percepção desse trabalho *jurisdicional*, no senso comum dos juristas, permite que tratemos o direito cada vez mais como um “fenômeno factual complexo formado pelo comportamento dos juízes”³ e menos, verdadeiramente, como um dever ser imposto por preceitos hipotéticos incidentes e aplicáveis a situações concretas da vida.

Nesse contexto, a concepção do direito hoje em voga propugna a compreensão da ordem jurídica, não mais como uma simples estrutura lógico-formal, em um sistema subsuntivo, ou mesmo em um ordenamento escalonado de normas derivadas⁴. Ao contrário, cada vez mais passamos a compreender o fenômeno jurídico como um processo histórico de construção contínua de modelos de decisão temporalmente adequados à solução dos conflitos de interesse.

O papel da hermenêutica jurídica, nesse quadro, é justa-

¹ Líder do grupo de estudo e de pesquisa “O elemento hermenêutico na jurisdição constitucional”. Professor do Programa de Mestrado Acadêmico do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

² QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 35-39.

³ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 38.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 4 ed. Coimbra: Armenio Amado, 1976, p. 309-313.

mente o de possibilitar a leitura de um mesmo texto legal sob perspectivas distintas e em momentos diversos. Para esse mister, os juristas se afastam gradualmente do pensamento jurídico oitocentista, pouco criativo e excessivamente *sistematizante*, aproximando-se do modelo de trabalho fundamentado em um sistema cuja lógica consiste no permanente processo de redescoberta dos preceitos normados, diante da crescente agitação dos valores em conflito na sociedade⁵, tema que resgata, em boa medida, uma antiga preocupação de Eugen EHRLICH acerca das transformações do direito no Estado e na sociedade⁶.

Nessa mesma linha, afirma Karl LARENZ que...

O escopo da interpretação só pode ser, nestes termos, o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante, quer dizer, o sentido normativo da lei. Mas o sentido da lei que há-de ser considerado juridicamente determinante tem de ser estabelecido atendendo às intenções de regulação e às idéias normativas concretas do legislador histórico, e, de modo algum, independentemente delas. É antes o resultado de um processo de pensamento em que todos os momentos mencionados, ou seja, tanto os “subjectivos”, quanto os “objectivos” hão-se estar englobados e, como já se apontou, nunca chega ao seu termo. Alguns referem o sentido normativo da lei através de uma reminiscência lingüística da teoria subjectivista, como “vontade da lei”. Mas uma vontade só cabe a uma pessoa ou, em todo caso, como vontade comum, a uma pluralidade de pessoas. A expressão “vontade da lei” encerra uma personificação injustificada da lei, que só é apropriada para encobrir a relação de tensão que a cada

⁵ EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Brasília: EDUNB, 1986, p. 315-318.

⁶ EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Brasília: EDUNB, 1986, p. 299-304.

momento pode surgir entre a intenção originária do legislador e o conteúdo “em permanente reformulação” da lei, conteúdo que hoje deve ser considerado determinante.⁷

Entende-se, mesmo assim, que a interpretação das normas jurídicas não pode ser deixada ao simples arbítrio do intérprete. Nessa medida, ainda quando direcionada ao desenvolvimento judicial do direito, a atividade decisória deve atender a certos critérios e métodos, mesmo além daqueles orientados pelo legislador histórico⁸.

Desse modo, a crença nos limites à atividade hermenêutica ainda mantém o ideal de positivação ínsito ao fenômeno jurídico, como modo de controle da atividade judicante, para que esse agir não se transforme em mero voluntarismo do julgador. A determinação desses limites apóia-se, por certo, no critério da racionalidade como modo de legitimação da autoridade⁹.

Prepondera ainda em nosso senso comum, é bem verdade, a idéia de que o elemento subjetivo do intérprete, quando de sua participação criadora do direito, tem em mira o adequado exame do objeto de suas incursões, que é a apreensão da realidade, e não sua criação¹⁰. O aplicador da norma, segundo essa percepção, não cria a realidade, mas a descobre ativamente, passando a construir modelos de decisão justa e temporalmente adequada, inclusive com o intuito de legitimar sua atividade de descoberta e construção em “padrões aceitáveis no marco de um Estado de Direito”¹¹. Para tanto o hermeneuta

⁷ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Trad de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 448-449.

⁸ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Trad. José Lamego, 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 450 e p. 519-620.

⁹ BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta – Temas Políticos e Constitucionais da atualidade. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 32-33.

¹⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 22.

¹¹ COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio

deverá encontrar no sentido comum teórico dos juristas¹² e no devido processo legal os critérios de controle e legitimação dessa atividade, afastando o pernicioso voluntarismo, sem inibir sua criatividade, igualmente essencial para esse trabalho de constante legitimação do sistema jurídico.

A percepção de que o problema essencial da atividade hermenêutica está, *a priori*, no exame das condições em que ocorre a compreensão, pela relação que “se manifesta na forma da transmissão da tradição mediante a linguagem”¹³, promove o deslocamento dessa indagação para o âmbito da filosofia, pois o tema está a requerer a formulação de raciocínios no âmbito tanto da fenomenologia hermenêutica quanto da chamada hermenêutica filosófica.

Cumpre assinalar que o vocábulo hermenêutica significa, originariamente, “*expressão* (de um pensamento); daí, explicação e, sobretudo, interpretação do mesmo”¹⁴. Ao tratar da hermenêutica como filosofia prática, Hans-Georg GADAMER atribui ao vocábulo um “sentido atual”¹⁵, afirmando que...

[...] a hermenêutica antiga era, em primeiro lugar, um elemento prático da atividade de compreender e de interpretar mesmo e, frequentemente, era menos um tratado teórico – que na Antigüidade se chamava precisamente “*techne*” – que um livro auxiliar prático. Os livros que levavam o título de “hermenêutica” tinham, na maioria das vezes, um caráter puramente pragmático-ocasional e ajuda-

Antonio Fabris, 1997, p. 22.

¹² WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. A crise do Direito numa sociedade em mudança. José Eduardo Faria (Org.). Brasília: EDUNB, 1988, p. 31-35.

¹³ MORA, José Ferrater. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 332.

¹⁴ MORA, José Ferrater. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 332.

¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência. Trad. Angela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 61-62.

vam na compreensão de textos difíceis, mediante a clarificação das passagens que ofereciam dificuldades de compreensão. Porém, foi precisamente nos campos, em que os textos difíceis tinham que ser entendidos e interpretados, que também se desenvolveu primeiramente a reflexão sobre a essência desse mister, com isso surgiu algo assim como uma hermenêutica no sentido atual.

Devemos à fenomenologia hermenêutica de Martin HEIDEGGER o referencial filosófico sobre esse tema, cristalizado na declaração segundo a qual “a hermenêutica não é uma direção no interior da fenomenologia, nem algo que se lhe sobreponha: é um modo de pensar ‘originariamente’ a essência da fenomenologia”¹⁶.

Está bem delineado na obra “Ser e Tempo”¹⁷ que a hermenêutica não deve se ocupar da questão de como o ser pode ser interpretado. A premissa heideggeriana enuncia que “a compreensão se apropria do que compreende. Na interpretação, a compreensão se torna ela mesma e não outra coisa”.¹⁸ É bem verdade que a fenomenologia do *Dasein* orienta a hermenêutica...

[...] no sentido originário da palavra na forma em que se designa o interpretar, é interpretação ontológica mesma no sentido de uma analítica existencialidade da existência, porque em princípio e em geral os fenômenos não se dão, eles podem permanecer encobertos por nunca terem sido descobertos, desvelados (...). Dessa forma, ele submete a estrutura da hermenêutica tradicional a uma revi-

¹⁶ MORA, José Ferrater. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 332-333.

¹⁷ HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 6.ed.Petrópolis: Vozes, 1997.

¹⁸ HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Trad. Márcia de Sá Cavalcante.Vol. I. 6.ed.Petrópolis: Vozes, 1997, p. 204.

são à medida que a compreensão passa a ser o próprio modo de ser do *Dasein*, de tal forma que um problema só pode ser colocado pela coisa mesma; o conhecimento não está no interior do sujeito, na *mens* que se relaciona com um objeto sem mundo.¹⁹

Nesse estrito sentido, a orientação filosófica de Martin HEIDEGGER pretende superar a própria fenomenologia de Edmund HUSSERL, ao relacionar a compreensão com a auto-compreensão²⁰, na medida em que suprime a dualidade sujeito-objeto.

A despeito dessas considerações, deve-se a Hans Georg GADAMER a afirmação de que a hermenêutica enfoca uma relação propriamente dita e não um determinado objeto, como, por exemplo, é o caso de um texto. Tal relação se manifesta na forma da transmissão da tradição mediante a linguagem²¹. Essa mesma linguagem é fundamental, não como um objeto em si, a ser compreendido e interpretado, mas sim como um acontecimento cujo sentido cumpre penetrar.

O pensamento de GADAMER é indispensável à determinação do significado constitutivo da pré-compreensão para o processo de compreensão historicamente balizado, sendo in-

¹⁹ SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 81.

²⁰ Como se sabe, a fenomenologia de HUSSERL está assentada na visão segundo a qual “a intencionalidade é um movimento da consciência que pode ser considerado a partir de dos pontos de vista distintos, a saber, progressivamente do sujeito ao objeto e reflexivamente do objeto ao sujeito”. [...] Assim, em *Ideen zu einer reiner Phänomenologie*, I, e também na obra *Certesianische Meditationem*, ele segue um ponto de vista fenomenológico-transcendental pelo qual, partindo imediatamente da consciência viva desvelada, mostra como esta constitui, por meio da diversidade de seu vivido hylético, a unidade de sentido noemático. Em *Die Krisis der europäischen Wissenschaften* e em *Formale und transzendente Logik*, ao contrário, ele segue um ponto de vista fenomenológico-descritivo pelo qual, partindo da descrição do objeto da experiência reduzida, remonta, etapa por etapa, do noema à noese e da noese ao ego.” Cf. MURALT, André. *A metafísica do fenômeno*. São Paulo: Ed. 34, 1998, p. 112.

²¹ MURALT, André. *A metafísica do fenômeno*. São Paulo: Ed. 34, 1998, p. 112..

questionável a profunda repercussão desse paradigma na hermenêutica jurídica, notadamente na concepção hoje usual no sentido de que “compreender é sempre aplicar e que a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação”²².

No âmbito da Hermenêutica Constitucional, que é o cerne deste trabalho, é bom salientar a necessária distinção entre as normas constitucionais e outros preceitos que compõem um sistema jurídico. É bem verdade que tanto as normas infraconstitucionais quanto os preceitos normativos constitucionais se referem a temas substancialmente idênticos, com a mesma estrutura deôntica. Isso não obstante, no que se infere aos aspectos externos, como a função que exercem no ordenamento jurídico, bem como à estrutura normativo-material de cada qual, podemos estabelecer importantes distinções entre ambas.

Encontra-se bastante difundida entre nós a idéia de que a Constituição engendra o que podemos significar como o “direito positivo” de uma comunidade política. Aqui entenda-se: o estatuto jurídico dessa coletividade, ou mesmo, “*un diritto positivo della comunità precedente il diritto posto dal legislatore*”²³.

Assim, por ter mesmo essa ambivalência, na órbita de sua expressão política e jurídica, ora funcionando como instrumento de limitações e diretrizes da atuação do Estado, ora como estatuto político fundante dessa comunidade, estabelecendo o fundamento legítimo de sua autoridade e legitimador da atuação individual dos cidadãos ou da própria coletividade²⁴, a Constituição é também norma jurídica dotada, por isso mesmo,

²² Prefácio da obra *Interpretação Constitucional* (COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997), por Gilmar Ferreira MENDES, p. 12-13.

²³ FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e Costituzione – Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*. Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 197.

²⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e Costituzione – Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*. Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 197.

de textura normativo-material distinta dos demais preceitos que integram o ordenamento jurídico no âmbito infraconstitucional.

Nessa linha de idéias, a norma constitucional é, por exceção, aberta e fragmentada. A ambivalência anotada por Maurizio FIORAVANTI²⁵ ocorre ao lado da acentuada polissemia dessas normas, que acabam por denotar significados múltiplos, sendo inegável a existência de dúvidas, na doutrina especializada, acerca da possibilidade de obtenção de respostas corretas em situações jurídicas controvertidas. Vale lembrar que ainda estamos diante de um sistema normativo constitucional composto por regras e princípios, com tendência principialista, como foi pensado, muito embora sob critérios distintos, dentre outros, tanto por Ronald DWORKIN²⁶, quanto por Robert ALEXY²⁷.

A atividade interpretativa constitucional, portanto, deve pressupor um constante processo de concretização da própria norma²⁸, à vista de sua aplicação a um caso concreto, conservando assim sua pretensão de eficácia e legitimidade.

Mostra-se evidente, por esse viés, que a atividade jurisdicional acaba por determinar um autêntico processo de densificação *da norma* constitucional, pois a função de interpretar a Constituição impõe ao seu aplicador a busca de um resultado constitucionalmente justo, afirmando-se, portanto, como um

²⁵ FIORAVANTI, Maurizio. Stato e Costituzione – Materiali per una storia delle dottrine costituzionali. Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 197-198.

²⁶ Nesse âmbito, anote-se 1) o ceticismo de Herbert HART acerca das possibilidades normativas dos princípios à vista de seu sistema fundamentado na regra social de reconhecimento, visível no âmbito de sua tese discricionária forte (HART, Herbert. O conceito de direito. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2 ed. Lisboa: 1994, p. 111-121; 155-168 e 335-339 e 2) o questionamento feito por Ronald DWORKIN acerca da possibilidade de existência de respostas corretas para situações jurídicas controversas (DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175-266).

²⁷ ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. Ratio Juris, v.13, n.13. September 2000. p. 294-304.

²⁸ QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 121-137.

“*contra-poder* exercido por uma magistratura técnica e independente, a um tempo, do governo e do parlamento”²⁹.

A interpretação passa a ser, nesse contexto, o modo de operar a concreção criativa do que se encontra essencialmente aberto e carente de densificação, e assim, a atividade interpretativa acaba por atribuir à norma sua própria eficácia dotada de exequibilidade.³⁰

Para alcançar os desideratos que lhe são próprios, vários são os métodos adotados pela hermenêutica constitucional, valendo salientar, mesmo que brevemente, alguns dos que ainda são tratados pela doutrina constitucional. Em breve síntese, vale destacar inicialmente o método jurídico, ou hermenêutico clássico, de inspiração civilista e forte influência do individualismo burguês do Século XIX, de Friedrich Carl Von SAVIGNY³¹. Essa linha de trabalho permite associar a interpretação da Constituição aos mesmos critérios adotados em relação à interpretação das leis. Diante dessa perspectiva, o sentido da norma pode ser desvendado pela adoção dos elementos interpretativos, quais sejam: filológico (literal, gramatical, textual), lógico (elemento sistemático), histórico, teleológico e genético.

O método tópico-problemático opõe-se ao método clássico, buscando remediar a insuficiência de suas regras de interpretação. Fundado em um caráter essencialmente pragmático, a *tópica* pretende estabelecer um processo aberto de argumentação, à vista do caráter fragmentário e indeterminado da Lei Maior, para mostrar-se como uma verdadeira arte de invenção dentro das várias possibilidades advindas da polissemia do texto constitucional. Inspirado em técnicas pragmáticas da aplica-

²⁹ QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 135.

³⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales, Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 126-127.

³¹ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. Sistema del Derecho Romano Actual. 2 ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, Tomo I, p. 188.

ção da lei, e ainda, parafraseando a terceira parte dos Tratados da Lógica de Aristóteles (*Organón*), Theodor VIEHWEG³² vislumbrou esse peculiar método de desenvolvimento do Direito pelos juristas.

O método hermenêutico concretizador busca obter o sentido do texto normativo pela pré-compreensão de seu intérprete, que se manifesta como um ente criador, quando da descoberta do sentido do texto constitucional, pois nessa órbita “a experiência jurídica, sobretudo se considerada do ponto de vista do juiz, tende a ser encarada como uma sucessão contínua de significados linguísticos em processo de mutação”.³³ No método científico-espiritual “busca-se uma ordem de valores subjacentes à Constituição, assim como o sentido e a realidade que esta norma como elemento do processo de integração comunitária”³⁴. Já no método normativo estruturante, coloca-se o texto positivo apenas como parte da descoberta do *iceberg normativo* de Friedrich MÜLLER³⁵ pois o intérprete deve considerar não só os elementos normados, mas aqueles resultantes da interpretação do programa normativo e da investigação do domínio normativo, que é o texto e a realidade social passível de conformação.

Finalmente destacam-se: a) o método concretista da constituição aberta, teorizado na Alemanha por Peter HÄBERLE³⁶, que, influenciado pela tópica, estende o processo interpretativo a todos os cidadãos e não mais, tão-somente, ao corpo clássico de intérpretes da hermenêutica tradicional e b) o método estru-

³² VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

³³ QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 151.

³⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 90.

³⁵ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 183.

³⁶ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

tural funcionalista³⁷ que, advindo da denominada “Policy Oriented School of Jurisprudence”, propugna que a Suprema Corte, além dos critérios e métodos usuais de trabalho jurídico constitucional, poderá atuar no sentido de promover a evolução ou a transformação da sociedade, tendo como referência a aplicação de princípios de justiça ou mesmo de enunciados de natureza política³⁸.

Existe hoje, no entanto, a clara inclinação do senso comum dos juristas no sentido de que não há como eleger-se, dentre os existentes, o método hermenêutico mais justo e adequado, devendo-se ver na interpretação constitucional um conjunto de métodos reciprocamente complementares, inseridos em um caráter unitário da atividade interpretativa³⁹.

Assim, sob essa ótica, diante dos mais variados métodos de trabalho, o intérprete deve atualizar a Constituição, apreendendo-a e conectando-a historicamente ao seu tempo.

Sobre a interpretação de uma determinada norma jurídica, em linhas gerais, há também a necessidade de refletir a respeito do problema próprio à interpretação em geral que é, sobretudo, uma atividade intelectual que tem por escopo viabilizar a aplicação de preceitos normativos dotados de abstração e de generalidade, a situações concretas de nosso mundo vivido, operando-se, desse modo, a eliminação da distância entre o preceito normado e o caso concreto⁴⁰.

Nessa ordem de idéias, apreender o objeto – compreender o significado e a extensão dos efeitos decorrentes da norma jurídica – já é aplicá-la. Para a compreensão do conteúdo da

³⁷ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 145.

³⁸ McDougal, Myres S.; Lasswell, Harold D.; and Reisman, W. Michael, "The World Constitutive Process of Authoritative Decision" (1967). Yale Law School, Faculty Scholarship Series, 1967, p. 253-300.

³⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 89.

⁴⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 36.

norma é necessário criticar-lhe o texto, sendo que por tal razão não mais se sustenta o entendimento segundo o qual só um texto legal obscuro e flagrantemente lacunoso – de difícil compreensão ou impreciso – careça de interpretação.⁴¹

Além dos contornos imprecisos dos textos legais aparentemente claros, não se pode perder de vista ainda a variação do significado das palavras segundo sua posição na frase ou o conteúdo do discurso ali contido. É preciso laborar com cautela, procurando eliminar as aparentes ou efetivas contradições do texto legal, para harmonizá-lo ao ordenamento jurídico como um todo, perfazendo assim a diretriz de sua coerência.

Para esse propósito, é notória a histórica importância da dogmática jurídica, bem como da jurisprudência, a primeira estabelecendo os critérios determinantes da interpretação e, a segunda, conciliando a disposição conformadora do texto legal com a problemática da realidade conformada⁴². Assim, por esse viés, o Juiz deve subordinar sua atividade julgadora (e, portanto, interpretativa) à exigência da correção (razão suficiente do conhecimento) dos resultados, tendo em vista não apenas a correção lógico-formal, mas também a correção material dos seus modelos de decisão⁴³.

Sob esse prisma, deve-se ter na atividade interpretativa, antes, um processo sobre o qual pendem pretensões de cientificidade, pois trata-se de uma atividade passível de controle, e não meramente uma arte de invenção como pretenderam os teóricos do pensamento problemático.

O segundo passo para o estabelecimento de uma idéia adequada sobre a interpretação dos preceitos normativos deve ser dado tendo-se em conta sua textura formal. Os dispositivos legais infraconstitucionais, por exemplo, adotam estrutura for-

⁴¹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 36.

⁴² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: 1991, p. 358.

⁴³ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 36.

mal mais fechada e exaustiva, na tentativa de estabelecimento de tipos legais ou de suportes fáticos hipotéticos⁴⁴ mais abrangentes, visando à adoção de um modelo de segurança. Tal modelo conceitual sistemático lógico-dedutivo deve propiciar, na lógica de quem o defende, uma visão satisfatória do sistema positivo, para a compreensão do fato jurídico como um fenômeno que decorre da incidência de uma norma legal, facilitando a descoberta de uma decisão para o caso particular.

A crítica ao sistema lógico conceitual, no entanto, parte do pressuposto de ser ele insatisfatório, por não propiciar um modelo decisório justo para o caso concreto. Como solução, propugna-se a análise do caso por si mesmo. Sondam-se primeiramente as soluções possíveis, sem partir de um molde sistemático previamente estabelecido, deixando aflorar a sua problemática, para somente depois examinar-se se a lei teria adotado tal solução. Não sendo isso possível, a solução ao caso deveria ser tirada, na medida do possível, do próprio caso, procedendo-se a uma ponderação das possibilidades de solução, mediante o exame dos argumentos apresentados para tanto.

O núcleo do pensamento problemático é a busca do resultado justo, sem que se deva ter por parâmetro, necessariamente, a norma jurídica⁴⁵. Para Theodor VIEHWEG, a descoberta da decisão para o caso deve respaldar-se em critérios ético-jurídicos e não necessariamente na via sistemático-dedutiva, pois a tópica é, em verdade, a “*techne* do pensamento que se orienta para o problema”⁴⁶.

Vale salientar que a idéia de *topoi* argumentativo⁴⁷ não é nova na história do conhecimento humano. Convém insistir ainda que os *topoi*, em sua versão semântica já assimilada pe-

⁴⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 3-35.

⁴⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 5.ed. Coimbra: 1991, p. 358.

⁴⁶ VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: EDUNB, 1979, p. 33.

⁴⁷ Aristóteles. Tópicos. Porto Alegre: Victor Civita, 1973. Coleção Os pensadores.

los juristas, são pontos de vista que têm validade geral, servindo para a ponderação dos prós e contras a respeito das opiniões, a fim de conduzir o ente pensante à verdade. Por esse método, os raciocínios são formados sem a ênfase em nexos dedutivos fortes e se encontram respaldados não em um único, mas em uma pluralidade de sistemas, sem requerer necessariamente a compatibilidade com um sistema total⁴⁸.

Levada às últimas conseqüências, a tópica jurídica embasa-se em toda e qualquer idéia ou ponto de vista que possa desempenhar alguma função nas abordagens de problemas jurídicos, independentemente de sua natureza.⁴⁹

Os critérios hermenêuticos brevemente expostos merecem ser ainda contrastados com as diretrizes doutrinárias de Ronald DWORIN que, embora reconheça não ser “a interpretação [...] realmente diferente da criação”⁵⁰, aduz que “o próprio texto é o produto de julgamentos interpretativos”, afirmando ainda que os critérios interpretativos usualmente utilizados não podem ser objetivamente avaliados, sujeitando-se, isso sim, apenas a “reações subjetivas diferentes dos intérpretes”⁵¹. O autor ainda verbera que “toda a questão da objetividade, que domina tanto a teoria contemporânea nestas áreas é um embuste”⁵².

Somam-se a essas as críticas no sentido de que o método

⁴⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: 1991, p. 358.

Para Theodor Wieweg (*Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: EDUNB, 1979, p. 34-35), “a ênfase no problema opera uma seleção de sistemas, sem que se demonstre a sua compatibilidade a partir de um sistema. Os sistemas (aqui no sentido de deduções) podem ser de pequena ou de ínfima extensão”.

⁴⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: 1991, p. 358-359.

⁵⁰ DWORIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 253.

⁵¹ DWORIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 253.

⁵² DWORIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 253. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes: 1999, p. 55-60.

tópico-problemático – e suas variações –, embora embasado no critério da ética, não representa respostas para a insuficiência dos critérios da hermenêutica clássica. Mesmo se partirmos da premissa de que esses critérios já não correspondem ao momento histórico, político, e social em que vivemos, não menos verdadeira pode ser a constatação de que o apelo a critérios metajurídicos pode muito bem servir como justificativas para o arbítrio na tomada de decisões.

Nesse particular, é digna de nota a visão de Paulo BONAVIDES no sentido de que a atual compreensão dos juristas acerca da hermenêutica constitucional “facilita o comportamento autoritário dos poderes governantes, que comodamente se divorciam, por essa via evasiva, da rigidez dos cânones constitucionais”⁵³. Afirma ainda BONAVIDES que...

[...] “muitos têm visto na hermenêutica dos tribunais que se valem desses métodos, uma volta pura e simples a uma interpretação subjetivista, aquela preferida dos sistemas autoritários ou das formas políticas que emergem de um espasmo revolucionário e fazem do novo direito a base constitutiva do ordenamento social reformado, com assento em uma constituição que lhe serve apenas de respaldo formal.”⁵⁴

Por outro lado, é também inquietante a percepção de que nas sociedades democráticas o critério concretista da Constituição Aberta, propugnado por HÄBERLE⁵⁵, servirá ao propósito da preservação das liberdades garantidas pela Constituição, não sendo isso possível, no entanto, segundo Paulo BONAVIDES, em um ambiente de completa “desorganização da consciência

⁵³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 442.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 442.

⁵⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

jurídica e de impotência normativa da lei”⁵⁶.

Além disso, deve ser ressaltada ainda a afirmação de Paul RICOEUR a respeito da influência do pensamento de GADAMER no sentido de privilegiar “a consciência histórica e a questão das condições de possibilidade das ciências do espírito”⁵⁷, orientando a filosofia hermenêutica “para a reabilitação do preconceito e para a apologia da tradição e da autoridade”⁵⁸.

A crítica corrente à denominada “nova interpretação constitucional”⁵⁹, epíteto atribuído ao atual estágio da experiência hermenêutica vivenciada pelas cortes constitucionais, é no sentido de que, nesse âmbito, os juristas-intérpretes acabam por inserir, nos textos das respectivas decisões, variados conteúdos axiológicos, muitos dos quais de natureza eminentemente política, em virtude de seu apelo social, o que potencialmente acarretaria o empobrecimento da consistência jurídica da Constituição normativa⁶⁰. Quanto ao mais, os critérios hermenêuticos excessivamente abertos e fundamentados em preceitos metajurídicos conferem ao juiz um poder excessivo, e, nessa órbita, são inegáveis as indagações a respeito da criação de situações de usurpação, pelo Poder Judiciário, de atribuições do próprio Poder Constituinte originário ou derivado, passível de gerar abalos à ordem jurídica⁶¹.

Com o apontado sacrifício da juridicidade das decisões assim proferidas, e ainda, diante da generalizada percepção dos juristas acerca da pretensa “decadência do positivismo jurídi-

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 472.

⁵⁷ RICOEUR, Paul. Interpretação e ideologias. 4.ed. Rio de Janeiro: 1990, p. 105.

⁵⁸ RICOEUR, Paul. Interpretação e ideologias. 4.ed. Rio de Janeiro: 1990, p. 105.

⁵⁹ Nesse sentido igualmente, examine-se BARROSO, Luis Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: 1994, p. 14-17.

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 472.

co”⁶², há de se ponderar a ocorrência de significativos prejuízos ao controle jurídico da decisão, o que pode redundar, inclusive, em perigoso servilismo do Poder Judiciário em relação às outras esferas do Poder Político⁶³.

Esse tema traz a exame também o persistente problema da politização das decisões judiciais. Diante das peculiaridades do trabalho hermenêutico jurídico, há que se cogitar, por certo, a respeito dos critérios extrajurídicos, políticos-sociais ou ético-políticos de decisão utilizáveis pelo juízes para a tomada de suas decisões, diante da grande variável de opções deontológicas oferecidas pelas normas legais, pois “o resultado de uma interpretação jurídica só pode ser a determinação da moldura que oferece o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que existam dentro desta moldura”⁶⁴. Nessa perspectiva, a solução ao problema apresentado pede a adoção de normas extralegais respaldadas em juízo de valor político impregnado de “normas de moral, normas de justiça, juízos de valor sociais que costumam designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc”⁶⁵.

Daí as conclusões, agora frequentes na literatura jurídica, no sentido de que a criatividade na escolha dos métodos interpretativos mais adequados ou no próprio curso do raciocínio jurídico, evidencia mais uma “justificação política ou moral”⁶⁶ das opções feitas pelo julgador e menos uma fundamentação

⁶² BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In BARROSO, Luis Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-48.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 472.

⁶⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A redução política do pensamento metodológico jurídico. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993, p. 17.

⁶⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A redução política do pensamento metodológico jurídico. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993, p. 17.

⁶⁶ SANCHIS, Luis Pietro. Ideologia e Interpretación Jurídica. Madrid: Tecnos, 1993, p. 109-113.

calçada em critérios técnicos respaldados em um modelo lógico subsuntivo.

Das repercussões desse tema no quadro metodológico do direito, sem olvidar da contribuição teórica de Friedrich MÜLLER⁶⁷ a respeito da possibilidade de explicação crítica e científica dos fenômenos jurídicos por meio de uma “metódica jurídica criticamente reelaborada”⁶⁸, ganha ainda relevo o tema da “politização da metódica jurídica”⁶⁹, que vê no jurista político a condição necessária para a existência de uma nova “sociedade política de contínua mutação social e politicamente constituída”⁷⁰, isso tudo a implicar em uma teoria política do direito, esta fundamentada no paradigma da “politização do direito e dos juristas”⁷¹.

Essa manifestação de matiz crítico mostra-se presente sobretudo em movimentos intelectuais como o *Critical Legal Studies Movement* norte-americano, conhecidamente respaldado na premissa de que a concepção do direito segundo um modelo de sistema normativo não passa de um instrumento de controle social e manutenção de injustiças sociais, servindo-se de um contexto ideologicamente estruturado⁷² que varia de acordo com a vocação político-ideológica do Juiz⁷³, posicionamento esse que acabaria por interferir em suas estratégias de escolha de argumentos e justificação de suas decisões, ou

⁶⁷ Na monografia *Politisches Juristische Methodik und System*, 1976, apud CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A redução política do pensamento metodológico jurídico. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993, p. 21-25.

⁶⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A redução política do pensamento metodológico jurídico. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993, p. 24.

⁶⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A redução política do pensamento metodológico jurídico. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993, p. 24.

⁷⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A redução política do pensamento metodológico jurídico. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993, p. 24.

⁷¹ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A redução política do pensamento metodológico jurídico. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993, p. 24.

⁷² BOYLE, James. *Critical Legal Studies*. Cambridge: University Press, 1992.

⁷³ KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication*. Cambridge: University Press, 1997, p. 148.

mesmo nos critérios de interpretação da norma jurídica⁷⁴, vista ora como instrumento de legitimação da ideologia⁷⁵, ora como um sistema de símbolos e rituais que objetivam estabelecer a imposição da autoridade estatal⁷⁶. Outra vertente digna de nota é a que se refere ao âmbito da “jurisdição constitucional” norte-americana. Para Ronald DWORKIN⁷⁷, por exemplo, existe uma distinção fundamental entre o Juiz historicista e o passivo, aquele profundamente sensibilizado com os argumentos políticos da equidade, integridade do processo político e estabilidade do direito; este bastante obsequioso em relação às decisões de outros poderes do Estado.

É importante notar ainda a percepção de DWORKIN no sentido de que a opção do magistrado quanto ao conteúdo ideológico-político e deontológico⁷⁸ de sua decisão está diretamente relacionada à escolha dos critérios utilizados para a eleição dos métodos hermenêuticos constitucionais. Ao que parece, a apreciação crítica de DWORKIN sobre o “Juiz Hércules” e seu “*Law as integrity*”, remete-nos ao problema da própria possibilidade de estabelecimento de critérios para a elaboração das decisões das cortes constitucionais. Embora o autor não acredite na possibilidade de obtenção de resultados estritamente objetivos no âmbito da interpretação constitucional, inclina-se pela valoração das “condições favoráveis à reflexão”⁷⁹, sendo inequívoca sua preocupação com o “sentido dos julgamentos in-

⁷⁴ KENNEDY, Duncan. A critique of adjudication. Cambridge: University Press, 1997, p. 186-188.

⁷⁵ BOYLE, James. Critical Legal Studies. Cambridge: University Press, 1992, p. 129.

⁷⁶ BOYLE, James. Critical Legal Studies. Cambridge: University Press, 1992, p. 131.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 430 - 445.

⁷⁸ BALKIN, J. M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. UMCK Law Review, vol. 55, nº 3, 1987, p. 400-407.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 258.

terpretativos”⁸⁰ e com a possibilidade de compartilhamento, pelo senso comum, das “convicções interpretativas de cada tipo”⁸¹.

Algumas questões parecem ficar sem resposta, no entanto, no âmbito da apreciação feita por DWORKIN, justamente quando indagamos a respeito do critério de validade das decisões judiciais e de onde emana o poder conferido à magistratura para proferir suas decisões.

Vale notar ainda a observação de Jürgen HABERMAS no sentido de que realismo norte-americano, na linha reflexiva do *Critical Legal Studies*, anteriormente mencionada, acabou por abalar as bases dos três dogmas que sustentam a tradicional teoria do direito moderno, quais sejam: 1) a existência de direitos subjetivos, 2) a possibilidade de solução de conflitos de interesses de acordo com um modelo lógico subsuntivo e 3) a racionalidade dos juízos feitos pelos tribunais⁸².

A orientação de DWORKIN, no entanto, nos afasta desse ceticismo ao apostar na possibilidade de diminuir a vulnerabilidade dos tribunais e também ao pretender lidar com a indeterminação de seus critérios de julgamento por meio da escolha de parâmetros deontologicamente orientados, inclusive como valores necessários à atividade interpretativa⁸³ que atribuem, como se sabe, um peso maior aos direitos indisponíveis em relação aos “bens coletivos e determinações de objetivos políticos”⁸⁴. Mostra-se necessária, para tanto, a formulação de argumentos jurídicos mediados pela crítica à teoria do direito e às

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 252.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 257.

⁸² HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia - Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 265.

⁸³ BALKIN, J. M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. *UMCK Law Review*, vol. 55, nº 3, 1987, p. 400.

⁸⁴ BALKIN, J. M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. *UMCK Law Review*, vol. 55, nº 3, 1987, p. 266.

decisões judiciais do passado. Essa visão crítica serviria ao propósito de aprimorar o delineamento dos argumentos jurídicos adotados em uma decisão judicial, a fim de depurá-los, tanto quanto possível, dos interesses, enfoques políticos, parcialidade ideológica, ou outros fatores subjetivos.

A atividade dos juízes, nesse viés, deve consistir no desenvolvimento da “melhor teoria possível”⁸⁵, com a reconstrução racional da “história institucional da ordem jurídica”⁸⁶, servindo-se de uma interpretação reconstrutiva fundamentada em critérios racionais, a se embasar em indícios históricos do próprio direito existente e nos marcos históricos do Estado democrático de direito⁸⁷.

As ponderações precedentes dirigem-nos ao problema de identificar esses critérios de racionalidade na atividade hermenêutica. A questão mereceu profunda meditação por parte de Jürgen HABERMAS, principalmente a partir do célebre debate filosófico mantido com Hans-Georg GADAMER⁸⁸.

A polêmica centra-se, primeiramente, no tratamento que GADAMER e HABERMAS dão à função crítica do pensamento. Para GADAMER a razão crítica está vinculada ao ente que dela se utiliza (*Dasein* de HEIDEGGER), ou seja, o ser que aí está, porém inserido no mundo da tradição e da linguagem. É bem verdade que após o início do debate com HABERMAS, GADAMER enfatizou a subordinação dessa mesma razão crítica a uma experiência lingüística de caráter universal⁸⁹, fundamentada na pressuposição de que o exercício lingüístico é

⁸⁵ BALKIN, J. M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. *UMCK Law Review*, vol. 55, nº 3, 1987, p. 266.

⁸⁶ BALKIN, J. M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. *UMCK Law Review*, vol. 55, nº 3, 1987, p. 266.

⁸⁷ BALKIN, J. M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. *UMCK Law Review*, vol. 55, nº 3, 1987, p. 267.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen, *Dialética e Hermenêutica – para uma crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987.

⁸⁹ ORAA, José Maria Aguirre. *Pensar com Gadamer e Habermas*. Braga: Revista Portuguesa de Filosofia, 2000, p. 497.

procedido em um *jogo* baseado em compreensão e acordo, um *δια-λογος*, fruto do reconhecimento dos pré-juízos e da tradição. Tal diálogo, nessa linha de pensar, não se dá fora do âmbito histórico. A hermenêutica, assim, mostra-se indene da aprovação ou legitimação de tudo o que se compreende, ocorrendo a crítica na própria dinâmica hermenêutica, que a torna imamente a todo o processo dialógico.

Outro aspecto importante do pensamento de GADAMER é o que diz respeito à universalidade da hermenêutica especulativa⁹⁰. A partir do “eu” e do “mundo”, pressuposições de uma ontologia heideggeriana fundamentada na historicidade, a linguagem é caracterizada como um “meio especulativo”, sendo que o próprio “reflexo subjetivo no falar”, o “sentido que vem à fala”, aponta para uma “estrutura ontológica universal”⁹¹. A compreensão, nesse sentido, volta-se para tudo aquilo que seja uma constituição fundamental, operada na reunião do “eu” e do “mundo” pela linguagem. Assim, “o ser que pode ser compreendido é linguagem”⁹², ou, em outras palavras, tudo aquilo que pode ser compreendido acerca do *ser* (finito, na historicidade), se dá na *linguagem*⁹³, que “constitui-se no modo fundamental de realização de nosso ser-no-mundo, a forma de constituição de mundo que tudo envolve”⁹⁴.

⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 612-615.

⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 613.

⁹² GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 612.

⁹³ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 612.

⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 612.

Assim, é na estrutura ontológica universal que ocorre a compreensão que se volta para tudo aquilo que seja de uma constituição fundamental, que se constitua na reunião do *eu* e do *mundo* pela linguagem.

A universalidade hermenêutica está, dessa feita, fundamentada em uma compreensão não ensinada metodologicamente. O entendimento se dá, no contexto social, pela mediação da linguagem, em uma comunidade de diálogo que compartilha as experiências de mundo dos sujeitos que participam dessa relação. O diálogo, que ocorre na história, provém da tradição, e, os pré-conceitos e pré-juízos nele contidos devem sempre ser considerados em uma compreensão autêntica⁹⁵.

Nessa perspectiva, vale insistir que a hermenêutica não se fundamenta em um método e seu trabalho pretende desviar-se das armadilhas cartesianas e do monismo lingüístico que dominou o discurso científico dos Séculos XVIII e XIX. A intenção de todo o conhecimento, em verdade, não pode conduzir a uma pretensa objetividade, sendo que a reflexão ocorre na relação original que temos com o mundo⁹⁶.

Tais enunciações demonstram que o pensamento de GADAMER procurou evitar tanto o falso metodologismo, “responsável pela estranheza do conceito de objetividade nas ciências do espírito⁹⁷”, quanto o “espiritualismo idealista de uma metafísica da infinitude, ao modo de Hegel”⁹⁸.

A crítica de HABERMAS à pretensão de universalidade

⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 614.

⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 614.

⁹⁷ BLEICHER, Josef. Hermenêutica Contemporânea. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 261.

⁹⁸ BLEICHER, Josef. Hermenêutica Contemporânea. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 261.

da hermenêutica⁹⁹ parte justamente da análise da natureza e da pertinência da hermenêutica filosófica¹⁰⁰, sobretudo pela explicação do desenvolvimento dos conhecimentos da estrutura das linguagens naturais a partir do uso reflexivo da competência comunicativa¹⁰¹.

A questão ventilada por HABERMAS a respeito da universalidade da hermenêutica refere-se ao pressuposto ontológico da compreensão prévia firmada na tradição, ou consenso prévio. Para tanto, o filósofo avalia o pressuposto gadameriano de que todo o consenso foi estabelecido com segurança por uma tradição convergente, que é objetiva em relação a nós, obtida por meio do consenso – sem violência, portanto –, sendo que qualquer mecanismo de avaliação prévia nos proibiria de contestá-lo. A partir da consideração de que o consenso prévio pode ser obtido por intermédio da pseudocomunicação, fruto da comunicação sistematicamente distorcida e da força contínua, e não propriamente da compreensão mútua, é necessária a ressalva, ao nível principiológico, acerca do “entendimento ou acordo universal e livre de dominação”¹⁰² a fim de diferenciar “o reconhecimento dogmático do verdadeiro consenso”¹⁰³.

Para HABERMAS, a compreensão hermenêutica “alargada para a crítica” não pode ficar atrelada ao sistema da convicção vigente, sendo que “o esclarecimento (*Aufklärung*), que produz uma compreensão radical, é sempre político”¹⁰⁴.

Diante dessas premissas, é lícito concluir que a herme-

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica – Para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad. de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica – Para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad. de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 26-30.

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica – Para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad. de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 27.

¹⁰² HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica – Para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad. de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 67.

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica – Para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad. de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 67.

¹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica – Para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad. de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 68.

nêutica filosófica, segundo HABERMAS, se apresenta com um *déficit* crítico, limitando-se a examinar o problema da possibilidade da compreensão, sem cuidar da questão da validade crítica do sentido. Em verdade, esse critério de validade transcende o nível da compreensão, atingindo a questão da fundamentação dos argumentos constitutivos da própria reflexão crítica, sem perder de vista a pergunta sobre seus limites¹⁰⁵.

Ora, partindo-se da premissa de que o direito contém juízos de valor no sentido axiológico-normativo, devemos indagar criticamente a respeito do fundamento normativo da interpretação feita pelo jurista.

Fica claro, diante desses pontos de partida fundamentados no pensamento de HABERMAS, que a função da hermenêutica filosófica deve ser a de viabilizar uma reflexão emancipadora do juízo decisório e legislativo procedido pelo magistrado, ao analisar o trajeto histórico do processo linguístico de construção das verdades aceitas pela tradição, libertando-nos das armadilhas da comunicação distorcida.

A realização do direito não pode prescindir, assim, da análise e compreensão do processo histórico de compreensão prévia, precavendo-nos contra a construção de uma linguagem jurídica prenhe de “pré-juízos” obtidos a partir de um contexto simbólico distorcido, quer pelas crenças incutidas pela linguagem “científica” do direito, quer pelas vias da violência institucionalizada.

Embora não possa a hermenêutica filosófica auxiliar-nos quanto ao fundamento de validade das decisões judiciais, pode, por certo, conduzir-nos à transcendência crítica aos próprios fundamentos axiológicos e normativos da intencional e válida constituição histórica do direito, “ao seu próprio e fundamentante poético sentido de validade axiológico-normativa”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A crise atual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 61.

¹⁰⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A crise atual da Filosofia do Direito no

Não se pode negar, com efeito, após a histórica decadência do modelo lógico-subsuntivo, legado pela cultura jurídica moderna europeia, a constatação de que os conteúdos jurisprudenciais inovadores e construtivos, dotados de eficácia normativa, levam em conta, não a subsunção ao direito positivado, mas a submissão a valores ético-sociais, originados precipuamente na órbita da política. Nessa seara, a escolha política dos critérios de valor deve ser mediada pela uma atividade hermenêutica crítica que permita avaliar suas balizas históricas de legitimidade.

Esse, por certo, o elemento preponderante do pensamento de HABERMAS, que se mostra essencial em sua crítica a GADAMER. É conveniente aqui lembrar que a razão comunicativa habermasiana¹⁰⁷ está respaldada em uma ética do discurso, pressuposta na cooperação intersubjetiva em busca do consenso, no contexto da guinada lingüística. Esse consenso visa ainda a viabilizar a tomada de uma ação que tem por fundamento o saber respaldado na mudança de mentalidade que esteja, ao mesmo tempo, voltado para o consenso entre os sujeitos de uma comunidade política.

A partir do delineamento da pragmática universal, mostra-se viável a elaboração do que podemos designar de “razão social”, que irá desempenhar sua função por meio de estruturas de conhecimento sobre o mundo da vida, o que será coordenado pelo próprio agir comunicativo. Esse agir, por sua vez, está voltado para o entendimento mútuo.

Dessa feita, o esclarecimento ainda representa o caminho que leva à emancipação humana, o que se dá por intermédio da reflexão, viabilizada pela própria atividade crítica. Esse fenômeno se mostra possível por meio da dialética como ativi-

contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 67.

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa, Tomo I - Racionalidad de la acción y racionalización social; Tomo II – Crítica de la razón funcionalista. Trad. Manuel Jimenez Redondo. México: Taurus, 2003.

dade estritamente racional. A busca da verdade em um processo dialógico resgata, por certo, o ideal platônico da dialética¹⁰⁸ como o objeto supremo da própria filosofia. Isso denota ainda a importância do agir socrático, no sentido de desconstituir as falsas representações dos sujeitos pensantes. Ainda assim, a maiêutica, ou parturição das idéias¹⁰⁹, permite conduzir o interlocutor ao encontro de si mesmo para, dessa forma, levá-lo a pensar como quem se cura.

Essa potencialidade emancipadora da racionalidade foi recobrada por HABERMAS ao discernir sobre as ciências histórico-hermenêuticas e as ciências críticas. Na medida em que a atividade racional objetiva a compreensão de sentido sobre os enunciados produzidos pelo labor humano, e não a mera observação, a auto-reflexão propugnada pelas ciências críticas vai além, para avaliar as manifestações do sujeito que são indiscerníveis para ele mesmo, o que permite, conseqüentemente, determinar o aspecto crítico do conhecimento¹¹⁰.

Tais ciências têm como nascedouro o próprio mundo da vida e se realizam por meio de uma ação social que afirma o ideal de liberdade por intermédio da razão, a razão comunicativa.

Isso é bastante visível na afirmação de HABERMAS no sentido de que:

[...] A necessidade de regulamentação não se esgota em situações problemáticas que exigem um uso moral da razão prática. O *medium* “direito” também é solicitado para situações problemáticas que exigem a persecução cooperativa de fins coletivos e a garantia de bens coletivos. Por isso, os

¹⁰⁸ PLATÃO, República: VI, 509 e; VI, 511 b; VII, 534 b; VII, 537 c, Fedro, 265 d.

¹⁰⁹ AZEVEDO, Maria Theresa Schiappa. Da maiêutica socrática à maiêutica platônica. Coimbra: Universidade de Coimbra (Humanitas, Vol. LV/MMIII, p. 265 – 281), p. 278 – 279.

¹¹⁰ HABERMAS, Jürgen. Knowledge and Human Interests. London: Heinemann, 1972.

discursos de fundamentação e de aplicação precisam abrir-se também para o uso pragmático e, especialmente, para o uso ético-político da razão prática. Tão logo uma fundamentação racional coletiva de vontade passa a visar programas jurídicos concretos, ela precisa ultrapassar as fronteiras dos discursos da justiça e incluir problemas do autoentendimento e da compreensão de interesses.¹¹¹

Deve-se investigar, então, se a reflexão habermasiana pode nos libertar “de qualquer ideologia ou preconceito”¹¹², ou se a consciência emancipatória que decorre da razão “é livre da tradição, da autoridade e da obediência”¹¹³, ou mesmo, em contrapartida, a presunção gadameriana de que “não pode haver comunicação nem reflexão sem assentimento anterior”¹¹⁴.

Convém meditar ainda se a conduta hermenêutica balizada em uma razão que suplantou seus condicionamentos iluministas (Emanuel KANT¹¹⁵), pode orientar-se por critérios jurídicos objetivos e, portanto, controláveis, ao tempo em que resgata seu fundamento de justiça.

No intuito de compreender o posicionamento de Hans-Georg GADAMER acerca de tradição e do preconceito, convém atentar ao seguinte trecho de sua obra, bastante elucidativo a respeito desse tema:

A reabilitação de autoridade e tradição. Este é o ponto de partida do problema hermenêutico. Por isso havíamos examinado o descrédito do conceito

¹¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 194

¹¹² STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica constitucional e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 191.

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica constitucional e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 191.

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica constitucional e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 191.

¹¹⁵ KANT, Immanuel *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? Kants Werke, Akademie-Ausgabe*. Vol. III, p. 35.

de preconceito no *Aufklärung*. O que, sob a idéia de autoconstrução absoluta da razão, se apresenta como um preconceito limitador, é parte integrante, na verdade, da própria realidade histórica. Se se quer fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos. Com isso a questão de uma hermenêutica verdadeiramente histórica, a questão epistemológica fundamental, pode ser formulada: em que pode basear-se a legitimidade de preconceitos? Em que se diferenciam os preconceitos legítimos de todos os inúmeros preconceitos cuja superação representa a inquestionável tarefa de toda a razão crítica?¹¹⁶

Digna de nota também é a correlação feita por GADAMER entre a compreensão e o preconceito, bastante visível no seguinte trecho de sua obra:

Assim, é certo que não existe compreensão que seja livre de todo preconceito, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossos preconceitos. No conjunto de nossa investigação, evidencia-se que, para garantir a verdade, não basta o gênero de certeza, que o uso dos métodos científicos proporciona. Isto vale especialmente para as ciências do espírito, mas não significa, de modo algum, uma diminuição de sua cientificidade, mas, antes, a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde antigamente.¹¹⁷

¹¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 416.

¹¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma

Eis a questão que toca em um ponto nuclear do trabalho filosófico de HABERMAS, retomando a relação existente entre a razão e o esclarecimento à luz do conceito de tradição:

Ora, nós temos motivos para supor que o consenso de fundo das tradições enraizadas e dos jogos de linguagens habituais pode ser uma consciência integrada por coação, um resultado de pseudocomunicação, não só no caso particular dos sistemas familiares perturbados, mas também em sistemas de sociedade global. A liberdade de movimento de uma compreensão hermenêutica alargada para a crítica (*zur Kritik erweiteren*) não pode por isso ficar presa ao espaço de jogo tradicional das convicções vigentes. Já que uma hermenêutica de profundidade comprometida com o princípio regulativo do discurso racional tem de buscar, e pode encontrar, mesmo nas concordâncias fundamentais e nas legitimações reconhecidas, os vestígios histórico-naturais da comunicação perturbada, uma privatização de suas pretensões de esclarecimento e uma restrição crítica da ideologia ao papel de um tratamento institucionalizado na relação médico-paciente seriam inconciliáveis com seu ponto de partida metódico. O esclarecimento (*Aufklärung*), que produz uma compreensão radical, é sempre político.¹¹⁸

É inegável ainda que a proposta habermasiana para o estudo do direito e sociedade¹¹⁹ ocupa-se da análise da legitimidade do direito. Em verdade, HABERMAS pretende lidar com

hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 709.

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica – Para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad. de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 68-69.

¹¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

um paradoxo, consistente no fato de que o direito não pode abrir mão dos preceitos normatizados, mas deve estar atento às balizas da moral vigente e comprometido com os valores éticos da equidade¹²⁰. Daí a importância do discurso de LUHMANN acerca da autonomia do sistema jurídico, mesmo que auto-regulado em relação à política e à moral¹²¹. As discussões sobre a natureza do sistema normativo, principalmente em TEUBNER¹²² e CANARIS¹²³, não ultrapassaram o círculo auto-referente do direito que “regula a sociedade regulando-se a si próprio”¹²⁴, nem a constatação - que, aliás, soaria estranha para o público leigo - de que “o sistema jurídico é aberto porque é fechado e é fechado porque é aberto”¹²⁵.

A crítica possível a respeito da legitimidade do direito, está, em boa verdade, em meio caminho entre a necessidade de abertura cognitiva do sistema normativo para que preserve sua legitimidade por meio de um diálogo com os valores morais e éticos reinantes no senso comum em vigor, e a necessidade de segurança e *neutralidade* na aplicação da lei, segundo um molde positivo, que deveria ser isento de *subjetivismos* e *voluntarismos*.

A utilização da razão comunicativa como instrumento para a tomada de decisões tecnicamente precisas e justas, por outro lado, parece esbarrar na ausência de esclarecimento daqueles a quem é incumbido o poder-dever de dirimir os conflitos de interesses intersubjetivos. Com efeito, é usual a afirma-

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 226.

¹²¹ LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito 1. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983, p. 15-30.

¹²² TEUBNER, Gunter. O direito como sistema autopoiético. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

¹²³ CANARIS, Klaus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

¹²⁴ TEUBNER, Gunter. O direito como sistema autopoiético. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. XXVII - XXVIII.

¹²⁵ TEUBNER, Gunter. O direito como sistema autopoiético. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. XXVIII.

ção no sentido de que...

[...] nas frestas das decisões dos juízes, imiscuem-se argumentos; e, através de preconceitos sociais e opiniões ingênuas, que se cristalizam em ideologias profissionais, introduzem-se interesses não confessos, ao invés de bons argumentos.¹²⁶

Mostra-se necessário, então, aquilatar os aludidos *interesses não confessos*, muitos dos quais ainda incógnitos para o próprio juiz. Por certo, os modelos decisórios possíveis a partir do acontecimento de certos fatos jurídicos estão, muitas vezes, cercados de crenças, ilusões e auto-ilusões geradas pelo sistema estatal de normatização e organização da vida social, que não pode prescindir da autoridade e das normas.

As ideologias decorrentes do ideal Estado Democrático de Direito não deixam de esconder, por outro lado, a necessidade de manutenção de estruturas do poder social e suas conseqüências político-econômicas.

Assim, apenas para concluir esse breve excurso, pode-se ponderar que, na visão de HABERMAS, a Hermenêutica Jurídica, em especial a Hermenêutica Constitucional, está presa a um paradoxo pragmático, senão vejamos:

A hermenêutica jurídica teve o mérito de contrapor ao modelo convencional, que vê a decisão jurídica como uma subsunção do caso sob uma regra correspondente, a idéia aristotélica de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação. Um estado de coisas conforme a regra só se constitui a partir do momento em que é descrito em conceitos de uma norma a ele aplicada, ao passo que o significado da norma é concretizado pelo fato de ela encontrar aplicação num estado de coisas especificado por regras. Uma norma “abrange” seleti-

¹²⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 228.

vamente uma situação complexa do mundo da vida, sob o aspecto da relevância, ao passo que o estado significativo de uma norma geral, uma vez que também o faz valer de modo seletivo. Essa descrição circular caracteriza um problema metodológico, a ser esclarecido por toda a teoria do direito.¹²⁷

É preciso então avaliar a proposição de HABERMAS no sentido de que:

[...] a lógica própria do direito, já amolecida na visão da hermenêutica jurídica, ou seja, relativizada através da inserção numa tradição, desaparece por completo, sob uma descrição “realista” do processo de aplicação do direito.¹²⁸

Desse modo, ao largo da indagação sobre a possibilidade de manutenção de critérios estritamente jurídicos do controle jurisdicional das decisões das supremas cortes, é importante ponderar a função e a relevância de sua fundamentação em critérios racionais. Nesse ponto, ainda, é relevante perguntar sobre o critério de racionalidade hermenêutica e, nesse sentido, é possível também indagar a respeito do papel da hermenêutica constitucional construtiva na definição dos *parâmetros axiológicos* a serem seguidos pelos juízes e qual a repercussão dessa prática no âmbito da divisão de poderes em um Estado democrático de Direito. Isso poderá, por certo, determinar qual será o papel da razão definir critérios legitimadores da atividade judicante no âmbito do Direito Constitucional vigente e qual o lugar da racionalidade emancipatória nesse âmbito.

Com efeito, muito embora não possamos defender a possibilidade de uma autêntica epistemologia jurídica, mas também sem podermos aderir ao ceticismo metodológico de Paul

¹²⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 249.

¹²⁸ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 249.

FEYERABEND¹²⁹, é inevitável, na presente quadra histórica, marcada por relativismos e indeterminações, a reflexão a respeito da possibilidade da delimitação de um panorama metodológico para o direito.

De qualquer forma, a reflexão atual sobre os métodos de atuação do trabalho jurídico, sem a censura dos anarquistas teóricos, encontrou porto seguro nas teses de HABERMAS, como se depreende de suas obras *Conhecimento e Interesse*¹³⁰, *Teoria e Práxis*¹³¹ e *Consciência Moral e Agir Comunicativo*¹³².

Não é preciso muito esforço, no entanto, para constatar que a idéia de direito historicamente adotada em nossa sociedade está ainda assentada em uma visão construída segundo os moldes do positivismo jurídico¹³³. Essa orientação, como já visto, propugna que os problemas acerca da interpretação e aplicação do Direito podem ser investigados diante de uma ótica formalmente rigorosa e objetiva¹³⁴, por meio da análise da linguagem jurídica da lei e suas significações. Ainda nessa linha de pensar, o ideal do positivismo ideológico está assentado na possibilidade de expungir, do contexto estritamente jurídico do texto legal, a inoportuna ingerência de argumentos subjetivos, fundamentados em preconceitos, ideologias, crenças etc¹³⁵.

Outra preocupação que tem ocupado a mente dos juristas

¹²⁹ FEYERABEND, Paul. *Contra o Método*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

¹³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Knowledge and Human Interests*. London: Heineman, 1972.

¹³¹ HABERMAS, Jürgen *Teoria y Praxis*. *Estudios de filosofia social*. Madrid: Tecnos, 1987.

¹³² HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1989.

¹³³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1999, p. 135-140..

¹³⁴ WIACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 524- 535.

¹³⁵ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 37-41.

é ainda a questão da garantia da segurança jurídica, prerrogativa política do cidadão partícipe de um Estado (democrático) de Direito. Daí decorre também o postulado da separação de poderes e a manutenção de um sistema de *checks and balances* entre estes.

Mostra-se visível também o temor presente, por exemplo, nas ponderações de Konrad HESSE, a respeito do perigo de que a hermenêutica constitucional possa importar na desconsideração do Estado de Direito, mesmo sob o argumento de reafirmá-lo, infirmando assim a própria força normativa da constituição¹³⁶.

Ao fim e ao cabo dessas considerações, insta ressaltar o cerne das ponderações filosóficas de Jürgen HABERMAS a respeito das possibilidades da filosofia dialética que, como se sabe, está respaldada em um novo conceito de racionalidade, indene dos paradigmas da filosofia da consciência, principalmente ao discernir sobre as ciências histórico-hermenêuticas e as ciências críticas¹³⁷. Ao lado da filosofia tradicional construída sobre os fundamentos do positivismo, também a dogmática jurídica tradicional desenvolveu-se sob a idéia de objetividade do direito e neutralidade de seu intérprete.

Ora, para o Positivismo Lógico¹³⁸, o método jurídico deve resultar estritamente da análise da linguagem verbal, qual seja a interpretação jurídica dos dados empíricos que se fundamentam em proposições normativas das quais se compõe o texto do legislador, que tem por objeto os enunciados lingüísti-

¹³⁶ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

¹³⁷ HABERMAS, Jürgen. Conhecimento e interesse. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

¹³⁸ Decorrente dos trabalhos dos pensadores do Círculo de Viena, denominação adotada pelos filósofos e cientistas Moritz SCHILICK, Kurt GÖDEL, Otto NEURATH, Friedrich WAISMAN, Rudolf CARNAP, dentre outros, sob influência de David HUME, Bertrand RUSSEL e Ludwig WITTGENSTEIN. Em nosso país, merece destaque a influência dessa linha de pensamento no trabalho de MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Sistema de Ciência Positiva do Direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 312 - 315.

cos objetivados nesse mesmo texto.

Nessa linha, enunciam-se postulados metódicos tais como: a) a pura racionalidade, entendida a razão como um dado analiticamente dedutivo e sistemático, que recusa a razão prático-retórica ou retórico-argumentativa; b) a neutralidade teórica, a garantir a segurança jurídica por meio da separação entre linguagem-objeto e metalinguagem, respaldada em dados teórico-analíticos; c) a objetividade, consubstanciada na idéia segundo a qual o sentido de um enunciado pode ser traduzido sempre em uma relação entre os sinais lingüísticos e os objetos do mundo, o que é válido tanto para as proposições assertóricas quanto para os enunciados normativos. Esses, a seu turno, são compostos por “um elemento descritivo ou componente com significado cognitivo e um elemento normativo ou componente com função deôntica”¹³⁹.

Diante de tais premissas, pode-se deduzir que os enunciados jurídicos são significantes, encontrando-se sustentados por um núcleo semântico, que é significativo e que, levado às últimas conseqüências, considera que a lei é o texto normado. Nessa linha, deveria o intérprete eximir-se da busca a critérios valorativos exteriores à norma, pesquisando, quando muito, a *mens legis* e a *mens legislatoris*.

Parece, no entanto, que as construções filosóficas e jurídicas fundamentadas no positivismo ideológico e no formalismo jurídico¹⁴⁰ ainda não responderam adequadamente às críticas originadas no pensamento do jovem MARX, com ampla repercussão no Instituto de Frankfurt e no *Critical Legal Studies*, centradas na proposição segundo a qual a racionalidade instrumental, também adotada pelo jusracionalismo, representa, em boa medida, uma ferramenta de institucionalização dos in-

¹³⁹ CASTANHEIRA NEVES, A. Metodologia Jurídica: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

¹⁴⁰ NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 41-42.

teresses dominantes¹⁴¹.

Com a retomada do processo de redemocratização em nosso país, no entanto, observa-se uma revisão do pensamento crítico e do estudo acerca das possibilidades positivas dos discursos eminentemente jurídicos, da dogmática jurídica e de uma possível *legalidade democrática*¹⁴².

Por outro lado, o denominado pós-positivismo, respaldado em regras e princípios, está preso a um sistema de argumentações que reaviva o Organón aristotélico, na linha do pensamento de Chaim PERELMAN e Lucie OLBRECHTS-TYTECA¹⁴³. As soluções dadas aos casos concretos passam a necessitar, a partir dessa construção teórica, de uma linha argumentativa capaz de persuadir racionalmente os interlocutores, em uma comunidade aberta de intérpretes da Constituição¹⁴⁴.

Diante dessas breves ponderações, não obstante a crescente sofisticação dos argumentos da doutrina especializada, está claro que o intérprete da Constituição aproxima-se cada vez mais do modelo hermenêutico fundado na racionalidade gadammeriana, na premissa de que a decisão deve ser obtida, na tradição, a partir dos fundamentos acolhidos pela própria comunidade jurídica inserida no âmbito da própria sociedade, além de estar fundamentada nos princípios do Estado democrático de direito, igualdade, liberdade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana etc.

¹⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In BARROSO, Luis Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-48.

¹⁴² MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Sistema de Ciência Positiva do Direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 317.

¹⁴³ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação – A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹⁴⁴ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

Reitere-se, no entanto, que para HABERMAS a argumentação é representada como um discurso racional orientado para a obtenção do consenso¹⁴⁵. A concondância é o entendimento racional alcançado pela argumentação e, a racionalidade, é tratada como argumentação em conformidade com as normas do discurso, sendo essas as pressuposições de todo falante competente. A competência comunicativa pode ser representada como a habilidade do sujeito em desenvolver uma argumentação racional.

Decorre do trabalho de HABERMAS, portanto, um contexto de racionalidade que deve ser devidamente investigado por meio de uma atividade crítica que possa nos precatar contra o curso desviante da comunicação distorcida. Isso certamente terá a função de resgatar, no âmbito próprio da hermenêutica jurídica, do ponto de vista teórico, pragmático ou mesmo epistemológico, por meio da crítica à tradição, o interesse por emancipação¹⁴⁶.

¹⁴⁵ HABERMAS, Jürgen, *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

¹⁴⁶ RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. 4. ed. Rio de Janeiro: 1990, p. 129: “Compete a uma crítica das ideologias pensar em termos de antecipação aquilo que a hermenêutica das tradições pensa em termos de tradição assumida. Em outros termos, a crítica das ideologias implica que coloquemos como idéia reguladora, adiante de nós, o que a hermenêutica das tradições concebe como existindo na origem da compreensão. Aqui entra em jogo o que chamamos de o terceiro interesse que move o conhecimento: o interesse pela emancipação. É esse interesse, como vimos, que anima as ciências sociais críticas. Portanto, também é ele que fornece um quadro de referência a todas as significações postas em jogo na psicanálise e na crítica das ideologias. A auto-reflexão é o conceito correlato do interesse pela emancipação. É por isso que não podemos fundar a auto-reflexão sobre um conceito prévio. Ao invés disso, o que ocorre é justamente a comunicação interrompida. Não podemos falar, com Gadamer, de entendimento que leve à compreensão, sem presumirmos uma convergência das tradições que não existe sem hipotasiarmos o passado, que também é lugar da falsa consciência, enfim, sem ontologizarmos a língua, que é apenas uma ‘competência comunicativa’ desde sempre distorcida.”



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, v.13, n.13. September 2000. p. 294-304.
- ARISTÓTELES. *Tópicos*. Porto Alegre: Victor Civita, 1973. Coleção Os pensadores.
- AZEVEDO, Maria Theresa Schiappa. Da maiêutica socrática à maiêutica platônica. Coimbra: Universidade de Coimbra (Humanitas, Vol. LV/MMIII, p. 265 – 281).
- BALKIN, J. M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. *UMCK Law Review*, vol. 55, nº 3, 1987, p. 400-407.
- BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 261.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1999.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta – Temas Políticos e Constitucionais da atualidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. São Paulo:

Malheiros, 1994.

BOYLE, James. *Critical Legal Studies*. Cambridge: University Press: 1992.

CANARIS, Klaus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: 1991.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: 1994.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. *A crise atual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *A redução política do pensamento metodológico jurídico*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: EDUNB, 1986.

FEYERABEND, Paul. *Contra o Método*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e Costituzione – Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*. Torino: G. Giappichelli, 1993.

GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Trad. Angela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 6.ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia - Entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 265.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- HABERMAS, Jürgen, Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. Dialética e Hermenêutica – para uma crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987.
- _____. Teoría de la acción comunicativa, Tomo I - Racionalidad de la acción y racionalización social; Tomo II – Crítica de la razón funcionalista. Trad. Manuel Jimenez Redondo. México: Taurus, 2003.
- _____. Knowledge and Human Interests. London: Heinemann, 1972.
- _____. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 194
- _____. Conhecimento e interesse. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- KANT, Immanuel Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? Kants Werke, Akademie-Ausgabe. Vol. III, p. 35.

- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 4 ed. Coimbra: Armenio Amado, 1976.
- KENNEDY, Dunkan. *A critique of adjudication*. Cambridge: University Press, 1997.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito 1*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.
- McDougal, Myres S.; Lasswell, Harold D.; and Reisman, W. Michael, *The World Constitutive Process of Authoritative Decision*. Yale Law School, Faculty Scholarship Series, 1967.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MURALT, André. *A metafísica do fenômeno*. São Paulo: Ed. 34, 1998.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ORAA, José Maria Aguirre. *Pensar com Gadamer e Habermas*. Braga: Revista Portuguesa de Filosofia, 2000.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PLATÃO, República: VI, 509 e; VI, 511 b; VII, 534 b; VII, 537 c, Fedro, 265 d.
- QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a epistemologia da construção constitucio-*

- nal. Coimbra: Coimbra, 2000.
- RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. 4.ed. Rio de Janeiro: 1990.
- SANCHIS, Luis Pietro. *Ideologia e Interpretación Jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. 2 ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, Tomo I.
- SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial*. Porto Alegre: Fabris, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica constitucional e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 191.
- TEUBNER, Gunter. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. XXVII - XXVIII.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- WARAT, Luís Alberto. *O sentido comum teórico dos juristas. A crise do Direito numa sociedade em mudança*. José Eduardo Faria (Org.). Brasília: EDUNB, 1988.
- WIACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.