

ESTUDO DA DISCIPLINA DA INTERPRETAÇÃO: RUPTURA PARADIGMÁTICA E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

STUDY OF DISCIPLINE OF INTERPRETATION: PARADIGMATIC RUPTURE AND REALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira¹

Kelly Cardoso Mendes de Moraes²

RESUMO: A interpretação positivista-dominante embasada na teoria do conhecimento – análise indutiva do objeto pelo sujeito -, outrora tratada de forma subsuntiva e posteriormente de forma solipsista, é mantida hodiernamente pelo neopositivismo o que gera arbitrariedades e descisionismos subjetivistas. Tratada como mero método para interpretar, a hermenêutica filosófica jurídica rompe paradigmas por meio do giro ontológico linguístico compreensivo. Em decorrência de uma resposta correta e decisões consubstanciadas na integridade, pretende-se uma adequação ao Estado Democrático de Direito para concretização dos direitos e garantias fundamentais expressas. Além de uma interpretação hipercomplexa, tendo a Constituição como corolário da democracia, os direitos privados, face o sobressalto contratual entre privados e prestadores de serviços públicos, também pretendem a concretização e fiscalização desses direitos fundamentais através do Estado.

Palavras-chaves: interpretação; hermenêutica; positivismo; círculo hermenêutico; ontologia linguística; direito fundamentais; concretização; direito privado

ABSTRACT: The positivist-dominant interpretation supported for theory of knowledge – inductive analysis of the object by the subject -, once trated as subsumption and subsequently of solipsist form, is maintained nowadays by the neopositivism, wich is creates arbitrary and decision/assets. Treated as a mere method for interpret, the philosophical legal hermeneutics breaks paradigms through at the ontological linguistic comprehensive turn. As a result of one correct reply and consubstantiated decisions on the integrity, it is intended an adequation to Democratic State of Law for concretizing rights and fundamental warranties assured expressly. Apart at one hypercomplex interpretation, having the Constitution as corollary of democracy, the private rights, due to contractual upsurge between private and public service providers, also intend the achievement and inspection these fundamental rights through the State.

Key words: interpretation; hermeneutics; positivism; hermeneutic circle; linguistic ontological; fundamental rights; achievement; private law

¹ Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAR - Universidade Paranaense. Advogada. saraadv@sercomtel.com.br

² Discente do Curso de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR. Especialista em Direito Constitucional pela UNIPAR *campus* de Francisco Beltrão - PR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UNIPAR *campus* de Francisco Beltrão - PR. Bacharelada em Direito pela Faculdade Materdei de Pato Branco - PR. Tabela-substituta. kellycatm@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O objetivo da investigação reside em tratar a ruptura paradigmática da interpretação jurídica dominante – positivista -, consubstanciada pelas teorias do conhecimento que tentam manter com o neopositivismo a epistemologia dicotômica sujeito-objeto, ou seja, ciência jurídica que busca verdades absolutas da norma; isto é, o que a norma e o legislador “querem dizer”. Além disso, tal concepção permite ao intérprete partir de duas formas interpretativas: por meio da subsunção à lei, ou discricionariedade hermenêutica jurídica como forma de interpretação. Porém, são “métodos” dominantes, trazidos historicamente da época codicista, inadequados ao atual Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, contra o método e por uma hermenêutica filosófica, os conhecimentos de Hans-George Gadamer fazem-se importantes quanto à aplicação do círculo hermenêutico (compreender para interpretar) e a análise intersubjetiva (sujeito-sujeito), esta, iniciada por Martin Heidegger.

Busca-se um novo paradigma na interpretação jurídica, tendo a Constituição como cerne e precursora, porém sem restringir-se a um sistema fechado como dispunha o positivismo objetivista-normativista. Por outro lado, sem beirar ao solipsismo-kelsiano, que permite o julgador decidir “de acordo com sua consciência”, ocasionando decisões diversas e, conseqüentemente, conforme o jargão, uma “loteria” de decisões. Pretende-se, portanto, desconsiderar os extremos entre o positivismo-exegético e o solipsismo-alternativista-radical, ressaltando a hermenêutica ontológica compreensiva, como descreve Streck.

A hermenêutica ontológica compreensiva, defendida por Streck e advinda das conjecturas de Heidegger, Gadamer e Dworkin, consubstancia-se na desconstituição da teoria da consciência obtida por métodos e por meio da dogmática jurídica positivista, propõem-se ao julgador partir de uma análise do *Desein* (ser-aí) - conseqüentemente intersubjetiva -, não conceituando objetos abstratamente, mas compreendendo o ser-aí para então interpretar. Como restará despretensiosamente comprovado, interpretar é, pois, aplicar a norma ao caso concreto obtendo-se a resposta correta e adequada ao Estado Democrático de Direito.

Mais do que intentar uma interpretação adequada, perceber-se-á a necessidade de uma interpretação ontológica compreensiva para obter-se, da melhor forma, a eficácia dos direitos e garantias fundamentais expressos ou implícitos (princípios) na Constituição Federal.

No intuito de consumir os direitos e garantias fundamentais, contemporaneamente, também se faz essencial ao direito privado, corolário do Estado Democrático de Direito e

distanciamento definitivo do Estado Liberal, base das relações privadas, principalmente contratuais. Deve-se isso ao contrato presente em todas as relações privadas, ou, público-privadas, em especial quando se trata de serviços prestados por particulares que, em suas características, deveriam ser fornecidos ou fiscalizados pelo Estado, daí o cerne da eficácia dos direitos fundamentais no direito privado.

2 HERMENÊUTICA JUSFILOSÓFICA

2.1 BREVES CARACTERÍSTICAS HISTÓRICAS

A interpretação jurídica-filosófica ou hermenêutica contemporânea nos seus vários vieses têm sua base introduzida pelo pós-positivismo hodierno ou comumente chamado de neoconstitucionalismo.

Historicamente, a interpretação legislativa inicia-se com a Escola da Exegese na França, pós-revolução, por meio da codificação napoleônica em 1804. Nesse sentido, o Código:

previa todas as situações da vida, sendo quase impossível a existência de casos nele não previstos. A lei estava ligada à vontade do legislador, expressando-lhe a vontade. A interpretação, então, deveria limitar-se à pesquisa da vontade do legislador, sua intenção, sendo permitido, porém, o uso da analogia no caso de a lei ser omissa (PEIXINHO, 2003, p. 22).

A escola da exegese francesa limitava-se a uma interpretação passiva e mecânica do Código: a mentalidade dos juristas dominada pelo princípio da autoridade³; há uma justificativa jurídico-filosófica na separação dos poderes (legislativo, executivo e judiciário); e a certeza jurídica, com a estabilidade das leis⁴, desprezava a filosofia e a história, reduzindo a técnica a comentários artigo por artigo do próprio Código⁵ (BOBBIO, 1995, p.78-83).

Na Inglaterra, pelo contrário, não houve codificação, mas foi elaborada a mais ampla teoria da codificação, a de Jeremy Bentham, denominado exatamente de o “Newton da legislação” (BOBBIO, 1995, p. 91). Baseava-se no sistema do *Common Law*, mantido até

³ “[...] a vontade do legislador que pôs a norma jurídica” (BOBBIO, 1995, p. 79).

⁴ Segundo Bobbio (1995, p. 80): “a exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido”.

⁵ Interessante salientar que tal técnica de comentar artigos por artigos do Código, ou seja, um sistema de ensino jurídico de “reprodução”, criticado por autores como Streck, ainda persiste hodiernamente no Brasil.

hoje por meio da criação de normas consuetudinárias – interpretações jurídicas independentes – e uso de precedentes.

Na Alemanha, entre o fim do século XVIII e o começo do século XIX, surgiu o historicismo e teve, de fato, sua origem com a escola histórica do direito, sendo o seu maior expoente Savigny. Note-se bem que “escola histórica” e “positivismo jurídico” não são a mesma coisa; contudo, a primeira preparou o segundo através de sua crítica radical do direito natural (BOBBIO, 1995, p. 45). De acordo com Peixinho, a interpretação histórica:

assim como o exegetismo, não permitia a interpretação criadora, isto é, prescindindo do texto legal. Antes dever-se-ia perquirir a vontade do legislador quando da elaboração da lei, intenção esta que visava não só à aplicabilidade da lei à época de sua elaboração, como também à intenção dela para ser aplicada em épocas posteriores, o que fundamentava o trabalho de interpretação histórica (PEIXINHO, 2003, p. 24).

Anterior a 1814, Savigny afirmava que “interpretar era mostrar aquilo que a lei diz”; posterior a 1814, destacava que “interpretar é compreender o pensamento do legislador manifesto no texto da lei”. Com isso têm-se as chamadas teorias subjetivista - o reconhecimento da vontade do legislador –, e objetivista, isto é, a vontade da lei como sede do sentido da norma. (PEIXINHO, 2003. p. 25-26).

Em seguida à escola histórica, o direito científico alemão dá origem à doutrina pandectista, elaborada principalmente por Jhering, criando-se métodos de interpretação jurídica, pois os juristas alemães, como os franceses e ingleses, eram premidos pela quantidade de material jurídico confuso e disperso, mas sustentavam que a obrigação de trazer ordem ao caos cabia a eles mesmo e não a um legislador mais ou menos sagaz (BOBBIO, 1995, p. 123).

Mesmo alheia à codificação francesa, a Alemanha acaba por instituí-la em 1900, porém, ainda assim, a “verdade absoluta” incutida na interpretação positivista dos códigos não supre as expectativas jurídicas. Porém, “de algum modo se perceberá que aquilo que está escrito nos Códigos não cobre a realidade” (STRECK, 2011(a), p. 32).

2.2 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA POSITIVISTA

O Estado impositivo e positivo pós-revolução francesa, formado pela classe burguesa com intuito de disseminar “verdades” incontestáveis por meio da codificação, pautava-se na

legislação desprovida de lacunas, imperfeições ou imprevisões, como forma de manutenção do poder. Entende Foucault como “verdade”:

A ‘verdade’ está circularmente ligada a sistemas de poder, que a produzem e apóiam, e a efeitos de poder que ela induz e que a reproduzem. ‘Regime’ da verdade. Esse regime não é simplesmente ideológico ou superestrutural; foi uma condição de formação e desenvolvimento do capitalismo. É ele que, com algumas modificações, funciona na maior parte dos países socialistas. [...] O problema não é mudar a ‘consciência’ das pessoas, ou o que elas têm na cabeça, mas o regime político, econômico, institucional de produção da verdade (FOUCAULT, 2007, p. 14).

Assim, a figura do positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência voltada não para *produzir*, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas (BOBBIO, 1995, p. 212), mantendo as “verdades e certezas” impostas pelo Estado e o controle da sociedade. Trata-se, portanto, de um *paradigma dominante*⁶, razão pela qual se faz a referida abordagem.

A síntese científica, ou seja, os resultados advindos com a interpretação congnoscente do objeto (lei) caracteriza uma das falhas do positivismo, pois são utilizados como ponto de partida para a aplicação, ou seja, trata-se de explicações abstratas e nulas de critérios de valor aliadas ao ser – realidade fática e social -, o que presume o surgimento de resultados duvidosos e variados. “Todos os resultados que a Ciência nos oferece serão *sempre válidos*? Quantas e quantas vezes a Ciência não nos apresenta conclusões provisórias, precárias e, até mesmo, precipitadas!” (REALE, 1999, p.25).

Nesse sentido, Streck aponta duas fases no positivismo: “a primeira legalista e a segunda normativista” e apresenta alguns problemas de interpretação do direito. Considera como característica da primeira fase, “a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintática. Nesse caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a ‘obra sagrada’ (Código)” resolveria o problema da interpretação do direito. “Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito” (STRECK, 2011(a), p. 32) apresentam-se como elementos concebidos numa teoria hipotética fundamental - conceitos modulados -, isto é, um comportamento coercitivo da lei.

O método criado pelo positivismo jurídico, segundo Bobbio (1995, p. 214), “sustenta uma concepção *estática* da interpretação; põe um limite intransponível à atividade interpretativa”, conhecida como subsunção.

⁶ “O positivismo (exegético) ainda é regra [...]” (STRECK, 2011(a), p. 96).

No que tange ao *positivismo normativista*, altera-se significativamente a forma de interpretação relacionada ao positivismo e o fato. “Em princípio, as primeiras décadas do século XX viram crescer, de modo avassalador, o poder regulatório do Estado – que se intensificará nas décadas de 1930 e 1940” (STRECK, 2011(a), p. 32) – desconstituindo-se a interpretação codicista embasada nos moldes sintático-semânticos⁷, considerados inoperantes à época. Surge, então, outro problema para a interpretação, os sentidos impressos às normas, desencadeando o discricionismos.

Kelsen, na tentativa de manter o método analítico, “tradição positivista que foi construída pela Jurisprudência dos Conceitos” (STRECK, 2011(a), p. 33), contraria as teorias Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre, considerando que a ciência do direito, como justificativa de decisões, significava utilizar-se de subjetivismos, ou seja, valorar a norma o que acreditava ser trabalho da ética e da política.

Nesse sentido, segundo Streck, um dos maiores problemas apresentados pela teoria kelseniana, afora a interpretação sistemática e diferenciação de ciência jurídica ou política, refere-se à possibilidade criada de uma interpretação arbitrária que continua atualmente nas interpretações jurisdicionais. Assim, hipotetizando-se a existência de lacunas, ao jurisconsulto é permitido decidir de maneira discricionária. “É nesse sentido que se pode afirmar que, no que tange à interpretação do direito, Kelsen amplia os problemas semânticos da interpretação, acabando por ser picado fatalmente pelo “agulhão semântico” de que fala Ronald Dworkin” (STRECK, 2011(a), p. 33).

No que tange ao solipsismo, Kelsen alegava que não poderia existir lacunas, porém, enfatizava a possibilidade rara de inexistência de regra positivada (teoria hipotética fundamental). Assim, de uma interpretação metodo-lógica-dedutiva permeada pela subsunção objetivista, passa-se à interpretação solipsista. Este é o ponto crucial de interrogações e discussões trazidas à seara jurídica. Atualmente, a manutenção de uma teoria positivista subjetivista, comumente chamada de “ativismo judicial”.

É mister salientar a importância da crítica embasada principalmente nas obras de Streck, que trazem os ensinamentos de Heidegger e Gadamer para uma hermenêutica jusfilosófica e uma virada ontológica linguística, que se perfazem em face de um ambiente vivenciado pelo Estado Democrático de Direito, tendo a Constituição da República Federativa Brasileira como norteador interpretativo, ainda recentemente “descoberta” - em parte - pelos juristas brasileiros de sua capacidade concretizadora de direitos fundamentais.

⁷ “A sintaxe estabelece a correção dos enunciados; a semântica determina as condições de verdade desses enunciados [...]” (STRECK, 2011(b), p. 201).

Diferentemente de doutrinas estrangeiras surgidas em momentos históricos, na Europa Ocidental, desde o Estado Liberal, permeado pelo Estado Social, e culminando no Estado Democrático de Direito, no Brasil, segundo alguns doutrinadores, como Streck, além de não ter existido realmente um Estado Social, vive-se sob argumentos de teorias estrangeiras não passíveis de serem aplicadas totalmente ao sistema jurídico – o qual possui uma constituição expressa com direitos e garantias fundamentais -, imbricadas em controvérsias interpretativas.

A celeuma interpretativa hodierna depara-se com a tentativa de adequar métodos interpretativos dissociados da subsunção positivista para permear um decisionismo discricionário, correndo sérios riscos de desestabilização do Estado Democrático. Nesse âmbito, demonstrar-se-á uma abordagem contemporânea sobre uma possível hermenêutica adequada aos parâmetros brasileiros, desconsiderando a subsunção e, principalmente, os argumentos solipsistas para não incorrer em errônea mutação constitucional desencadeando um retrocesso social. Segundo Streck:

O novo paradigma do direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) *se torna possível a partir das regras (preceitos) e princípios* – produzidos democraticamente – *introduzidos no discurso constitucional e que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade)* até então negado pelo positivismo (veja-se, nesse sentido, por todos, o sistema de regras defendido por jusfilósofos como Kelsen e Hart) (STRECK, 2011(a), p. 62).

Portanto, teorias como a de Kelsen e a de Hart desestabilizam a substância do Estado Democrático de Direito advindo com a vigência da Constituição Federal Brasileira em 1988, o que justifica a adoção de um novo paradigma hermenêutico compatível com o “ser” e o “ente” propiciando a eficácia dos direitos fundamentais.

3 A TEORIA DO CONHECIMENTO PARA UMA INTERPRETAÇÃO-HERMÊUTICA JURÍDICA

Ao falar de interpretação hermenêutica jurídica, necessário se faz a correlação com a teoria do conhecimento, no sentido de conhecer algo (o fato, o direito, a hermenêutica) visando obter respostas adequadas em busca de verdades. Segundo Leão, em apresentação ao livro *Ser e Tempo*, de Martin Heidegger:

Para se conhecer é imperativo pensar; mas o que significa pensar? Quando dizemos ou ocultamos o verbo pensar e seus derivados, pensador, pensamento, pensativo, pensável ou pensado, evocamos logo toda uma cadeia de significantes: o sujeito que pensa, o objeto pensado, o ato de

pensar, o processo de pensamento, conteúdo em que o sujeito pensa o objeto, a forma de que se reveste o objeto e se veste o processo de pensar, o contexto ideológico que tudo sobredetermina. (2005, p. 11).

Nesse processo de pensamento, como ou de que forma obter-se-á um conhecimento verdadeiro? Assim, em diferentes momentos da história, criaram-se teorias do conhecimento para comprovar verdades e certezas - conhecimentos adquiridos por um sujeito -, a razão das coisas serem como são, conhecidas como são, nominadas e conceituadas como são. Essa acepção advém da ciência, ou hermenêutica. Gadamer consubstancia a seguinte conceituação:

Entende-se por hermenêutica, a teoria ou a arte da interpretação. A expressão usual alemã no século XVIII: *'Kunstlehre'* (= 'teoria da arte') é, na realidade, uma tradução da palavra grega *'techne'* e situa a Hermenêutica junto com aquelas 'artes' tais como a Gramática, a Retórica, e a Dialética. Não obstante, a expressão 'teoria da arte' se refere, na verdade, a uma tradição educativa diferente da do último período da Antiguidade, isto é, a uma tradição que vem de mais longe e que, hoje, praticamente carece de vida como a filosofia aristotélica. Existia nela uma chamada filosofia prática (sive política) que sobrevivera até fins do século XVIII. Ela constituía o marco sistemático de todas as 'artes', na medida em que elas estavam a serviço da 'polis' (GADAMER, 1983, p. 57).

Assim, Gadamer afere a importância da filosofia na hermenêutica e sua compatibilidade com a ciência, seja ela jurídica ou não, ampliando sua concepção. Define a filosofia diferenciando-a de outras ciências:

Insistimos, em todo caso, que também é ciência; mais ainda, a rainha das ciências. Filosofia não significa outra coisa que 'ciência'. Porém não se entendia por ciência, naquela época, unicamente a investigação que está baseada no conceito moderno do método, isto é, que maneja a matemática e a mediação, *mas também se incluíam sob este termo todos os conhecimentos objetivos e conhecimentos da verdade*, na medida em que não fossem adquiridos através do processo anônimo do trabalho empírico-científico. Assim, na expressão aristotélica 'filosofia prática', a palavra filosofia se refere à 'ciência' naquele sentido geral de saber que trabalha com provas e que possibilita a teoria, e no sentido da ciência que, para os gregos, era o modelo de conhecimento teórico: a matemática. (GADAMER, 1983, p.57-58).

Percebe-se que a Filosofia, como "ciência maior", era o método para obter conhecimento. Na visão de Reale, a ciência é apenas uma parte de um todo, de um conhecimento universal, ou seja, "condição de observação e análise, nunca deixando de ser observação de *fatos e de relações entre fatos*" (REALE, 1999, p. 15). E a filosofia serviria apenas como ordenadora desses conceitos. Nesse sentido, Nader, ao se referir à lógica formal, define método:

[...] provém do grego *methodos* (caminho para alcançar um fim), é *procedimento adotado pelo homem na busca do conhecimento*. Ele possui a virtude de conduzir à visão da realidade, não, porém à decisão do espírito na decantação final da verdade. A atividade do filósofo não pressupõe apenas o *caminho*, mas também a projeção da experiência na escolha de cada direção e na formação de cada juízo. A Filosofia requer métodos, todavia não se resume neles. A reflexão

filosófica é a concatenação da cultura total, o que faz supor além do método, *substância ativa do saber* (NADER, 2001, p. 14).

Para o direito interessa saber principalmente que a teoria do conhecimento propugnada pelos filósofos tratava-se de um meio de provar e instituir a verdade, não como algo supranatural, mas como vinculação da criação de um poder político detentor da verdade. Nesse sentido, perfazem-se as teorias do racionalismo, empirismo, criticismo, o idealismo, realismo e fenomenalismo.

3.1 O EMPIRISMO

O Empirismo, de origem inglesa, surgiu no contexto da revolução francesa, decorrente de alguns pensadores como Francis Bacon, Thomas Hobbes, John Locke e David Hume, que detinham a seguinte concepção: quem é que dá o conhecimento verdadeiro? É a experiência. De onde vem o pensamento? A experiência que determina a verdade que tem na razão, por meio das sensações; o pensamento processa essas sensações criando o conhecimento. Máxima do empirismo: a *experiência*. O que não se consegue provar não é verdadeiro. Segundo Reale:

Os empiristas sustentam que o direito é um fato que se liga a outros fatos através de nexos de causalidade. Do fato, seja ele econômico, geográfico, demográfico ou racial, passar-se-ia à regra jurídica, através de um laço necessário de causalidade. Esta é a tese do empirismo jurídico: — até mesmo os princípios mais gerais do direito seriam afinal redutíveis a fontes empíricas (REALE, 1999, p. 92).

No empirismo, há uma valorização da natureza, sobretudo com Hobbes e Locke. Pautando-se, portanto, o princípio da teoria política do liberalismo inglês de que o conhecimento advinha da natureza. Nesse período, a ascensão do capitalismo não estava completa, o que justificava aquele liberalismo-jusnaturalista - todos são iguais pela natureza, portadores de direitos ao nascer, portanto, livres – contrariando a idéia disseminada pelo período medieval. Pois, no empirismo, havia uma valorização do trabalho, este dignificava o homem e a riqueza era fruto dele.

3.2 O RACIONALISMO

O racionalismo estabelecia que todo o homem é detentor de razão, num momento em que só existia razão no divino. René Descartes desconstituiu essa idéia em seu livro *Discurso do Método*, numa abordagem crítica ao período medieval, - época em que negar o discurso existente, segundo o qual havia uma subordinação a argumentações metafísicas - alegando que todos possuiriam poder se usassem bem a razão. Criou, assim, um método para bem usar a razão, e conseqüentemente provar a existência de verdades. Nesse âmbito, de acordo com Reale:

As verdades de fato são contingentes e particulares, implicando sempre a possibilidade de correção, sendo válidas dentro de limites determinados. Em se tratando de *verdades de fato*, os resultados são sempre provisórios, sujeitos a retificações e verificações sucessivas. As verdades da razão, ao contrário, inerentes ao próprio pensamento humano, são dotadas de universalidade e certeza. Não se pode pensar, admitindo, por exemplo, identidade dos contrários ou admitindo que A seja não-A ao mesmo tempo. As verdades de razão, portanto, não se originam do fato, mas constituem condições do pensamento, para se conhecer até aquilo que está nos fatos, ou que pelos fatos se revela (REALE, 1999, p. 94).

A filosofia moderna recria e retoma a capacidade racional do cidadão. Questiona-se: como se chega a um conhecimento verdadeiro? Nega-se todas as outras verdades, ou seja, não se deve aceitar nada como verdade até que se tenha plena consciência de que aquilo é verdade ou não. A teoria do conhecimento pressupõe a existência de um direito munido de razão e objeto exterior. Portanto, o racionalismo é a teoria do conhecimento que afirma o conhecimento pela capacidade racional do objeto – todos têm razão. Surge então o critério da dúvida, segundo o qual é necessário perguntar-se: o conhecimento existente é o verdadeiro? A razão produzirá um conhecimento que seja inquestionável? Descartes provou que sim através do método da dúvida. Assim, “penso, logo existo” - a razão pode dar uma certeza da verdade; por meio da razão pode-se obter uma verdade absoluta. Portanto, a consciência da existência institui a razão de que algo existe. Há uma razão e ela é a razão que dá a última verdade.

3.3 O CRITICISMO

O criticismo definia-se pela crença na razão e no conhecimento, e que estes interligavam-se por meio de um estudo metódico, ou seja, a forma como conhecer a realidade, ou, segundo Reale: “[...] uma disposição metódica do espírito no sentido de situar, *preliminarmente*, o problema do conhecimento em função da correlação "sujeito-objeto", indagando de todas as suas condições e pressupostos (REALE, 1999, p. 100).

O criticista e fenomenalista Immanuel Kant, através da sua lógica transcendental, difundiu a idéia de que se conhece algo no ato de pensar e que um objeto só existe em face do sujeito que o observa, não havendo o sujeito não há objeto – intuição sensível -, e este obtém características com base na subjetividade do sujeito (elementos da lógica do sujeito antes do empirismo que já existe no sujeito – lógica transcendental), ou seja, não existe objeto que não esteja comprometido pelo sujeito, como ele aparece para o sujeito. Kant chama de *fenomenon* (o que é capaz de ser conhecido) e *noumenon* (o que não pode ser conhecido). Portanto “tudo aquilo que se amolda ao nosso espírito torna-se objeto de experiência, e, por conseguinte, fenômeno; ou seja, o que aparece e pode ser apreendido por nossa sensibilidade, cujas intuições o intelecto ordena segundo suas ‘categorias’” (REALE, 1999, p. 122).

O empirismo é certo na experiência, mas não produz entendimento em si, por isso é necessária a utilização da razão. Há a necessidade da participação ativa do sujeito e do objeto. Entretanto, constrói-se a idéia de que a razão permanece crítica com ela mesma, para manter-se na capacidade de ser razão. Nesse sentido, Kant utiliza-se de categorias⁸ lógicas para interpretar o objeto, o sujeito é apenas um fenômeno que apreende a realidade, e o objeto que é apreendido pelo conhecimento.

Também no criticismo, o idealismo de Hegel (1789) sistematizou toda a filosofia moderna, construção de uma filosofia que homogeneizou o real e a razão, diferenciando-se do pensamento Kantiano, formalista e estático sobre o conhecimento. Hegel introduziu a observância da realidade como necessária para o desenvolvimento humano de forma dinâmica.

3.4 O REALISMO

“O realismo é a atitude natural do espírito humano” (REALE, 1999, p. 116). O sujeito aceita as coisas como elas são e como são conceituadas sem questionar-se. Nesse sentido explica Reale:

[...] nós temos o *realismo ingênuo*, que é pré-filosófico, ou seja, anterior a qualquer pergunta, a qualquer ‘problema’, há, portanto, uma aceitação espontânea do que se oferece ao homem como suscetível de suas sensações e de sua representação (pré-filosófico). De outra lado, há o *realismo crítico* que indaga os seus fundamentos e procura demonstrar que suas teses são verdadeiras, acentuando a verificação de seus pressupostos pela funcionalidade sujeito-objeto, distinguindo as

⁸ Categoria é a representação intelectual do objeto, enquanto integrado na dialética do conhecimento que une o sujeito com seu objeto gnóstico. Não é uma forma subjetiva ou objetiva de conhecimento, mas trata-se de um pensamento crítico, pois instrumentaliza o pensar dialético.

camadas cognoscíveis do real assim como a participação, não apenas ativa, mas *criadora* do espírito no processo gnoseológico (filosófico) (REALE, 1999, p. 116-117).

De acordo com Reale, há diferença entre o realismo e o idealismo, e expressa isso da seguinte forma:

Enquanto no realismo o conhecimento é uma captação da *res*, ou uma apreensão do real, no idealismo há a tendência de subordinar tudo a esquemas ou ‘formas’ espirituais. No idealismo, em suma, declara-se que o homem, quando conhece, não copia uma realidade exterior a ele, *já dada*, mas cria um objeto com os elementos de sua subjetividade, sem que ‘algo’ *gnoseologicamente* (note-se esta limitação ao plano do conhecimento) preexistisse ao ‘objeto’. Subordina o conhecimento à representação, por entender que a verdade das coisas está menos nelas do que em nós, em nossa *consciência* ou em nossa *mente*, no fato de serem ‘percebidas’ ou ‘pensadas’ (REALE, 1999, p. 119-120).

Nas teorias apresentadas, observa-se que há um ponto comum: a relação de um sujeito que conhece e quer conhecer (sujeito cognoscente) e de um objeto cognoscível. Assim, por meio da teoria do conhecimento é que se terá o “método” para a interpretação que, segundo Nader, “se for empirista, isto é, se admitir que o saber provém da experiência, da observação, dará prioridade ao método indutivo; se, ao contrário, for adepto do racionalismo, selecionará aqueles que valorizem o poder da razão” (2001, p. 16). Esta análise será de grande importância para o desenvolvimento de uma moderna interpretação hermenêutica jusfilosófica ontológica compreensiva, no direito contemporâneo, visto que a interpretação indutiva – defendida por Kelsen – é intentada pelo neopositivismo.

Essa visão metodológica, inclusive, é explicada por Ferraz Jr., nos seguintes termos:

A questão do método entende-se, por conseguinte, em atenção ao que chamamos modelo analítico, como o modo pelo qual a CIÊNCIA DO DIREITO tenta captar o fenômeno jurídico como um fenômeno normativo, realizando uma sistematização das regras para a obtenção de decisões. Como já sugerimos anteriormente, a teoria jurídica procura, nestes termos, construir uma *analítica*. Entendemos por *analítica* um procedimento que constitui uma análise. Análise, de um lado, é um *processo de decomposição* em que se parte de um todo, separando-o e especificando-o nas suas partes. O método analítico é, neste sentido, um exame discursivo que procede por distinções, classificações e sistematizações. O método analítico serve-se de procedimentos lógicos, como a dedução e a indução, no caso do direito, sobretudo a analogia (1980, p. 53).

Dessa forma, para uma interpretação embasada no sistema analítico e aplicada ao mundo jurídico, segundo Ferraz Jr. (1980, p. 91-92), “a norma geral funciona como premissa maior, o caso conflitivo como premissa menor e a conclusão seria a decisão”. Condição problemática, pois a premissa menor representa a análise da regra pré-estabelecida ao caso concreto, e a premissa maior, a subsunção do caso concreto à regra. Essa problemática perante um Estado Democrático de Direito, que possibilita uma interpretação – aplicação normativa –

aberta por meio de regras e princípios ou regras e cláusulas gerais, torna-se insustentável e passível de novos paradigmas.

4 HERMENÊUTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

4.1 DESCONSTRUINDO O PARADIGMA EPISTEMOLÓGICO

O intuito das teorias do conhecimento é de interpretar o objeto – texto - para, então, conhecê-lo; o método correto para isso, questionando ou não sobre sua conceituação, validado-a e permitindo a concepção de verdades. Gadamer define a interpretação de um texto da seguinte forma:

Em sentido amplo, falamos de interpretação quando o significado de um texto não é compreendido de imediato. Uma interpretação torna-se então necessária. Em outros termos, torna-se necessária uma reflexão explícita sobre as condições que levam o texto a ter esse ou aquele significado. A primeira pressuposição do conceito de interpretação é o caráter ‘estranho’ daquilo a ser compreendido. Com efeito, o que é imediatamente evidente, o que nos convence com sua simples presença não requer nenhuma interpretação. Se considerarmos por um instante a arte da interpretação de textos tal como os antigos a aplicavam na filologia e na teologia, observaremos de imediato que se tratava sempre de uma arte ocasional. Lançava-se mão dela somente quando o texto transmitido apresentava algum aspecto obscuro. Hoje ao contrário, o conceito de interpretação tornou-se um *conceito universal* que pretende englobar a tradição como um todo (GADAMER, 2003, p.19).

Com isso, percebe-se que o problema fulcral da hermenêutica embasada nas teorias do conhecimento, anteriormente expostas, principalmente no que se refere à teoria de Kant examinada por Kelsen – interpretação indutiva -, é tratar a *hermenêutica filosófica como mera metodologia* interpretativa, ou seja, não é/era utilizada para criticar o direito impositivo (paradigma epistemológico dominante), mas para *reproduzir uma idéia de senso comum* por meio de verdades absolutas; tendo um sujeito que “interpreta” uma regra de forma subsuntiva, ou, em não havendo conduta prevista - lacunas na lei – beira ao total discricionismo solipsista. Nesse sentido, Gadamer fundamenta, a filosofia como algo mais do que apenas um método interpretativo, que:

Como sabemos, isto significaria então que a filosofia não seria mais do que uma espécie *organon* deste último tipo de ciência. Mas se, ao contrário, percebermos a ciências humanas como um modo autônomo de saber, se reconhecemos a impossibilidade de submetê-las ao ideal de conhecimento próprio às ciências da natureza (o que implica considerar absurdo tratá-las segundo o ideal de semelhança mais perfeita possível com os métodos e graus de certeza das ciências da natureza), então é a própria filosofia que está em questão, na totalidade de suas pretensões. *É igualmente inútil, nessas condições, limitar a elucidação da natureza das ciências humanas a uma pura questão de método.* Não se trata, em absoluto, de definir simplesmente um

método específico, mas sim de fazer justiça a uma idéia inteiramente diferente de conhecimento da verdade. Desse modo, a filosofia, que se impõe tal exigência, possui outras pretensões que não aquelas motivadas pelo conceito da verdade encontrado nas ciências da natureza (2003, p. 20-21)⁹. (sem grifo original)

No direito contemporâneo, não há mais a possibilidade de se manter a dicotomia sujeito-objeto¹⁰ quando o sujeito cognoscente (sujeito que conhece) ao interpretar/conhecer um objeto (objeto cognoscível), não se preocupa com os problemas sociais, principalmente, com os direitos fundamentais essenciais à existência do ser protegido pela Carta Constitucional, ou seja, a interpretação abstrata torna-se dissociável do momento histórico atual. Nesse sentido, Wolkmer eloquentemente descreve que:

Na atualidade perpassa, nos diferentes campos das ciências humanas, uma certa dificuldade em encontrar-se um novo parâmetro de verdade diante da crise de fundamento que vive a sociedade hodierna. As verdades teológicas, metafísicas e racionais que sustentaram durante séculos as formas de saber e de racionalidade dominantes não conseguem mais responder inteiramente às inquietações e às necessidades do presente estágio de desenvolvimento da modernidade humana. Os modelos culturais, normativos e instrumentais que fundamentaram o mundo da vida, a organização social e os critérios de cientificidade tornaram-se insatisfatórios e limitados. A crescente descrença em modelos filosóficos e científicos que não oferecem mais diretrizes e normas seguras abre espaço para se repensarem padrões alternativos de fundamentação. Os paradigmas que produziram um *ethos*, marcado pelo idealismo individual, pelo racionalismo liberal e pelo formalismo positivista, bem como os que mantiveram a logicidade do discurso filosófico, científico e jurídico, têm sua racionalidade questionada e substituída por novos modelos de referência (2002, p. 1-2).

Streck explica que essa epistemologia utilizada pelas instituições propaga conhecimentos axiológicos, dentro do sentido comum teórico dos juristas, reproduzindo-o sem explicá-lo – argumentá-lo -, criando um conformismo para os operadores do direito, ou seja, mero hábito dogmático¹¹. “Segundo Warat, o *sentido comum teórico* é instrumentalizado por uma racionalidade positivista, que atua como fetiche de sua razão cotidiana, além de atuar como mediadora dos conflitos sociais” (STRECK, 2011(b), p. 84). Ainda, Streck ao citar Rocha, faz considerações sobre as verdades dominantes formadoras de conceitos e senso comum, alegando que:

O sentido comum teórico ‘coisifica’ o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica. Interioriza – ideologicamente – convenções linguísticas acerca do Direito e da sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à ‘consumação’ das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, despercebidamente, os operadores do Direito. Traduz-se em uma ‘para-linguagem’,

⁹ Gadamer, Hans-George. *O problema da Consciência histórica*. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

¹⁰ Afirmação categoricamente demonstrada por Lênio Luiz Streck em seus livros *Hermenêutica Jurídica e(m) crise e Verdade e Consenso*.

¹¹ Streck faz pontuações sobre a dogmática jurídica, como epistemologia reprodutiva sem sentido e justificação, transformando os fenômenos sociais em coisas, analisadas como meras abstrações sociais, pois não consta no discurso dogmático - discurso de para o discurso sobre – limite à interpretação hermenêutica jurídica; simplificando: o que não está previsto nos discursos dogmáticos é coisa abstrata. (STRECK, 2011(b)).

situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a ‘realidade’ jurídica dominante (ROCHA *apud* STRECK, 2011(b), p. 82).

Há, portanto, uma crise epistemológica da consciência decorrente de uma interpretação liberal-individualista-normativista e discricionária – crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência -, resultando num direito alienado da sociedade que, para ser modificado, necessária se faz uma percepção da teoria do giro ontológico compreensivo.

A teoria da linguagem ganha maior importância no século XX. Essa “passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, segundo Habermas, traz vantagens objetivas, além de metódicas, uma vez que *ela nos tira do círculo aporético no qual o pensamento metafísico se choca com o antimetafísico [...]*” (STRECK, 2011(b), p. 211), permitindo abertura ao social ao invés do individual.

Na obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, Streck destaca três frentes que considera importantes, não apenas para a “viragem linguística”, mas para a invasão da filosofia pela linguagem:

a) *Primeiro*, pode ser arrolado o neopositivismo lógico ou empirismo lógico, que buscava a construção de linguagens ideais. [...] sustentavam a idéia de que o conhecimento pode ser obscurecido por certas perplexidades de natureza estritamente linguística. Desse modo, reduzindo a filosofia à epistemologia, e esta à semiótica¹², afirmam que a missão mais importante da filosofia deve realizar-se à margem das especulações metafísicas, numa busca de questionamentos estritamente linguísticos. O rigor discursivo passa a ser o paradigma da ciência; sem rigor linguístico não há ciência; fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo, isto é elaborar uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural. [...]

b) *A segunda frente* em que se operou o giro linguístico foi a filosofia de Wittgenstein, naquilo que se pode denominar de ‘segunda fase’. Em sua primeira fase Wittgenstein trabalha uma concepção *instrumentalista-designativa-objetivista* da linguagem; pode-se dizer que pregava um isomorfismo, problemática ainda presente nas súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, seu pensamento aproxima-se de Heidegger, quando a linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser *condição de possibilidade* para a própria constituição do conhecimento. Cai por terra, assim, a teoria objetivista. Não há essências. Não há relação entre nomes e coisas. Não há qualquer essência comum entre as coisas no mundo. Não há uma linguagem exata e definitiva. Alega-se que a linguagem tem sentido, e que usar a linguagem significará ‘interação social-simbólica’. [...]

c) *A terceira frente* ocorreu com o desenvolvimento da filosofia da linguagem ordinária. Trata-se da concepção de que toda a linguagem possui sentidos – paixões e preconceitos – advindos dos homens, portanto, mesmo que ordinária/originária a primeira palavra não é a última palavra; passa a dar ênfase à pragmática, ou seja, relação do signo com o usuário (STRECK, 2011(b), p. 212-221).

¹² A linguagem é o objeto da semiótica, representada por signos na seguinte forma: a) sintaxe: correção dos enunciados (relação entre os signos); b) semântica: condições de verdade desses enunciados (vinculação dos signos com os objetos designados), e, c) pragmática: regras por meio das quais os enunciados têm qualidade oficial; ou seja, para obter a verdade dos enunciados (relação do signo com o usuário) (STRECK, 2011(b), p. 213).

O giro ontológico linguístico perpassa a doutrina heideggeriana de *Ser e tempo*, a qual Gadamer enfatiza a destruição do conceito de “consciência” que é, em verdade, a reconquista da pergunta acerca do ser. Nesse sentido, explica Gadamer:

O que constitui o caráter revolucionário no empreendimento heideggeriano é o fato de ele não colocar a pergunta crítica por detrás da consciência, no sentido em que a psicologia profunda e a crítica à ideologia à sua maneira fizeram, mas de ele colocar a pergunta radical sobre o que se tem de compreender propriamente por ‘ser’ e de afirmar que isso não é acessível quando as pessoas se recolhem apenas na suposta autenticidade da consciência e da autoconsciência. Assim, Heidegger propiciou a retomada da pergunta platônica-aristotélica acerca do ‘ser’ e transformou com isso em verdade o todo da filosofia mais recente (GADAMER, 2009, p. 34).

Ao explicar sobre um ponto referente à teoria da linguagem - representada em Hegel e Aristóteles em estudos realizados por Heidegger - Gadamer faz referência à palavra grega *ousia* ou essência – “‘Ser’ é o ‘que se acha diante de nós’. Ser significa aqui achar-se diante de nós no sentido do ter-sido-representado. Verdade seria autoasseguramento, ou seja, *certitudo*” (GADAMER, 2009, p. 29). Em seus estudos, Gadamer afirma que Heidegger apresentava dois momentos distintos: um tardio, que a essência deveria ser vista apenas como a certeza do representado, isto contraria a teoria metafísica, considerada por Heidegger como “esquecimento do ser”, acentuado nas teorias de Hegel, e num outro momento, “em Aristóteles, Mestre Eckhart e Leibniz, o sentido verbal de ‘ser’ e ‘essência’” (GADAMER, 2009, p. 30). Continuando o raciocínio, salienta Gadamer que:

o ser é compreendido ou concebido ou pensado. Em Heidegger tínhamos: Ele é falado, ou seja, é assim que se fala sobre isso¹³. Portanto, [...] o fato de se aprender a pensar a vida em todas as suas muitas direções de autointerpretação e de experiência linguísticas representa naturalmente uma tarefa genérica. A isso pertence a experiência da transcendência, a experiência da poesia, da arte, do culto, do rito do direito – tudo isso precisa ser pensado de maneira nova. Esse era o interesse de Heidegger (GADAMER, 2009, p. 30).

A teoria da linguagem falada desconstrói a metafísica e o objetivismo positivista da tese de que o sujeito conhece e interpreta um objeto dado para então obter uma síntese (para os positivistas caberia aqui a linguagem como resultado) como se o objeto fosse destituído de qualquer linguagem anterior, de qualquer pressuposto. Importante salientar que, ao incorrer em tal interpretação, cada sujeito – jurista – poderia conceituar o objeto conforme sua própria consciência, discricionariamente. Nesse sentido, não há como o sujeito conceituar o objeto, pois o objeto já existe através do sujeito. Assim, “o que efetivamente importa é que a

¹³ “O pensamento sempre está, em verdade, em uma aliança com a língua realmente falada. Essa fornece-nos as nossas experiências de pensamento. Em verdade, isso vale para todas as línguas faladas” (GADAMER, 2009, p. 33). Tais acepções feitas em Gadamer por Heidegger - *Ser e Tempo* -, servem como prova de desconstrução da metafísica - teoria criticada pelos autores do pensamento lógico-racional - por meio da linguagem falada.

linguagem passou a ser a condição de possibilidade do próprio filosofar” (STRECK, 2011(b), p. 223).

Portanto, a linguagem é considerada como possibilidade de se obter a hermenêutica interpretativa e não o resultado. Nesse sentido, Neves menciona que:

[...] tendo deixado de ser a hermenêutica tão-só a tradicional *ars* de interpretação de textos (*ars interpretandi, ars bene intelligendi*) «cânone de regras que tinham por objecto operar com textos» -, para se assumir numa referência ontológica à própria existência humana, já que o compreender se revelou na analítica dessa existência, como «um modo fundamental do ser, do *Dasein*» enquanto ser finito e histórico no mundo, analogamente se poderá afirmar que «o ‘ser-no-direito’ pertence ao ser do homem» (como ser comunitário em coexistência de mútuo reconhecimento) e que nesses termos sempre uma compreensão, e portanto, uma hermenêutica será base constitutiva do direito – mesmo como sua condição ontológica, enquanto é o direito a compreensiva objectivação das validades ou dos sentidos axiológico-normativos implicados por essa coexistência comunitária e assim hermenêutica positivação da «consciência jurídica» ou do seu *princípio normativo* (o princípio fundamentante e regulativamente constitutivo da juridicidade) (NEVES, 2003, p. 49-50).

Assim, desconstitui-se a teoria epistemológica dicotômica sujeito-objeto (textos) - ou seja, interpretação hermenêutica-filosófica como método abstrato - para a hermenêutica-filosófica sujeito-sujeito (intersubjetiva) universal *aplicada* (concretizadora) que, com o uso da linguagem (meio de possibilidade) compreende para interpretar. Aplicada, pois, corresponde à jurisprudência, momento não abstrato, mas concreto. Esse momento concreto caracteriza-se através do conhecimento do “ser” pelo “ser-aí” por meio do “ente”.

Nesse sentido, para interpretar algo, o questionador/interpretador (*Desein*) tem uma pressuposição do ser, pois o ser já é conhecido por meio do ente, não há uma dedução do ser, mas uma demonstração do ser, pois, interpretá-lo, é preciso compreender o ser e o ente pressuposto para obter-se outro ente, redefinindo-o na busca de uma resposta correta. Assim, há uma resposta correta, porém, para a hermenêutica, ela não será uma resposta finita e imutável, a depender da aplicação no caso concreto poderá ser reformulada para adequar-se e novamente obter-se uma resposta correta.

4.2 HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA ONTOLÓGICA COMPREENSIVA

Após a desconstrução da teoria do conhecimento vinculada ao sujeito cognoscente, objeto cognoscível e síntese, recepcionadas pelo positivismo jurídico e mantida atualmente para interpretações hermenêuticas deturpadas e arbitrárias; a recepção da teoria do conhecimento intersubjetiva - heideggeriana e gadameriana - representada pelo círculo

hermenêutico lingüístico surge, então e desencadear de possibilidades para se obter interpretações condizentes ao Estado Democrático de Direito.

Percebe-se que a teoria do ente e do ser-aí (*Desein*¹⁴) possibilita, por meio da existência e tradição do ser, interpretar o texto sem desconsiderar os preconceitos¹⁵ ou pressupostos, porém separando os pressupostos falsos dos pressupostos autênticos - legítimos. Deve-se ter consciência histórica de tudo o que forma os preconceitos/pressupostos por meio de uma auto-reflexão para uma interpretação adequada. Isso é importante, pois, o hermeneuta deve ter consciência da história, do todo, da sociedade, da família, dos problemas sociais, das leis, enfim, do contexto necessário para a aplicabilidade da norma, ou seja, compreender para interpretar – “interpretar é aplicar, o intérprete não reproduz sentidos (*Auslegung*); na verdade, sempre atribuímos sentidos (*Sinngebung*)” (STRECK, 2011(b), p. 224). Há um desvelar da linguagem (ente) do texto no momento concreto, porém sem ser arbitrário¹⁶. Ainda, segundo Gadamer (1997, p.408-409):

O que nos induz a erros é o respeito pelos outros, por sua autoridade, ou a precipitação que existe em nós mesmos. O fato de que a autoridade seja uma fonte de preconceitos coincide com o conhecido princípio fundamental do *Aufklärung*¹⁷, tal como formula Kant: tenha coragem de te servir de teu próprio entendimento. (...) Procura compreender a tradição corretamente, isto é, isenta de todo o preconceito e racionalmente. Mas isso traz uma dificuldade muito especial, pelo mero fato de que a fixação por escrito contém em si própria um momento de autoridade de peso determinante. Não é fácil consumir a possibilidade de que o escrito não seja verdade. O escrito tem a palpabilidade do que é demonstrável, é como uma peça comprobatória. Torna-se necessário um esforço crítico especial para que nos liberemos do preconceito cultivado a favor do escrito e distinguir, tanto aqui, como em qualquer afirmação oral, entre opinião e verdade. Seja como for, a tendência geral do *Aufklärung* é não deixar valer autoridade alguma e decidir tudo diante do tribunal da razão.

Nesse âmbito, consubstancia Gadamer como regra geral da hermenêutica de que “tem-se que compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo” (1997,

¹⁴ Streck explica, em sua obra *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, que o *Desein* é o ser-no-mundo, o ser que está jogado no mundo recebe as coisas como elas mesmas com seus conceitos prévios, mas passíveis de desvelamento e reformulação, reconstrução.

¹⁵ Preconceito (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa. No procedimento juris-prudencial um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Preconceito não significa, pois, de modo algum, falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorizado positivamente ou negativamente. Somente a fundamentação, a garantia do método (e não o encontro com a coisa como tal) confere ao juízo sua dignidade (GADAMER, 1997, p. 407-408).

¹⁶ Conclusões da leitura de *Verdade e Método* de Gadamer. Ainda, no que tange à arbitrariedade Gadamer afirma que: Quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura à opinião do outro ou à do texto. Mas essa abertura já inclui sempre que se ponha a opinião do outro em alguma relação com elas. Claro que as opiniões representam uma infinidade de possibilidades mutáveis (em comparação com a univocidade de uma linguagem ou de um vocabulário), mas dentro dessa multiplicidade do opinável, isto é, daquilo em que o leitor pode encontrar sentido e, enquanto tal pode esperar, nem tudo é possível, e quem não ouve direito o que o outro está dizendo, realmente, acabará por não conseguir integrar o mal-entendido em suas próprias e variadas expectativas de sentido (GADAMER, 1997, p. 404-405).

¹⁷ Reconhecimento.

p.436). Isso permite uma compreensão e auto-reflexão do todo e do individual, mas como afirma Gadamer, não se trata de um círculo objetivo ou subjetivo, a antecipação de sentido, “que guia a nossa compreensão de um texto não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição” (1997, p. 439-440). Portanto, não se trata de um método, ou, um “círculo metodológico”. Em complementaridade ao raciocínio gadameriano, Streck conclui que “o conhecimento não vem antes do compreender” (2011(b), p. 223).

Portanto “é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência do sujeito-intérprete)” (STRECK, 2011(b), p. 224). Para melhor elucidação sobre a tradição, Streck assevera que:

[...] a história é a condição prévia para que o ente seja um ser-no-mundo. *Não há uma contraposição entre sujeito e objeto, e sim uma fusão entre ambos a partir de sua historicidade.* O existir do ‘sujeito’ é um existir histórico, enquanto ser-no-mundo, em que o ‘objeto’ não é construído como ‘cogito’ e tampouco refletido na consciência, mas, sim, se desvela pela linguagem. O desvelamento do ser de um ente passa a possibilidade de seu existir, que só acontece na história linguisticamente apreendida. *Quem compreende não tem uma mente em branco, como uma tábua rasa, e sim, já tem, desde sempre, uma prévia compreensão das coisas e do mundo; já tem (sempre) uma pré-compreensão, algo prévio que vem com o ente, como curador/vigilante do ser.* Desde sempre, o sujeito da compreensão já está jogado no mundo, dentro do qual as suas condições de possibilidade estão definidas (e se definem cotidianamente) na e pela linguagem. *O sujeito da compreensão recebe o legado da tradição; esse legado é compulsório; não há possibilidade de a ele renunciar* (STRECK, 2011(b), p. 264). (sem grifo no original)

Assim, o sujeito não reconta a história, porque os fatos históricos mudam, por isso, o ser-no-mundo está jogado no mundo, desvelando as regras e princípios como são, adequando a realidade aos fatos e ao ser. Supera-se dessa forma a abstratidade positivista alheia ao real e ao social. Portanto, o sujeito (ser-no-mundo) recebe a história e a reformula ao seu tempo por meio da linguagem. O autor nomina de “giro ontológico-linguístico”, aduzindo que, a “palavra ‘ontologia’ usada é identificada como a fenomenologia. Por quê? Porque a fenomenologia é utilizada para descrever também o fenômeno da compreensão do ser” (STRECK, 2011(b), p. 225). Ainda, analisa que:

É a partir daí que a fenomenologia (hermenêutica) faz uma distinção entre ser (*Sein*) e ente (*Seiende*). Ela trata do ser enquanto compreensão do ser e do ente enquanto compreensão do ser de um ou outro (ou cada) modo de ser. Classicamente, a ontologia tratava do ser e do ente. Aqui, a ontologia trata do ser ligado ao operar fundamental do ser-aí (*Desein*), que é o compreender do ser. Esse operar é condição de possibilidade de qualquer tratamento dos entes. Tratamento esse que pode ser chamado na tradição de ‘ontológico’, mas sempre entificado. Essa ontologia do ente é que Heidegger irá chamar de *met-ontologia*. Essa teoria tratará das diversas ontológicas regionais (naturalmente, dos entes). [...] A explicitação dessa dimensão ontológico-linguística irá tratar da linguagem *não simplesmente como elemento lógico-argumentativo, mas como um modo*

de explicitação que já é sempre pressuposto aí onde lidamos com enunciados lógicos (STRECK, 2011(b), p. 225).

Ao compreender o texto para interpretar – aplicar – não podemos desconsiderar os pressupostos e preconceitos (*entes*) limitados pela tradição (necessidade de uma consciência histórica efetual); todo o conhecimento adquirido deve ser utilizado. Isso tudo é fulcral quando analisado sob a ótica do Estado Democrático de Direito permeado por uma Constituição Federal embasada em princípios e regras que possibilitam uma norma correta e adequada. Além do mais, “[...] a viragem (giro) ontológico-linguística se coloca como o que precede qualquer relação positiva. Não há mais um ‘sujeito solitário’; agora há uma comunidade que antecipa qualquer constituição de sujeito” (STRECK, 2011(b), p. 228).

Portanto, aquém de uma interpretação embasada nos códigos - principalmente no que tange ao Estado Liberal caracterizado pelo Código Civil -, não se intenta desconstruir o que existe, ou seja, uma Constituição advinda de um sistema Democrático de Direito, onde se preocupou constar uma proteção às pessoas ou grupo de pessoas – identificáveis ou não - hipossuficientes ou desprovidas de direitos fundamentais à sua existência, e que, quando não detentores desses direitos o Estado está compelido à concessão; todavia, desconsiderar uma mera reprodução de sentidos ocasionados pela interpretação subsutiva, ou pior, arbitrária e solipsista (decido conforme minha consciência). Possibilitando, dessa forma, a interpretação fundamentada – aplicação – por meio da ontologia-compreensiva, uma resposta adequada, correta e concretizadora dos direitos fundamentais. Ainda, não há como se falar contemporaneamente em interpretação abstrata da lei e dos textos de forma dogmática, pelo fato de que, considerando-as e recepcionando-as no momento que forem aplicadas (interpretadas) ao caso específico não será o mesmo momento histórico em que foram criadas. Portanto, deverá o hermenauta por meio da compreensão adequar as regra e os textos ao momento de aplicabilidade.

Falar em concretização de direitos fundamentais é consequentemente falar em interpretação constitucional. Neste sentido, explana Hesse:

A interpretação constitucional é ‘concretização’ (*Konkretisierung*). Precisamente aquilo que não aparece, de forma clara, como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata. Nesse sentido, a interpretação constitucional tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada só se completa com a sua interpretação; mas, veja-se bem, só em tese possui caráter criativo, pois a atividade interpretativa fica vinculada à norma (HESSE, 2009, p. 108).

Streck pontua brilhantemente a construção de uma hermenêutica contemporânea em Heidegger e Gadamer, desconsiderando-se a visão positivista-lógica-objetiva no uso de

metodologia pré-estabelecida de uma interpretação ontológica (sujeito-objeto), como também, teorias interpretativas positivista-objetivistas – de Norberto Bobbio -, e subjetivistas-solipsista – de Hans Kelsen -, apresentando a interpretação ontológica compreensiva intersubjetiva (sujeito-sujeito), por meio do círculo hermenêutico.

A intenção da hermenêutica contemporânea apresentada pelos autores, não pretende seguir o positivismo imposto – verdades incontestáveis -, ou, tão pouco beirar ao solipsismo jurídico, mas buscar a interpretação mais adequada. Neste sentido, explica Hesse:

A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança de situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável (HESSE, 1991, p. 22-23).

Para que se cumpra a força normativa da Constituição o que ela prevê - normas regulamentadas ou não, ou princípios que possibilitem uma interpretação aberta, formadores de um Estado Democrático de Direito e constituídos pela base de direitos fundamentais - deve ser aplicado, efetivado, realizado, concretizado pelo Poder Público (Poder Legislativo, Executivo e Judiciário) para que não passem apenas de normas abstratas. “A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. (HESSE, 1991, p. 24).

A releitura lingüística pressupõe, portanto, uma interpretação ontológica da compreensão por parte dos jurisdicionados em um Estado Democrático de Direito no qual, o juiz não possui mais a característica de mero aplicador do direito como instituído no Estado Liberal, mas como mediador e hermeneuta da universalidade jurídica, social e política. E que em momentos onde a lei é vaga – incompleta, ou, omissa, o juiz adequaria a decisão ao caso concreto por meio de regras em conjunto com princípios constitucionais ou cláusulas gerais, mas não de forma subjetiva – solipsista -, mas de forma a “criar”, reformulando a norma – interpretação/aplicação. Nesse sentido, Canotilho define a interpretação ontológica compreensiva como “método hermenêutico-concretizador”, e define:

O método hermenêutico-concretizador arranca da ideia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela *pré-compreensão* do seu sentido através do intérprete. A interpretação da constituição também não foge a este processo: é uma *compreensão de sentido*, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma actividade prático-normativa,

concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta. [...] este método concretizador afasta-se do método tópico-problemático, porque enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no pressuposto do *primado do texto constitucional* em face do problema (CANOTILHO, 2003, p. 1212).

O ideal subjetivista – decidir conforme sua própria consciência como classifica Streck - embute a idéia de que não existem verdades e que tudo não passa de uma total abstração, o que poderia beirar ao caos; pois, se nada do que está presente nas leis, ou, tampouco na Constituição Federal Brasileira, são passíveis de ser uma “verdade”, ou mesmo “meia verdade”, todas as vezes que se criam novas verdades conseqüentemente estas também serão refutadas e assim haverá uma inverdade infinita gerando um ciclo vicioso. Ainda, afirma Streck:

[...] o direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o tribunal, no seu conjunto ou na sua individualidade de seus componentes diz que é. [...] Há que se ter o devido cuidado: a afirmação de que o ‘intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’ nem de longe pode significar a possibilidade de autorizá-lo a ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma) (2011(a), p. 264).

O que se pretende com a ontologia da compreensão fenomenológica é reformular novas verdades sem prejudicar certos pré-conceitos de cada sujeito. Pensar-se-ia que, se todas as “verdades” são contestáveis, não existiriam verdades, mas dúvidas eternas - ou, respostas jurisprudenciais díspares, beirando ao caos e a insegurança jurídica -, conseqüentemente a existência perde a finalidade. Não havendo verdades, não há sentidos, entretanto estes sentidos devem estar interligados com o universo e não apenas com o sujeito – sozinho -, assim, deve-se respeitar outras verdades (o hermeneuta deve estar aberto a outras opiniões). Não criar um direito, mas reformulá-lo para o bem¹⁸. Complementa Hesse que o interprete consciente de seus pré-juízos/pré-compreensões explicando-as, atenderá “ao primeiro comando de toda a interpretação; evitar a arbitrariedade do instantâneo, prestando atenção às ‘coisas mesmas’” (HESSE, 2009, p.109).

Essa arbitrariedade mencionada pelo autor está relacionada à falta de concretização da Constituição Federal Brasileira, ou seja, falta de aplicação de políticas públicas pelo Governo (Poderes Executivo e Legislativo) de acordo com os direitos e garantias fundamentais por ela previstos. Em razão disso, Streck afirma que:

Em face do quadro que se apresenta – ausência de cumprimento da Constituição, mediante a omissão dos poderes públicos, que não realizam as devidas políticas públicas determinadas pelo pacto constituinte -, *a via judiciária se apresenta – por vezes – como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição*. É claro que o Judiciário não faz e não fará políticas públicas. Aliás, é nesse sentido que devemos desmitificar algumas

¹⁸ Streck, L. Hermenêutica jurídica e(m) crise.

idéias que se propagam a respeito do direito e das políticas públicas. Com efeito, política pública é um problema de ação do Poder Executivo. O que o Direito pode fazer é regulamentar a execução dessas políticas e é nesse âmbito regulatório que o Judiciário pode intervir (STRECK, 2011(b), p. 64-65)¹⁹.

Porém, é com base na interpretação adequada – correta – aplicada ao fato, caracterizada por Dworkin, que se intenta a efetividade normativa da Constituição, e que segundo Streck (2011(a), p. 341) “o texto da Constituição só pode ser entendido a partir de sua aplicação. Entender sem aplicação não é entender. A *applicatio* é a norma(tização) do texto constitucional”.

Portanto, de suma importância a pré-compreensão no que tange ao significado da Constituição, a função que dela surge com a virada lingüística fazendo com que se torne “condição de possibilidade para a configuração do lugar da cooriginariedade, *onde habita a estrutura prévia do compreender* a partir da virtuosidade do círculo hermenêutico” (STRECK, 2011(a), p. 350); obtendo-se, conseqüentemente juízos autênticos (legítimos) – direito como integridade²⁰ aplicada por Dworkin. Na busca da “real” efetivação dos direitos e garantias fundamentais existentes na Constituição Federal por meio do mínimo existencial, ou seja, um mínimo para uma existência digna.

5 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO – ABORDAGEM À RESPOSTA CORRETA

Contemporaneamente, adentrar na concretização de direitos fundamentais²¹ indubitavelmente é necessário correlacionar o Direito Privado, este precursor de garantias e proteções no âmbito jurídico das relações particulares, porém, atualmente, indissociável de uma interpretação hermenêutica jusfilosófica constitucional. Sarlet pontua:

¹⁹ Há casos limítrofes, em que a decisão judicial evita um desvio de finalidade do orçamento público e das próprias políticas públicas que advêm da Constituição e da Lei Orgânica do Município. *Mutatis mutandis*, é o exemplo que vem da Comarca de Joinville (SC), em que o juiz Alexandre Morais da Rosa, atendendo a ação civil pública promovida pelo Ministério Público, determinou à municipalidade a criação de 2.948 vagas de ensino fundamental na rede pública de ensino. No caso, a municipalidade havia ‘preferido’ colocar elevada verba em favor de um clube de futebol (Joinville Esporte Clube, que disputa a terceira divisão do Campeonato Brasileiro (STRECK, 2011(b), p. 65-66).

²⁰ O direito como integridade nega que suas manifestações sejam relatos factuais do convencionalismo [...] (STRECK, 2011 (a), 352). A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção (DWORKIN *apud* STRECK, 2011(a), p. 354).

²¹ A Constituição Federal de 05.10.1988 agasalhou, no seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), um extenso e diferenciado rol de posições jurídicas expressamente designadas de fundamentais, logo após ter enunciado os princípios e objetivos fundamentais, dentre os quais desponta a dignidade da pessoa humana, expressamente guindada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil (SARLET, 2010, p.16).

Antes mesmo de adentrarmos o exame da possível eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, importa registrar que a problemática ora versada segue constituindo um tema teórico e prático atual e relevante, ainda que as constituições nacionais estejam gradativamente perdendo em centralidade, bastando aqui breve referência ao fenômeno da internacionalização do Direito, que, na Europa, assume feições particularmente relevantes. Soma-se a isso a crescente perda da capacidade de regulação e de tutela, mas também da capacidade prestacional do Estado e do Direito estadual (também do Direito Constitucional!) no contexto da sociedade contemporânea ou pós-moderna, como preferem alguns. Todavia, justamente os conhecidos déficits de proteção e regulação verificados numa ambiência marcada pelo incremento dos poderes sociais e econômicos por parte de atores não estatais acabam, mesmo que de modo diferenciado, influenciando o debate sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o que também alcança os direitos sociais, notadamente no que diz respeito à privatização das funções e tarefas estatais, como, por exemplo, ocorre nos setores de fornecimento de energia, água, serviços de saneamento básico, telecomunicações, entre tantos outros (SARLET, 2010, p. 20).

Além desses serviços citados pelo autor, poder-se-ia mencionar contratos bancários que ajudam a fornecer moradia à maioria da população, com a ajuda de projetos advindos do governo federal (por exemplo, o projeto minha casa minha vida através da Caixa Econômica Federal²²), em cumprimento ao direito fundamental de moradia constante a Constituição Federal Brasileira, art. 6º.

Importante salientar, em continuidade do raciocínio anteriormente exposto sobre a hermenêutica ontológica compreensiva, como e de que forma poder-se-ia interpretar (aplicar) a norma, possibilitando uma concretização dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal Brasileira nas relações limitadas, até então, ao Direito Privado, pois, como bem denota Streck “interpretar é aplicar”. É pertinente, introduzir a teoria de interpretação constitucional antológica compreensiva para uma resposta correta e adequada – “íntegra” - defendida por Streck (embasada, em grande parte, em Dworkin) para a solução de conflitos jurídicos. Portanto, para a resposta hermeneuticamente adequada (correta), há que se ter em mente que:

[...] entre texto e sentido do texto (norma) não há uma cisão – o que abriria espaço para o subjetivismo (teorias axiológicas da interpretação) – e tampouco existe, entre texto e norma, uma identificação (colagem) – o que abriria espaço para o formalismo de cunho objetivista. Entre texto e sentido do texto há, portanto uma diferença. Negar essa diferença implica em negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma (sentido enunciativo do texto, ou seja, o modo como o podemos descrever fenomenologicamente) ocorre na incidência do tempo (STRECK, 2011(a), p. 336). [...] Dito de outro modo, negar essa diferença é acreditar no caráter fetichista da lei, que arrasta o direito em direção ao positivismo exegético. Daí a impossibilidade de reprodução de sentidos, como se o sentido fosse algo que pudesse ser arrancado dos textos (da lei etc.). Os sentidos são atribuíveis a partir da faticidade em que está inserido o intérprete e respeitando os conteúdos de base do texto, que devem nos dizer algo (STRECK, 2011(a), p. 338).

²² É mister lembrar-se que se trata de empresa pública com personalidade jurídica de direito privado, exploradora de atividade econômica, correlacionado nos artigos 170 e 173 da Constituição Federal Brasileira.

Assim, para obter a normatização, o jurista interpreta o texto acrescentando sentidos - conscientemente separando os falsos preconceitos dos preconceitos autênticos²³ - à situação prática, dispensada a abstração, a subsunção e a arbitrariedade advindas do positivismo e neopositivismo.

Para obter-se uma normatização, ou, uma resposta correta - adequada - à Constituição, conseqüentemente, ao Estado Democrático de Direito, deve-se preservar o sentido do texto analisando-o/interpretando-o de forma universal, na faticidade fenomenológica e autenticamente, obtendo-se uma decisão processual íntegra. Assim, permitir ao juiz que acrescente sentido (falso) ao texto normatizando-o sem observar esses limites propulsoria arbitrariedades descontroladas, inconstitucionais e antidemocráticas. Isso ocorria, e ocorre, quando juízes utilizam-se de princípios vagos, não conceituados na constituição, para aplicá-los dissociados das regras a eles inerentes, apregoando sentidos subjetivos, o que propiciaria decisões díspares, irregulares, inadequadas e total insegurança jurídica. Como constata Streck, “não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, portanto, não se pode atribuir sentidos “decidindo conforme sua própria consciência”²⁴.

Segundo Dworkin, “justice is a matter of outcomes: a political decision causes injustice, however fair the procedures that produced it, when it denies people some resource, liberty, or opportunity that the best theories of justice entitle them to have” (1986, p.180). Promover decisões políticas (embasadas em preconceitos subjetivos falsos) causaria mais injustiças que lacunas e faltas na lei. Porém, o Poder Judiciário, na figura de seu julgador, tem o dever de buscar uma solução e resposta íntegras, adequadas ao caso, sem transpor toda uma universalidade de sentidos fenomenologicamente presentes. Assim, a integridade serve como adequador:

This connection between integrity and the rhetoric of equal protection is revealing. We insist on integrity because we believe that internal compromises would deny what is often called “equality before the law” and sometimes “formal equality”. It has become fashionable to say that this kind

²³ A autenticidade da interpretação exsurdirá da possibilidade de o jurista/intérprete *apropriar-se* do que foi compreendido. A *apropriação do compreendido* passa a ser a sua condição de poder fazer uma interpretação que supere o conteúdo reprodutor/reprodutivo e objetivante representado por esse *habitus dogmaticus* (o sentido comum teórico dos juristas, que, efetivamente, representa aquilo que se pode denominar ‘tradição inautêntica do direito’). O *poder apropriar-se* é a chave para *escancarar as portas o mundo inautêntico do direito* (STRECK, 2011(a), p. 348).

²⁴ Negar a possibilidade de que possa existir (sempre), para cada caso, uma resposta conformada à Constituição, portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (porque é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo), pode significar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se mostra antitético ao caráter não relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, introduzido pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas (STRECK, 2011(a), p. 440).

of equality is unimportant because it offers little protection against tyranny. This denigration assumes, however, that formal equality is only a matter of enforcing the rules, whatever they are, that have been laid down in legislation, in the spirit of conventionalism. The equal protection cases show how important formal equality becomes when it is understood to require integrity as well as bare logical consistency, when it demands fidelity not just to rules but to the theories of fairness and justice that rules presuppose by way of justification (DWORKIN, 1986, p. 185).

Para que isso ocorra, os princípios constitucionais servem como meio e não como fim. Häberle faz algumas observações importantes sobre a interpretação contemporânea, ou seja, a Constituição constante em um Estado Democrático de Direito deve ser norteadora da eficácia de direitos fundamentais, inclusive das relações privadas. Nesse sentido, assevera o autor que:

Não obstante, os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam o seu significado, exercendo, porém, uma nova função: eles são os “filtros” sobre os quais a força normatizadora da publicidade (*normierende Kraft der Öffentlichkeit*) atua e ganha conformação. Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo (HÄBERLE, 2002, p. 43-44).

Salienta-se que, ao interpretar/aplicar e, conseqüentemente, normatizando/decidindo, utilizando-se das regras infraconstitucionais sob a luz da Constituição, o juiz, conforme mencionado anteriormente, deve procurar obter a resposta correta (norma) utilizando-se de regras e princípios²⁵ como meios de possibilidade para isso. Assim, Dworkin, contrariando teorias de que existem várias respostas para o caso, alega que “o ‘mito’ de que (...) só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem-sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de um mito” (2002, p.446). Ainda, se houvesse várias respostas ao caso concreto, não se teria uma decisão íntegra e condizente com a Constituição, pois, se cada juiz expõe suas convicções (preconceitos falsos ao invés de autênticos) como “verdades incontestáveis”, prevalecerão falácias, partir-se-á da negação da negação sem obter um consenso, ou seja, uma decisão adequada ao caso específico²⁶. Portanto, para Dworkin num processo sempre haverá uma argumentação certa e uma argumentação errada, não devendo os juízes utilizar-se de princípios e conceitos vagos para provar suas opiniões, mas, caso necessário, para obter uma norma correta e adequada, devem utilizar-se de regras e princípios para amplificar o pretendido pelo Estado Democrático de Direito e esboçado na Constituição²⁷.

²⁵ “Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. [...] principles play an essential part in arguments supporting judgments about particular legal rights and obligations” (DWORKIN, 1978, p. 26;28).

²⁶ Ressalta Dworkin que a “idéia geral, de que algumas decisões jurídicas não têm nenhuma resposta certa porque a linguagem jurídica às vezes é imprecisa, não resulta da imprecisão, de que não pode haver nenhuma resposta certa para uma questão jurídica quando juristas sensatos discordam quanto ao que é a resposta certa” (2005, p. 193-194).

²⁷ Democracia significa (se é que significa alguma coisa) que a escolha de valores políticos substantivos deve ser feita pelos representantes do povo, não por juízes não eleitos (DWORKIN, 2005, p. 80).

Por esses motivos, Streck considera a teoria de Dworkin complementar à teoria de Gadamer, pois, se no momento de decisão, obtiver-se apenas uma resposta correta ao caso, e os tribunais inferiores seguindo-a, não significa que ela não possa ser reformulada, permitindo a abertura necessária ao julgador. Além disso, se se considerar que não há possibilidade de reformulação das decisões – poder-se-ia citar aqui as súmulas vinculantes – ter-se-iam regras e não julgados, o que não condiria com a hermenêutica filosófica jurídica gadameriana e, portanto, com a virada ontológica compreensiva.

Todas essas observações são necessárias e indispensáveis, pois, aplicáveis à constitucionalização do direito privado. Porém, os direitos fundamentais possuem eficácia direta ou indireta a relações privadas? Acredita-se que, para que isso ocorra, deverá existir uma mediação tanto legislativa (eficácia indireta) como judiciária (eficácia direta). Sarlet esclarece que, “estando vinculado (diretamente) pelos deveres de proteção, o Juiz, aplicando os direitos fundamentais e cumprindo, portanto, com seu dever de tutela – no sentido de proteger os particulares uns contra os outros – estará assegurando a sua incidência na esfera das relações privadas” (2010, p. 24). Ponto em que alguns doutrinadores entendem que os particulares são ligados aos direitos fundamentais apenas indiretamente. Porém, segundo Ubbillos:

Junto a la mediación legislativa, se há sugerido una segunda via de penetración de los derechos fundamentales en el Derecho privado: los jueces, por imperativo constitucional, tomarán en consideración estos derechos a la hora de interpretar la normas de Derecho privado. Es el juez, en el desarrollo de su función jurisdiccional, el vehículo a través del cual se concreta o materializa esa incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado (2010, p. 274).

Sarlet ressalta a importância dos direitos fundamentais sob uma “perspectiva jurídico-objetiva”, pois considera que tais direitos expressam certos valores que o Estado é compelido a respeitar e promover - por meio de políticas públicas -, inclusive, fiscalizar sua concessão. “Verifica-se que a doutrina tende a reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento da sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado” (SARLET, 2008, p. 399).

Tal aceção deverá ser realizada com cautela para não gerar interpretações distorcidas e discricionárias, inclusive exageros na utilização dos princípios. Porém, através de uma interpretação pautada na teoria ontológica compreensiva obter-se-á a resposta correta nas relações privadas à luz da Constituição Democrática Brasileira, permitindo a proteção dos direitos e garantias fundamentais expressos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interpretação jurídica decorrente das leis codificadas na França e da Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha eram utilizadas de forma abstrata, aplicando-se de forma subsuntiva (do particular para o geral), sem a devida preocupação com os problemas sociais. Partia-se da afirmação de que os deveres e as obrigações das pessoas eram previstos na lei ou pelos precedentes. Criavam-se “verdades” pelos detentores do poder político e jurídico – a burguesia -, impostas à população para garantir o controle e o domínio das massas.

A hermenêutica era considerada apenas um método, pois, para manter o interesse dominante, poderia o juiz apenas interpretar o sentido da lei ou o sentido do legislador ao criar a lei. Consubstanciava-se na interpretar do objeto (lei) pelo intérprete (sujeito) para obter uma síntese, corolário das teorias de conhecimento, ou seja, conhecer o objeto para então conceituá-lo (forma semântica).

O direito positivo, quando não se utilizava da interpretação subsuntiva, na existência de lacunas na lei, permitia a interpretação discricionária pelo juiz “limitada à moldura constitucional” segundo Kelsen, porém, beirando ao solipsimo-arbitrário que, hodiernamente, o neopositivismo desencadeou como ativismo judicial.

A partir da observância das teorias do conhecimento, percebe-se a necessidade de desconsiderá-las para que o direito torne-se também um mediador na eficácia dos direitos fundamentais, ou seja, a alteração das situações e momentos históricos conjugados com a inércia e desatualização legislativa concorre para o surgimento de lacunas. Nesse sentido, a dicotomia sujeito-objeto deve ser desconstituída – desconsiderada -, e introduzir-se a teoria heideggeriana e gadameriana do *Ser-ai (Desein)* que conhece a si mesmo e o *ser*, que busca o *ente*, para reformular o conhecimento pelo *ser*, compreender para interpretar – teoria ontológica compreensiva (nomenclatura streckiana).

A partir da hermenêutica filosófica, não mais como mero método interpretativo, passe-se a um conhecimento intersubjetivo, permitindo ao juiz interpretar (aplicar) a norma considerando pré-compreensões autênticas, intentando-se uma resposta correta (fundamentação/motivação) ao caso concreto, adequada à integridade jurídica, e não à decisionismos solipsistas (ativismo judicial) ou decisões subsuntivas como adverte Streck.

Nesse caminho, obter-se-á, então, a eficácia dos direitos e garantias fundamentais garantidas pelo Estado Democrático de Direito. Inclusive, no que tange ao direito privado,

face a prestação de serviços públicos fornecidos por particulares, dos quais o Estado - quando não os conceder - deverá ser o fiscalizador, para que aqueles direitos sejam efetivamente protegidos. Assim, torna-se de suma importância a mediação, não apenas legislativa, mas judiciária na interpretação e aplicação de normas – regras e princípios – no caso concreto.

7 REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **O positivismo Jurídico**. Lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Plugiesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. Ícone: São Paulo, 1995.

DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. trad. Luis Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FERRAZ, T. S. Jr. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FOUCAULT, M. **Microfísica do Poder**. org. e trad. Roberto Machado, Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GADAMER, H. **Verdade e Método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. trad. Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

_____. **Hermenêutica em Retrospectiva**. trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

_____. **A razão na Época da Ciência**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983.

_____. **O problema da Consciência Histórica**. trad. Paulo Cesar Duque Estrada. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HEIDEGGER, M. **Ser e tempo**. tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

HESSE, K. **Temas Fundamentais do direito constitucional**. trad: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **A força normativa da constituição**. trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LARENZ, K. **Metodologia da Ciência do Direito**. tradução de José Lamengo. 3 ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997.

NADER, P. **Filosofia do Direito**. 10 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001.

NEVES, A. C. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica I**. Portugal: Coimbra, 2003.

PEIXINHO, M. M. **A interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais**. 3 ed. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

SARLET, I.W; UBILLOS, J.M.B. ... [et.al]: org. Ingo Wolfgang Sarlet. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso**. Constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011(a).

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011(b).

STEIN, E.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e Epistemologia**. 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011(c).