

HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A “NOVA CRÍTICA DO DIREITO” NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

PHILOSOPHICAL HERMENEUTIC AND THE “NEW CRITICISM OF LAW” IN THE BRAZILIAN CONSTITUCIONALISM

Nelson Camatta Moreira

Doutor em Direito (UNISINOS-RS), com estágio anual (2006/7), com bolsa de estudos da CAPES, na UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Mestre em Direito (UNISINOS-RS). Professor da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da FDV-ES. Professor Titular da Faculdade de Direito e do Mestrado em Ciências Sociais da UVV-ES.. Advogado. Diretor da Escola Superior de Advocacia (ESA-OAB/ES).
Endereços eletrônicos: nelsoncmoreira@hotmail.com; nelsoncmoreira@advocacia-es.com.

RESUMO: Na pesquisa e no raciocínio desenvolvido ao longo do texto subsequente intenta-se estabelecer um redimensionamento da dogmática jurídica – aplicando-se a filosofia no direito, no que se refere à interpretação/aplicação da Constituição. Para isso, vislumbra-se a necessidade da superação do (velho) paradigma liberal-individual-normativista, fundado na filosofia da consciência, com influências metafísicas/objetificantes, que acompanham o pensamento humano desde a filosofia clássica e, no Direito, (pré)dominam no senso comum do jurista brasileiro. Neste intuito, o fio condutor do trabalho é a concepção hermenêutica construída a partir de aportes teóricos de Heidegger, Gadamer e da nova crítica do direito, de Streck.

ABSTRACT: In the research and in the reasoning developed throughout the ensuing text, we attempt to set up a redimensionment of the legal dogmatic – applying the philosophy in law, in what concerns to the interpretation / application of the international treaties of the Constitution. For that, one glimpses the need to overcome the (old) paradigm liberal-individualist-normativist, based in the consciousness philosophy, with metaphysics/objectiving influences, that follow the human thinking since the classical philosophy and, in Law, (pre) dominate in the common sense of the brazilian jurist. On this purpose, the lead of the work is the “hermeneutic” conception built from theories of Heidegger, Gadamer and from the new criticism of law by Streck.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica Filosófica; Crise do Direito; Constitucionalismo brasileiro.

KEY-WORDS: Philosophical Hermeneutic; Law Crises; Brazilian Constitutionalism.

INTRODUÇÃO

Como matriz privilegiada de construção crítica de uma teoria da Constituição Dirigente adequada a uma realidade periférica, sugere-se, a seguir, um breve estudo da Hermenêutica Filosófica heideggeriana/gadameriana e o seu desdobramento específico – direcionado ao campo jurídico brasileiro –, a Nova Crítica do Direito (NCD), trabalhada por Lenio Luiz Streck (2011).

O ponto de partida, portanto, para se desenvolver a pesquisa está na aproximação entre Filosofia e Direito, mais especificamente nas condições (im)postas pela filosofia para o pensar (questionar) as condições de um modelo de Constitucionalismo.

Nesse sentido, conforme afirma Stein (2004, p. 156-161), quando se escolhe uma Filosofia para pensar o Direito, é preciso ter presente a natureza do *standard* de racionalidade que se elege. Por *standards* de racionalidade, entenda-se o estado de coisas que se designa como uma espécie de encontro entre Direito e Filosofia, que nasce num determinado contexto paradigmático. Dentro deste raciocínio, ainda segundo Stein, Heidegger faz uma classificação dos *princípios epocais* que, por sua vez, permitem uma compreensão dos standards. Assim, o autor alemão afirma que a tradição da metafísica ocidental é marcada por certos modos de *entificação do ser* (este conceito será desenvolvido no item subsequente), isto é, confundiu o ser com o ente. E isso se deu ao longo da história em Platão e em Aristóteles, com o conceito de *substância*; na Idade Média, com o conceito de *Deus* como *ser supremo*; em Descartes, no começo da modernidade, com o *cogito*; em Kant, com o *eu penso*; em Hegel, com a exposição do *saber absoluto*; e, como último *standard*, segundo Heidegger, com a *vontade de poder*, em Nietzsche.

Para Heidegger, todos os *princípios epocais*, e para Stein, todos os *standards* de racionalidade, apresentados ao longo da história, são entificadores. Daí a necessidade da desconstrução da filosofia da consciência e a (re)construção de uma filosofia fenomenológica e valorizadora do *ser*.

Esse novo *standard* de racionalidade baseado na fenomenologia hermenêutica tem como função não apresentar-se simplesmente como um princípio epocal, mas como aquilo que desde sempre era encoberto pelo princípio epocal: o *ser*, em sua mundanidade, em sua finitude.

O que se pretende proporcionar, a partir desta construção filosófica, que ora se desenvolve, é a possibilidade de um compromisso intersubjetivo escondido numa determinada forma de descrição de mundo (STEIN, 2004, p. 155), valorizando-se a diferença e as possibilidades construtivas da compreensão do mundo. Transpondo-se esta perspectiva para o direito, em especial para os direitos humanos, entende-se ser possível, juntamente com a NCD, ofertar contributos para o reconhecimento de uma visão hermenêutica mais adequada às transformações sociais e espaciais que seguem impactando neste novo século.

Antes de se prosseguir, é de suma importância advertir que a matriz teórica filosófica escolhida para se empreender, ao final, uma breve análise do Constitucionalismo Dirigente no Brasil, requer, impreterivelmente, a abordagem de algumas categorias da *fenomenologia heideggeriana* e da *filosofia hermenêutica gadameriana*, que são fundamentais, inclusive, para a proposta trazida pela NCD. Assim, sem a menor pretensão de se esgotar a vasta construção teórica dos referidos filósofos, segue-se com as análises das principais categorias para tal empreendimento que embasarão tanto as críticas quanto as possíveis soluções apresentadas daqui em diante.

1 A ONTOLOGIA FUNDAMENTAL E OS TEOREMAS HEIDEGGERIANOS: O CÍRCULO HERMENÊUTICO E A DIFERENÇA ONTOLÓGICA

A *ontologia fundamental* é proposta por como crítica à ontologia tradicional, que pode ser entendida como baseada na metafísica clássica, cujos paradigmas “Heidegger pretende desconstruir. Nesse sentido, Kant, Descartes e Aristóteles são os autores escolhidos para fazer a desconstrução” (STEIN, 2000, p. 48). Nas palavras de Ernildo Stein, *Ser e Tempo* visa a “destruição da ontologia do puramente subsistente” (STEIN, 1988, p. 9-10), de extração greco-cristã-moderna, da ontologia da coisa. A estratégia de formação dos conceitos da ontologia fundamental, segundo Stein, servia a um desígnio radical de mudança de paradigma na filosofia (STEIN, 1993, p. 73).

A busca de Heidegger se dá em direção àquilo que seja o fundamento de tudo, o conceito mais fundamental, algo que, segundo assinala, permanece sendo olvidado desde a Antigüidade clássica: *o ser*. Assim, o caminho escolhido em *Ser e Tempo* para aproximar-se do *ser* segue a indicação fenomenológica com influências do pensamento de Husserl. Para Heidegger (1998, p. 66), “a fenomenologia é a via de acesso e o modo

de verificação para se determinar o que deve constituir o tema da ontologia. *A ontologia só é possível como fenomenologia*”.

Se o homem é um *ente* que se caracteriza pela compreensão do seu próprio *ser*, a busca pelo *ser* deve partir dessa compreensão, que ocorre no *mundo*. Ela antecipa a consciência humana e a sustenta. Assim, ir às coisas nelas mesmas significa considerar como ponto de partida o homem em sua faticidade (SILVA FILHO, 2003, p. 171-172).

Surge, então, a análise do *ser-aí* (*Dasein*), em que o *Da* (o *aí*) é como as coisas que, ao aparecerem, chegam ao *ser*, não sendo desse modo uma “propriedade do *ser*, mas sim, o próprio *ser*”. De acordo com Streck (2001, p. 188), Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do *ser*; a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único *ente* que compreende o *ser*, que é o homem (*Dasein*), o *estar-aí*, que é o *ser-no-mundo*, que é *cuidado* (*Sorge*); *cuidado* é temporal. Assim, Heidegger (1998, p. 70) vai afirmar que é no *Dasein* (na *pre-sença*) que se há de encontrar o horizonte para compreensão e possível interpretação do *ser*.

Escreve Heidegger que a grande deficiência das abordagens filosóficas da tradição ocidental, que se desenham desde o idealismo platônico, está em procurar o *ser* do *ente* a partir do próprio *ente* em seu sentido imediato, sem passar pela necessária instância da compreensão que o *Dasein* (*ser-aí*) possui do *ser* enquanto é, desde sempre, *ser-no-mundo*. É como se os *entes* tivessem em si, independentemente de serem manifestações fundadas no *ser-em*, uma essência a *ser* captada pelo homem desde um ponto neutro. O resultado dessa abordagem revela uma *entificação* do *ser* ou *objetivação* do *ser* na manifestação do *ente*. Para Heidegger, a história da metafísica ocidental é a história do encobrimento do *ser*, isto é, da busca de um sentido fixo para o *ser* que, ao invés de manter sempre aberta a porta (melhor seria dizer *clareira*) para a revelação do *ser* enquanto acontecimento, não permite sequer que se tenha a consciência da existência de uma tal dimensão, tomando-se o efeito pela causa (SILVA FILHO, p. 173-174).

O *Dasein* e o *ser-no-mundo*, conforme Stein, representam o rompimento, o corte, com a tradição metafísica (STEIN, 2000, p. 48-66). A ruptura com a ideia de *ser* e *ente*, de objeto e coisa, de representação e representado é, entretanto, realizada pelo conceito de afecção (sentimento de situação) *que acompanha a compreensão e que o filósofo expressa de maneira sintética no conceito de cuidado*. Essa palavra tem um sentido ontológico, pois ela pretende romper com a ideia metafísica de que todos os enigmas da filosofia estariam resolvidos por uma resposta objetiva sobre a origem e o

fim do *ser* e dos *entes*. O *cuidado se constitui como o ser do Dasein*, porque nele se estabelece uma relação circular de afecção e compreensão, na medida em que é eliminada a idéia de representação e substituída por um modo de *ser-em*, de *ser-no-mundo* e de relação do *Dasein* consigo mesmo como *ter-que-ser* e *ser-para-a-morte* (**faticidade** e **existência**). O cuidado é o sentimento de situação e remete a uma relação temporal entre o *ser-aí* e o seu próprio *ser*, entre a compreensão que funda as possibilidades do *ser-aí* (*Dasein*) e a interpretação que as recolhe. O cuidado é o *ser* do *Dasein* porque este tem naquele o horizonte de seu sentido: a **temporalidade** (STEIN, 1988, p. 10-11). *Dasein* compreende o ser em virtude da sua temporalidade e em função do tempo (INWOOD, 2002).

O *Dasein* se comporta compreendendo. A compreensão do *ser* pertence ao modo de ser deste *ente*. Quanto mais originária e adequadamente se conseguir explicar esse *ente*, maior a segurança do alcance na caminhada rumo à elaboração do problema ontológico fundamental. O conceito de *ser* é o mais universal e o mais vazio, resistindo a toda tentativa de definição. Por ser o mais universal dos conceitos, prescinde de definição. Não se pode derivar o *ser* no sentido de uma definição a partir dos conceitos superiores nem explicá-lo por meio de conceitos inferiores. Por outro lado, visualizar, compreender, escolher são atitudes constitutivas do questionamento e, ao mesmo tempo, modos de ser de um determinado *ente*, *daquele ente que nós mesmos sempre somos*. Elaborar a questão do *ser* significa tornar transparente um *ente* em seu *ser*. Este *ente* que cada um de nós somos e que, dentre outras possibilidades possui, em seu *ser*, a de questionar, é designado como *Dasein* (*pré-sença, ser-aí*). O *ser* não pode ser concebido como *ente*; logo, o *ser* não é um *ente*. (STRECK, 2001, p. 189).

O homem é definido em sua *existência* como *poder-ser* e, conforme Streck (2001, p. 190), interpretando Heidegger, é aí que entra a noção de *ser-no-mundo*. Se o *estar-aí* é *ser-no-mundo*, o resultado da análise da mundanidade deverá refletir-se também na determinação das estruturas existenciais do *Dasein*. Vattimo (1996, p. 27) diz que *existência, Dasein* e *ser-no-mundo* são sinônimos. Assim, há que se definir precisamente a noção de mundo. Dessa forma, pode-se dizer que mundo não é, de modo algum, uma determinação do *ente* oposto ao *estar-aí*, mas que, pelo contrário, é uma característica do próprio *estar-aí*, isto é, o mundo é um *existencial*.

Nessa perspectiva, segue Vattimo (1996, p. 30), o mundo não é a soma das coisas, mas condição para que apareçam as coisas individuais, para que estas *sejam*. Por isso, pode-se afirmar que não há mundo, se não existe *Dasein*. Também é verdade que,

por sua vez, o *estar-aí* não é senão enquanto ser-no-mundo; mas a mundanidade do mundo funda-se apenas na base do *ser-aí*, e não, vice-versa. Por isso, como se viu, o mundo é uma característica própria do *ser-aí*.

O Dasein, explica Streck (2001, p. 190), na sua intimidade com a significatividade, *é condição ôntica da possibilidade de descobrir o ente que se encontra no mundo, no modo de ser da prestabilidade*. Daí que, para o estar-aí, ser no mundo equivale a ter originariamente intimidade com uma totalidade de significados. *O mundo não lhe é dado primariamente como um conjunto de “objetos” com os quais, num segundo momento, se relacionaria, ao atribuir-lhe os seus significados e funções*. As coisas já vêm dotadas de uma função, isto é, de um significado e podem manifestar-se-lhe como coisas, unicamente enquanto se inserem numa totalidade de significados de que o Dasein já dispõe.

O mundo só se nos dá na medida em que já temos sempre certo patrimônio de idéias, é dizer, certos **pré-juízos** que nos guiam na descoberta das coisas. O ser-no-mundo nada tem daquele “sujeito” do cogito da filosofia moderna, porque esta noção pressupõe precisamente que o sujeito é algo que se contrapõe a um “objeto” entendido como simples-presença. (STRECK, 2001, p. 190)

O *estar-aí* nunca é algo de fechado de que há de sair para ir ter com o mundo; o Dasein já é, sempre e constitutivamente, relação com o mundo, antes de toda distinção artificial entre sujeito e objeto. O conhecimento como interpretação não é o desenvolvimento e articulação das fantasias que o Dasein, como sujeito individual, possa ter sobre o mundo, mas sim, a elaboração da constitutiva e originária relação com o mundo que o constitui. É essa a idéia do conhecimento como articulação de uma *pre-compreensão* originária que Heidegger chama de “*círculo hermenêutico*”.

A partir da dinâmica da compreensão existencial de Heidegger, percebe-se o envolvimento em um círculo, pois sempre é preciso que o intérprete se mova dentro do que já foi compreendido, e – embora, mediante a interpretação, a compreensão volte tematizada – sempre permanecerá velado o horizonte de sustentação de qualquer atividade intelectual do intérprete.

Do ponto de vista cientificista, pretende-se alcançar um conhecimento sem pressupostos, a verdade pura, simples e objetiva. E é exatamente neste ponto que Heidegger enuncia que o decisivo não é sair do círculo, mas entrar nele de modo adequado (justo). O modo correto de entrar no círculo é perceber que realizar uma interpretação dos *entes* que remeta o homem (intérprete) para o seu horizonte prévio e fundante é a melhor maneira de se encontrar a verdade, a verdade sobre o *ser*. Daí se

assinalar que a interpretação pode se dirigir tanto para as verdadeiras possibilidades veladas no *ser-aí* (*Dasein*), quanto para determinações que se percam do próprio *ser*, que fujam deste retorno consciente à compreensão fundante. (SILVA FILHO, 2003, p. 63-64)

Essa fuga, chamada por Heidegger de *decaída*, ocorre quando, em vez de se assumir os *entes* que cercam os intérpretes do modo como aqueles aparecem, para que então se possa ir ali resgatar ou tematizar a compreensão prévia, opta-se por impor uma visão assumida como “verdadeira” antes mesmo do contato com o *ente*. Desse modo, assume-se uma verdade que não brotou do *ser*, uma verdade estática, muitas vezes passada de geração a geração, denominada por Heidegger de *conceitos populares* [*sensu comum* (*Warat*); *habitus dogmaticus* (*Streck*)]. O *ser* tende para a *decaída*, ou seja, é uma inclinação natural que se toma no significado que se solidifica no senso comum, o que está ante os olhos, como uma verdade objetiva, sem que o intérprete se aperceba que ela é derivada, e que, se for renunciada em prol de um contato legítimo com o *ente*, pode dar lugar ao *poder ser* mais próximo ao *ser-aí* (*Dasein*) mesmo, instaurando, pois, um genuíno direcionamento ao *ser* do intérprete, velado no estado de aberto deste. (SILVA FILHO, 2003, p. 64, nota 103)

Percebe-se, portanto, que, ao assumir o círculo hermenêutico como o modo de ser do *ser-aí*, Heidegger rompe com a clássica noção dicotômica de sujeito e objeto, rompe com a noção de conhecimento enquanto representação do real. Torna-se impossível uma total objetivação do real. Torna-se impossível uma total objetivação dos *entes*, pois qualquer proposição pressupõe uma estrutura prévia. E este pertencimento do *ser-aí* ao seu ser-no-mundo, à sua situação concreta e existencial, é chamado por Heidegger de cuidado (*Sorge, cura*), o que já foi explicado anteriormente.

A “*diferença ontológica*” é, ao lado do “*círculo hermenêutico*”, um dos dois teoremas fundamentais heideggerianos, como afirma Streck (2001, p. 198), para superar a metafísica. A metafísica, seja na sua versão aristotélico-tomista, seja no modo como é tratada a questão do conhecimento no paradigma da filosofia da consciência, *abandona o pensamento da diferença ontológica para se transformar em uma (mera) reflexão sobre a temática da diferença*, concebendo a diferença ôntica como simples diversidade dos fenômenos para a subjetividade, e a identidade do *ente* consigo mesmo como identidade e permanência da essência dos fenômenos para o pensamento.

Assim, a metafísica *entificou* o *ser*. Não *entificar* o *ser*, identificando-o com o *ente* ou um *ente*, significa, para Heidegger, superar a metafísica. Nesse sentido,

Heidegger vai criticar essa transformação do *ente* em objeto de representação, como algo já dado e que está à disposição, que irá sustentar a contemporânea cisão entre *ser* e *dever-ser*, cisão essa que se sustenta numa concepção de neutralidade axiológica do ser e entende os valores como produto da subjetividade (filosofia da consciência). (STRECK, 2001, p. 198)

É importante notar que, para sustentar a *separação ser/ente*, enfim, para negar a mesmidade (a síntese) entre ser e ente, a metafísica apela para a especialização, o método, a técnica. *O método – supremo momento da subjetividade – vai ter, assim, a função de encobrir, na ciência, a diferença ontológica.* Nesse exato sentido é que Heidegger vai dizer que *a essência da ciência moderna se fundamenta na essência da técnica. E a figura na qual impera o ser na era da técnica é o dispositivo.* Stein, citado por Streck, afirma: *“O dispositivo é a essência da técnica. (...) A essência da técnica é o dispositivo, porque o dispositivo é o que converte sempre o objeto em coisa.”* Por isso é preciso ter bem claro que a diferença ontológica é o suporte do *ser* do *ente*. No *ente* é pensado e dito o *ser*. O *ente* não existe como *ente*, ou seja, o *ente* não existe – no sentido de sua existência – sem estar junto ao *ser* (o *ente* só é no seu *ser* e o *ser* é sempre *ser-em*, *ser junto*). Este teorema, conforme mostra Stein, apresenta aquilo que o próprio Heidegger denominou de o “incontornável” para a ciência, que construíra todo o seu projeto racional-moderno fundado na noção de técnica, na qual se pregava uma rígida separação entre sujeito e objeto. (STRECK, 2001, p. 198-199).

Esses pressupostos heideggerianos serão fundamentais para dar substância ao projeto hermenêutico gadameriano. Em conjunto, eles servirão de suporte para aquilo que Lenio Luiz Streck chama de a *Nova Crítica do Direito* (NCD), conforme o item “3” deste texto.

2 A PRÉ-COMPREENSÃO GADAMERIANA E A CONSTRUÇÃO DE UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA EMANCIPADORA

Gadamer, recorrendo a Heidegger, procura mostrar que, para a descrição do círculo hermenêutico, não é necessário, em primeiro lugar, recorrer a uma práxis da compreensão, mas descrever a forma de realização da própria interpretação compreensiva. Nesse sentido, a descrição como forma de realização da própria interpretação compreensiva tornar-se-á evidente a qualquer pessoa que saiba o que faz, pois, para Gadamer, toda interpretação correta tem que se proteger da arbitrariedade de

instituições repentinas e da estreiteza de hábitos de pensar imperceptíveis e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas”. (GADAMER, 2004, p. 354-361).

Esta perspectiva de olhar as “coisas elas mesmas” só se faz possível na medida em que a hermenêutica, neste caso a jurídica, que aqui interessa, se apresenta como uma proposta de descrever as condições reais do intérprete e não uma oferta de critérios ou métodos científicos, como se pode ver em Gadamer e nos seus interlocutores, como, por exemplo, Fernandez-Largo (1993, p. 94-95) e Lenio Streck (2001, p. 210).

As discussões contidas em *Verdade e Método* – principal obra de Gadamer – trazem à baila a importância de valores considerados centrais para a postura hermenêutica: a experiência, a compreensão, a historicidade, a linguisticidade. A postura jurídica tradicional acaba por contrariar todos esses valores, cristalizando, assim, uma visão hermenêutica fundada, justamente, naquela postura filosófica metafísica tradicional criticada por Heidegger, conforme se observou no item anterior.

Assim, contra a experiência, estão postados os teóricos da objetividade e neutralidade da ciência jurídica; contra a historicidade, os teóricos da universalidade da razão e da *atemporalidade* do sentido jurídico; contra a linguisticidade, os teóricos para os quais a língua não possuía qualquer interferência no processo de constituição de sentido jurídico. A erosão desses modelos, conforme observa Bittar (2002, p. 200), coloca ainda mais em evidência a proposta hermenêutica de Gadamer.

Segundo Stein (2004, p. 165), o que importa, para Gadamer, é mostrar como a razão deve ser recuperada na historicidade do sentido, e essa tarefa se constitui na autocompreensão que o ser humano alcança como participante e intérprete da tradição histórica. Essa, segundo Gadamer (2004, p. 467), não é simplesmente um acontecer a partir do qual se aprende a conhecer e a dominar pela experiência, mas é ‘linguagem’, isto é, “fala por si mesma, como um tu”.

Neste diapasão, a importância da linguagem para a hermenêutica filosófica é tão grande, que só mesmo invocando as palavras do próprio Gadamer (2004, p. 571-572) consegue-se resumir:

A linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham *mundo*, nela se representa o *mundo*. (...)

Não só mundo é mundo apenas quando vem à linguagem, como a própria linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo. A originária humanidade da linguagem significa, portanto, ao mesmo tempo, o originário caráter de linguagem do estar-no-mundo do homem.

Na hermenêutica gadameriana, portanto, a linguagem ocupa a destacada posição de condição de possibilidade para que o homem tenha acesso ao mundo e ao processo interpretativo. A linguagem possui uma estrutura especulativa que não consiste em ser cópia de algo dado de modo fixo, mas, num *vir-à-fala*, onde se enuncia um todo de sentido. Assim, Gadamer (2004, p. 612) resume emblematicamente: *ser que pode ser compreendido é linguagem*.

No direito, a proposta teórica de *Verdade e Método* contraria todas as tendências da hermenêutica tradicional, tal como praticada e apregoada pela dogmática jurídica. Nesse viés, o autor alemão rompe com qualquer possibilidade de um saber reprodutivo acerca do direito, acentuando que a interpretação da lei é uma tarefa criativa. (STRECK, 2001, p. 208).

A tarefa da interpretação consiste, então, em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito fica reservada ao julgador, mas ele se encontra, por sua vez, sujeito à lei, assim como está todo e qualquer outro membro da comunidade jurídica. Gadamer (2004, p. 426-447) destaca o papel da hermenêutica jurídica com relação à dogmática, afirmando não ser sustentável a idéia de uma dogmática jurídica total sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção.

A interpretação se torna necessária onde o sentido de um texto não se deixa compreender imediatamente. Dessa forma, pode-se afirmar que jamais existirá um leitor que, com um texto ante seus olhos, leia simplesmente o que está nele. Em toda leitura tem lugar uma aplicação e aquele que lê um texto se encontra dentro do sentido que percebe. O leitor pertence ao texto compreendido. E sempre há de ocorrer que a linha de sentido vai se mostrando a ele ao longo da leitura de um texto, constituindo-se, assim, uma indeterminação aberta (GADAMER, 2004, p. 482-505). Por isso, a interpretação requer uma pré-compreensão anterior, na medida em que o sentido do texto é atribuído por aquele que interpreta.

Dentro dessa perspectiva gadameriana, Streck (2001, p. 211), citando Hesse, afirma que o teor da norma somente se complementa no ato interpretativo. A concretização da norma pelo intérprete, portanto, vai pressupor (sempre) uma pré-compreensão. Dessa maneira, o momento da pré-compreensão determina o processo de concretização: a concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma a concretizar, a qual não cabe desvincular da pré-compreensão do intérprete nem do

problema a solucionar. Assim, é possível, ao intérprete, relacionar a força normativa da Constituição à determinada realidade (HESSE, 1991).

O intérprete, portanto, arremata Streck (2001, p. 211), compreende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão, que é a que vai lhe permitir contemplar a norma desde certas expectativas, fazer uma ideia do conjunto e perfilar um primeiro projeto, ainda necessitado de comprovação, correção e revisão, mediante a progressiva aproximação da coisa por parte dos projetos em cada caso revisados, com o que a unidade de sentido fica claramente fixada. Dada essa presença do pré-juízo em toda compreensão, trata-se de não se limitar a executar as antecipações da pré-compreensão, sendo, pelo contrário, consciente delas e explicando-as, respondendo assim ao primeiro comando de toda interpretação: proteger-se contra o arbítrio das ideias e a estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar “para as coisas mesmas”, como dito no início deste item.

Cumprido salientar, ainda, a noção de *applicatio*, que tem sido uma das categorias gadamerianas mais comentadas no direito. Nessa categoria, delimita-se, primeiramente, que todo conhecimento produzido é, em si, o desenvolvimento de uma compreensão prévia que sempre antecipa o intérprete. A partir desse ponto se constata, em nível ontológico, a indissociabilidade entre compreensão e interpretação. Gadamer aponta também a indissociabilidade entre interpretação e aplicação como decorrência da fusão de horizontes, onde o intérprete, situado em seus pressupostos, ao se dar conta deles, propicia o aparecimento da novidade que o objeto a ser interpretado descortina. Diante disso, afasta-se a noção de interpretação “em fatias”, preponderante no direito, na qual o intérprete primeiro compreenderia, depois interpretaria para, finalmente, aplicar o direito. Todavia, a concepção gadameriana de *applicatio* afasta esta concepção hermenêutica tradicional. (SILVA FILHO, 2003, p. 152).

3 O PAPEL DA NOVA CRÍTICA DO DIREITO (NCD) NA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA

A Nova Crítica do Direito (NCD), termo cunhado por Lenio Luiz Streck, consiste na pretensão de se construir um arcabouço teórico, baseado fundamentalmente nas obras de Heidegger e Gadamer, capaz de considerar o viés produtivo da interpretação sob o paradigma “pós viragem lingüística” e “pós viragem ontológica”, levando-se em consideração a fusão de horizontes gerada pelo processo de

compreensão. Esse processo, por sua vez, como se viu anteriormente, passa por uma pré-compreensão que, na verdade, acaba por fundar todo o processo interpretativo. (STRECK, 2001 e 2004).

A NCD busca desmistificar o discurso da dogmática tradicional, afastando os influxos metafísicos da *ontologia objetificante aristotélico-tomista* e da *filosofia da consciência*, predominantes na pré-compreensão do jurista, capazes de gerar *pre-juízos inautênticos* no intérprete. Estes *pre-juízos inautênticos* acabam por inviabilizar o *desvelamento* do ser daquilo que se interpreta, na medida em que impedem a interpretação da “coisa mesma”, transformando-a na “mesma coisa”.

De acordo com Gadamer (2004, p. 433), autor amplamente trabalhado por Streck, na relação entre hermenêutica jurídica e a dogmática, a primeira detém a primazia sobre a segunda, pois, segundo o filósofo alemão, a idéia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer interpretação como um simples ato de subsunção, não tem sustentação.

A noção deste novo paradigma, também com aporte em Heidegger, mostra que compreender não é um modo de conhecer, mas é um modo de ser, *isto porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão (o homem já compreende o ser)! A verdade não é uma questão de método. Será, sim, uma questão relativa à manifestação do ser, para um ser cuja existência consiste na compreensão do ser.* (STRECK, 2004, p. 207).

Nesse sentido, a hermenêutica jurídica repousa sobre a hermenêutica filosófica, pois, como aduz Stein (2004, p. 163-164), em tudo em que o Direito enuncia nos códigos ou na Constituição, opera uma historicidade e um sentido que, desde sempre, vêm antecipados na pré-compreensão, sendo dela decorrente o processo de autocompreensão que sempre acompanha a compreensão de qualquer texto do Direito.

Em suma, na NCD, tem-se que compreensão, interpretação, linguagem e hermenêutica estão inter-relacionadas entre si. A compreensão é que dá ao intérprete o horizonte de sentido, podendo-se afirmar, portanto, que o ser humano existe e se constitui a partir da compreensão. Interpretar é explicitar a compreensão, e a linguagem é condição de possibilidade desta explicitação. Sem a linguagem não existe sentido, vez que não há como transmitir-se o saber. A hermenêutica, por fim, como um conjunto de todas essas operações, compreende o *ser do ente* que se manifesta fenomenologicamente.

Por fim, deve-se ressaltar que a visão hermenêutica da NCD busca denunciar aquilo que se convencionou chamar de “baixa constitucionalidade”, que seria justamente a ausência do devido *des-velamento* do *ser* do *ente Constituição*, gerado pelos **pré-juízos inautênticos** dos juristas, manifestados na falta da devida compreensão dos ditames constitucionais dentro do Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, conforme se vê a seguir, não é dado, mas construído hermeneuticamente, pois, como defende José Afonso da Silva (1997, p. 119),

A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.

Dessa forma, qualificado pelo *Democrático*, a noção de Estado de Direito assume um viés material de concretização de uma vida digna ao homem e assume simbolicamente o caráter de fomentador da participação pública, exigindo, assim, em especial, por parte dos juristas a assunção de uma postura hermenêutica capaz de alcançar e revelar as potencialidades de tal fenômeno. (SILVA, 1997, p. 119-121)

4 O SUBSTANCIALISMO HERMENÊUTICO E CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE

Analisando-se o movimento de redemocratização do Estado brasileiro, iniciado na década de 1980, percebe-se que o intuito daqueles que se reuniram no movimento constituinte não foi apenas o de participar do processo de reconstrução do Estado de Direito, após anos de autoritarismo militar, mas também – em oposição ao positivismo e revelando um compromisso com os ideais do pensamento comunitário – dar um fundamento ético à nova ordem constitucional brasileira, tomando-a como estrutura normativa que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta. Nessa perspectiva, “os representantes deste constitucionalismo “comunitário” se contrapõem à ideia de que a tarefa primordial da Constituição é a defesa da autonomia dos indivíduos (e da sociedade) contra um poder público inimigo, por meio da criação de um sistema fechado de garantias da vida privada. (CITTADINO, 2004, p. 1-73).

Como assinala Cittadino (2004, p. 228), a atuação decisiva dos constitucionalistas “comunitários” no processo constituinte dos anos 80 foi fundamental

para a incorporação, por parte da Constituição de 1988, de todos esses compromissos, podendo-se enumerar várias ‘marcas comunitárias’ no ordenamento constitucional:

em seu preâmbulo, quando identifica a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira; ao definir os objetivos e fundamentos do Estado Brasileiro, destacando a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade justa e solidária; ao adotar diversos institutos processuais que asseguram o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, revelando um compromisso com a soberania popular e com a democracia participativa; e finalmente quando confere ao Supremo Tribunal Federal atribuições jurídico-políticas de uma Corte Constitucional.

É importante notar que o traço marcante do comunitarismo que Cittadino (2004, p. 226) identifica na postura assumida pela Constituição de 1988, qual seja, a equiparação de princípios e normas constitucionais a *valores*, não encontra inspiração em um movimento ou em uma teoria específica, mas nas concepções de comunitaristas, como as de Taylor e Arckeman, e no movimento constitucional “comunitário alemão” que, por sua vez, também influenciou o constitucionalismo português e o espanhol.

Nessa perspectiva, a noção de Estado é acoplada ao *conteúdo material das constituições*, mediante seus *valores substantivos* compartilhados historicamente, numa tradição, pois a teoria dos direitos humanos

não proíbe de maneira alguma que os cidadãos do Estado Democrático de Direito, no âmbito de uma ordem estatal conjunta, validem uma concepção do que seja bom, advenha ela da própria origem cultural, ou de um consenso alcançado em discursos de natureza política; entretanto, essa mesma teoria proíbe sim, *no interior do Estado*, que se privilegie uma forma de vida em detrimento de outra. (HABERMAS, 2002, p. 248)

E parece que, mesmo estando definidos, democraticamente, os *valores* (destaque para a dignidade humana) e suas prioridades na Constituição, as possibilidades que são constantemente abertas para a aplicação (*applicatio*) do direito exigem do jurista, em especial do juiz, a devida postura hermenêutica em cada caso concreto. Por isso, no Estado Democrático de Direito, a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico (STRECK, 2004, p. 148). Dentro da moldura constitucional, encerram-se mais que preceitos normativos, tendo em vista a sua forte carga ideológica e simbólica.

Por isso, apesar de não ser objeto central da presente pesquisa o estudo do constitucionalismo e sua evolução histórica, é válido ressaltar, ainda que resumidamente, a importância da implementação de um projeto constitucional adequado à modernidade periférica brasileira, seja como tentativa de defesa diante dos

devastadores “ataques neoliberais” ao Estado brasileiro, seja na luta pela defesa dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988 e nos tratados internacionais de direitos humanos.

É nesse sentido que Streck sai em defesa do constitucionalismo dirigente e da necessidade de sua adequação aos países de modernidade tardia, como o Brasil. Baseando-se na teoria elaborada por Canotilho, o autor defende a superação da noção da existência de normas meramente programáticas advindas do texto constitucional, pregando a importância dos princípios e da materialidade da Constituição. Para tanto, de fundamental importância se faz o emprego da Hermenêutica Filosófica em sua aplicação (*aplicatio*). Por isso, sintetiza Streck (2004, p. 127),

a Constituição que exsurge desse novo paradigma é diferenciado, constituidor, dirigente e programático [mas não como receituário omnicompreensivo e totalizante, enfim, como fundamento último (...)], isto porque o Direito, nesta quadra, *assume uma nova feição*; não mais a proteção do indivíduo, enquanto mônada, pretensamente autônomo (espécie de Barão de Münchhausen), *mas, sim, a implementação de direitos fundamentais sociais até então* (e no Brasil até hoje) *sonegados pelo paradigma liberal-individualista-normativista*, o qual, como já explicitado, calca-se na filosofia do sujeito e na filosofia da consciência.

É importante frisar que, no paradigma que antecede à noção de Constituição programático-dirigente, o texto constitucional era entendido como uma terceira coisa que se interpunha entre o sujeito (filosofia da consciência) e o objeto (a sociedade). A linguagem constituinte, da busca do novo, da emancipação da sociedade, da busca da afirmação da dignidade – defendendo-se/implementando-se direitos fundamentais –, “do resgate de promessas da modernidade, dramaticamente sonegadas em países periféricos como o Brasil, passa a ser, no interior do novo paradigma, condição de possibilidade desse novo” (STRECK, 2004, p. 127), pois, na tradição engendradora pela noção de Estado Democrático de Direito, não se configura mais um constitucionalismo de cariz liberal, mas sim, um constitucionalismo hermenêuticamente construído em um novo-modo-de-ser, instituído pelo pacto constituinte, que estabelece os limites do mundo jurídico-social.

Na verdade, não há uma Teoria da Constituição, mas várias Teorias da Constituição, adequadas a determinadas realidades concretas (MOREIRA, 2010). Daí, então, exsurge a noção acerca da continuidade do projeto de um constitucionalismo dirigente moldado – a partir do movimento constituinte pós-ditadura militar no Brasil – de acordo com as características/necessidades pátrias, logicamente inseridas também num contexto de transformações globais.

A ideia é, então, trabalhar-se uma teoria da constituição adequada a um país periférico, como o Brasil – no qual o Estado social foi um simulacro –, e que sofre com o impacto da globalização neoliberal. Ou seja, é preciso assegurar, dentro do possível, ainda que com grandes dificuldades, um núcleo mínimo valorativo, construído/reconhecido sócio-historicamente contrário ao que Marcelo Neves (1995, p. 158) chama de “desconstitucionalização fática” ou “concretização desconstitucionalizante que,

(...) nos âmbitos das ‘Constituições nominalistas’ dos países periféricos, destacando-se o Brasil, atua no sentido da manutenção do status quo social. Serve à permanência das estruturas reais de poder, em desacordo com o modelo textual de Constituição, cuja efetivação relevante importaria profundas transformações sociais.

Por outro lado, além de buscar denunciar os “ataques” ao projeto constitucional programático-dirigente brasileiro de 1988, a hermenêutica filosófica aplicada no direito, de caráter substancialista, está nessa luta, nessa resistência em prol da manutenção da democracia e da garantia dos direitos fundamentais. E o ponto de contato, portanto, entre a postura substancialista¹ e a comunitarista² pode ser identificado, em síntese, na ideia de Constituição como um conjunto de valores compartilhados por determinada comunidade política, cabendo ao intérprete revelar à sociedade o seu existir comunitário. E esse processo de revelação não se faz possível, no campo jurídico, principalmente, quando não há a devida adaptação de teorias importadas de modelos centrais.

Todavia parece não restar dúvidas de que há uma *crise de paradigmas que obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição* e, em especial, para a presente pesquisa, dos direitos fundamentais: trata-se das *crises do paradigma* objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência), bases da concepção liberal-individualista-normativista do direito, *que se constitui, em outro nível, na crise de modelos de direito*, pela qual, muito embora já se tenha, desde 1988, um novo modelo de direito, o modo-de-fazer-direito do jurista brasileiro continua sendo o mesmo de antanho, isto é, *olha-se o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível* (STRECK, 2003, p. 108). E, a partir desta crítica, trabalhar-se-á, nos capítulos subsequentes, como um exemplo privilegiado, a questão da

¹ As posturas substancialistas podem ser enquadradas como aquelas defendidas, por exemplo, por Dworkin e Cappelletti. Cf. STRECK (2004, p. 161-96); CITTADINO (2004, p. 152-9).

² São exemplos de autores comunitaristas: Walzer e Arckeman. CITTADINO (2004, p. 118-36).

incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pela Constituição de 1988 e a sua (in)aplicabilidade no âmbito da decidibilidade jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a pesquisa realizada e materializada no presente texto, logram-se alguns apontamentos conclusivos - que pelo caráter ainda em construção de uma pesquisa mais ampla – em forma articulada:

a) O modo de produção do direito – assentado, por sua vez, no modelo liberal/individual/normativista e na filosofia da consciência (cientificista), com influxos metafísicos objetificantes, nitidamente encobridor de potencialidades transformadoras (do direito), mantenedor de uma situação altamente desfavorável para a maioria da população –, mostrou-se ainda mais incapaz de lidar com a realidade, principalmente, a partir da explicitação de um novo projeto (comunitário) de Estado, qual seja, o Democrático de Direito. Não pela promessa em si de um novo convívio social, fundado na democracia e na garantia da defesa dos direitos humanos, mas pelo anseio e pela esperança de ter, constantemente revigorados, na *praxis*, os valores comunitariamente compartilhados;

b) diante desse cenário de crise, que se espalha também no âmbito da (pré)compreensão inautêntica (no sentido heideggeriano) acerca das peculiaridades de um constitucionalismo dirigente adequado à realidade brasileira, buscou-se por intermédio de uma hermenêutica de cariz heideggeriano e gadameriano uma breve discussão acerca dos pressupostos filosóficos para a afirmação de um “substancialismo constitucional”;

c) com fundamento nessas bases, apresentou-se a proposta de Streck, chamada de uma Nova Crítica do Direito, não como uma panaceia para o *déficit* de efetividade do texto constitucional brasileiro, mas como uma proposta para o reconhecimento da ética na postura do intérprete, como um *ser-no-mundo* que se encontra envolto em sua faticidade e inserido numa historicidade. Por consequência, este reconhecimento pode, também, contribuir para o resgate da *ansiosa* busca pela concretização da justiça na medida em que se reconhece o caráter ontológico da atribuição de sentido no processo interpretativo, aproximando o Direito do mundo da vida e não o enclausurando em abstrações jurídicas;

c) para países de modernidade diferenciada como o Brasil, cujo desenvolvimento estatal muito pouco contribuiu para os cidadãos(?) menos favorecidos, a proposta hermenêutica da implementação do Estado Democrático de Direito, sustentado na democracia e nos direitos fundamentais, parece ser ainda a mais viável para se tentar conciliar os projetos (comunitários) constitucionais. Para tanto, é preciso reconhecer a fragilidade cada vez maior da grande massa oprimida – principalmente em países periféricos - e tentar, de alguma forma, contribuir para uma espécie de resistência em prol dos direitos humanos, promovendo-se um redimensionamento na dogmática jurídica.

d) Este redirecionamento passa, sobretudo, por uma revisão das próprias bases da Teoria da Constituição no Brasil, que ainda carece de uma visão (construção) mais cuidadosa em relação às peculiaridades de um país ainda longe de se alcançar um pleno desenvolvimento social, mas isso é um assunto para um desdobramento filosófico-político desta pesquisa.

BIBLIOGRAFIA

BITTAR, Eduardo C. B. “Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica”, p. 181-201. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid, Espana: Universidad de Valladolid, 1993.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 6. ed. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Revisão da Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. “A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito”, p. 229-67. Traduzido por Paulo A. Soethe. In: **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Traduzido por Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1998.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Traduzido por Luíza Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito, 2010.

NEVES, Marcelo. “Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática. Mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder”. In: **Revista Trimestral de Direito público**, São Paulo, n. 12, p. 156-67, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e Direito: O Exemplo Privilegiado da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STEIN, Ernildo. **Diferença e Metafísica: Ensaio sobre a desconstrução**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

_____. **Exercícios de Fenomenologia: Limites de um paradigma**. Ijuí (RS): Unijuí, 2004.

_____. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1988.

_____. **Seminário sobre a verdade: Lições preliminares sobre o parágrafo 44 de *Sein und Zeit***. Petrópolis: Vozes, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. “A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma Nova Crítica do Direito (NCD)”, p. 103-40. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger.** 10. ed. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.