

MATIZES FILOSOFICAS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: DO POSITIVISMO A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES

Christina Barbosa de Oliveira¹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo estudar a hermenêutica constitucional por meio de sua evolução histórica, donde emergem novas possibilidades de percepção e funcionamento do Direito sob um novo paradigma intelectual da atualidade: a valoração.

PALAVRAS-CHAVES: Hermenêutica. Valoração. Pós-modernidade.

ABSTRACT: The present work aims to study the constitutional hermeneutics through its historical evolution, where new possibilities emerge perception and operation of law under a new intellectual paradigm today: valuation.

KEYWORDS: Hermeneutics. Valuation. Postmodernity.

1. INTRODUÇÃO

Por meio do presente artigo, busca-se perscrutar a evolução dos fundamentos filosóficos da Hermenêutica Constitucional contemporânea. Para tanto, far-se-á um breve estudo da etimologia do termo, diferenciando-o do seu congênere.

Em seguida, serão apresentados os modelos clássicos de hermenêutica constitucional, alertando para suas peculiaridades e semelhanças com os modelos aplicáveis as leis em geral para, após; numa ordem cronológica, aduzir-se as raízes filosóficas da hermenêutica constitucional. Nesse ponto, restará evidente o avanço da hermenêutica, antes; orientada pelo formalismo do pensamento positivista para; após, estar fulcrada na valoração dos fatos sociais.

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana. Servidora Pública Federal e Professora de Direito Previdenciário na Faculdade Anísio Teixeira E-mail: christinadeoliveira@yahoo.com.br

Por fim, como protagonista na aplicação dessa nova compreensão, será aduzido o papel do Judiciário, bem como as perplexidades de sua atuação e os desafios na condução desse novo processo; o qual guarda perigos manifestos, todavia de cunho irreversível.

2. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Embora possam ser confundidos, é contestável a ideia de que os termos hermenêutica e interpretação sejam sinônimos.

Segundo Paulo de Barros Carvalho² “para bem explicar a diferença que se instala entre a Hermenêutica e a interpretação, convém dizer que neste instante, enquanto tratamos de modo genérico, dos meios, dos critérios e esquemas interpretativos, estamos laborando em campo nitidamente hermenêutico. Agora, se nos propusermos analisar um determinado dispositivo legal e formos aplicar os princípios, instrumentos e fórmulas preconizados pela Hermenêutica, aí, sim, estaremos certamente desenvolvendo uma atividade interpretativa”.

Nesse sentido, foi a interpretação da norma que deu lugar ao nascimento da hermenêutica jurídica³.

As raízes da palavra hermenêutica residem no verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido por interpretar, bem como no substantivo *hermeneia*, a designar interpretação. A etimologia registra ainda que a palavra interpretação provém do termo latino *interpretare* (inter-penetrare), significando penetrar mais para dentro. Isto se deve à prática religiosa de feiticeiros e adivinhos, os quais introduziam suas mãos nas entranhas de animais mortos, a fim de conhecer o destino das pessoas e obter respostas para os problemas humanos.⁴

²CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Ed. Saraiva, 7ª edição, 1995, pág. 72.

³SILVA E NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional: atualizado até a EC nº 56, de 20 de dezembro de 2007 e Súmula Vinculante nº 31, de 17/02/2010**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 7ª edição, 2011, pág. 85

⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Direito como Universo Hermenêutico**. Disponível em <http://artigojurisetjre.blogspot.com.br/2011/02/ricardo-mauricio-freire-soares.html>, Acesso em 11 de fevereiro de 2013.

Além disso, muitos autores correlacionam o termo ao deus grego Hermes, o mensageiro dos deuses - a quem se atribui a origem da linguagem e da escrita -, que tinha o dom de permitir às divindades falarem entre si e também aos homens.

Filosoficamente, no fim século XVIII, e no início do XIX, com Schleiermacher (1768-1834) e Dilthey (1833-1911), a hermenêutica aparece como problema. Schleiermacher pretendia construir uma Hermenêutica Geral, como *arte da compreensão*, em oposição a Dilthey que pretendia oferecer às Ciências do Espírito o mesmo estatuto epistemológico das Ciências da Natureza; tratava-se de construir uma *crítica do conhecimento histórico*. De uma forma ou de outra, fato é que o termo está diretamente associado à idéia de compreensão de algo antes ininteligível.⁵

Na atualidade, a hermenêutica mantém-se associada à ideia de compreensão, todavia, libertada do caráter dogmático, é um posicionamento interpretativo frente aos problemas do ser⁶.

Tanto é assim que, segundo Dirley da Cunha Júnior, por interpretação jurídica, deve-se entender a atividade prática de *revelar/atribuir* o sentido e o alcance das disposições normativas, com a finalidade de *aplicá-las* a situações concretas, pois interpretar é determinar o conteúdo e significado dos textos visando solucionar o caso concreto. Não se interpreta em vão, ou por mero diletantismo, mas para resolver problemas jurídicos concretos.⁷

É sob esse aspecto que se pretende estudar a hermenêutica neste artigo; pois tudo que é apreendido e representado pelo sujeito cognoscente depende de práticas interpretativas. [...] sendo a hermenêutica inseparável da própria vida humana⁸.

⁵UCHÔA, Marcelo Ribeiro e MARTINS, Pedro Saboya. Análise do capítulo I do livro *Hermenêutica filosófica e constitucional*, (PEREIRA, Rodolfo Viana. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Páginas 01-80), apresentada à cadeira Hermenêutica Jurídica, lecionada pelo professor Paulo Antônio de Menezes Albuquerque, no Mestrado em Direito Constitucional, da UNIFOR – Universidade de Fortaleza, em setembro de 2005.

⁶ RODRIGUES, Vicente Oberto. **Hermenêutica filosófica como condição de possibilidade para o acontecimento (Ereignen) constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1923, 6 out. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11802>>. Acesso em: 11 fev. 2013.

⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição, editora JusPodivm, revista, ampliada e atualizada, Salvador: 2012, pág. 200.

⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Ob. cit.*

3. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: PROCESSOS CLASSICOS

Desponta como de importância fundamental, antes de perscrutar as matizes filosóficas da hermenêutica, um sucinto estudo dos métodos clássicos de interpretação das normas, em especial, das normas constitucionais.

Segundo Manoel Jorge e Silva Neto, interpretar é ato atávico do ser humano. O próprio fato de existir pode ser considerado como processo constante de interpretação. [...] desde o acordar até o adormecimento estamos “a interpretar.”⁹

Em se tratando de normas constitucionais, a interpretação e aplicação requerem métodos e princípios próprios e adequados que lhe confirmem a peculiaridade e autonomia que a espécie reclama¹⁰, destacando-se a supremacia de suas normas, a natureza da linguagem que adota, o seu conteúdo específico e o seu forte caráter político.¹¹

Contudo, como alerta Manoel Jorge e Silva Neto, a par das peculiaridades e hermenêutica específica, a interpretação constitucional é também informada por critérios utilizados para se alcançar o sentido das leis ordinárias (se bem que compareçam com importância bastante relativizada em virtude da antedita especificidade da norma constitucional)¹².

Segundo Larenz, a metodologia de SAVIGNY foi a primeira, após o ocaso do Direito natural (moderno) a sistematizar um método hermenêutico¹³ (chamado clássico),

⁹SILVA E NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional: atualizado até a EC nº 56, de 20 de dezembro de 2007 e Súmula Vinculante nº 31, de 17/02/2010**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 7ª edição, 2011, pág. 83.

¹⁰ Embora existam autores que discordem desta assertiva, como Uadi Lammego Bulos, para quem se aplicam os mesmos critérios de interpretação dos outros ramos do Direito.

¹¹CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição, editora JusPodivm, revista, ampliada e atualizada, Salvador: 2012, pág. 204.

¹²SILVA E NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional: Ob. Cit**, pág. 89-90.

¹³LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, Tradução de José Lamago, pág. 6. “[...] a metodologia de SAVIGNY é a primeira após o ocaso do Direito natural (moderno); ele não se limitou a expô-la por diversas vezes, mas empreendeu a sua própria aplicação. A sua metodologia influenciou duradouramente a literatura juscientífica do século XIX, mesmo onde se intentava a sua refutação”.

que parte da premissa de que a Constituição é, para todos os efeitos, uma lei. Portanto, interpretar a Constituição é interpretar uma lei, a chamada tese da identidade.

Assim, ao tratar de cada um dos métodos clássicos, de início, mister ter em mente a ideia de que uma interpretação jurídica deve salvaguardar o princípio da legalidade, visto que o texto é, ao mesmo tempo, o ponto de partida e o limite da tarefa interpretativa (o intérprete não pode ir além e muito menos contra o sentido literal da norma).

O primeiro modelo interpretativo foi a interpretação literal ou gramatical das normas jurídicas (leis), a qual teve seu auge após a publicação do Código Civil de Napoleão, mais precisamente por volta do século XIX. Sob essa forma de interpretação teve grande influência um movimento denominado Escola de Exegese.

De fato, é através do elemento gramatical que o intérprete trava seu primeiro contato na compreensão da norma legal. A interpretação gramatical analisa o valor semântico das palavras empregadas no texto (sintaxe), na qual o aplicador examina cada vocábulo do texto normativo, isolando-o ou em cotejo com o resto da sentença (análise sintática), pesquisando a origem etimológica ou atentando inclusive para a pontuação.¹⁴

Nessa perspectiva foi que se desenvolveram os estudos de Ferdinand Saussure. O autor, desprezando o discurso, centrou-se nas regras que permitem a língua operar; interessando-se na INFRAESTRUTURA da língua; naquilo que é COMUM a todos os falantes e que funciona em nível inconsciente; numa evidente ideia de conferir cientificidade ao estudo; relacionando a língua apenas com que lhe é pertinente (SINCRONIA), sem relacioná-la com a HISTÓRIA (DIACRONIA).

Na hermenêutica, foi com Claude Lévi-Strauss que as ideias de Saussure foram aplicadas, surgindo o Estruturalismo Antropológico. Em breves linhas, Strauss entende que, como leitores, podemos permanecer SUSPENSOS do texto, tratá-lo apenas como texto SEM MUNDO e SEM AUTOR e explicá-lo então por suas relações INTERNAS; por suas ESTRUTURAS; fugindo assim da subjetividade do autor e alcançando a objetividade do texto.

¹⁴SILVA E NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional: Ob. Cit**, pág. 88.

Não obstante, embora seja inegável a importância de tal método interpretativo para o descobrimento do sentido da norma constitucional, a interpretação calcada exclusivamente neste critério não estará apta a abarcar a compreensibilidade do fenômeno jurídico, que desprezará o elemento contextual e valorativo, vinculando-se ao texto normativo apenas.¹⁵

Nesse sentido, as críticas de Rudolf Von Jhering e Friedrich Muller que apontaram a necessidade de, na interpretação, considerar-se os dados extralingüísticos, sob pena de dissociação a realidade fática¹⁶.

Dando-se continuidade à análise dos processos de interpretação clássicos, têm-se o processo lógico dedutivo que empresta da Lógica Geral seus fundamentos.

A interpretação lógica busca chegar ao conhecimento do Direito mediante deduções lógicas ou silogismos, com o qual Aristóteles designou a “argumentação lógica perfeita”, constituída de três proposições declarativas. Tais se conectam de tal modo que, a partir das duas primeiras, chamadas premissas, é possível deduzir uma conclusão (se A é igual a B e se B é igual a C, então A é igual a C).

Todavia, fortes críticas contra o referido dedutivismo e ao que denominaram modelo mecânico de decisão judicial foram lançadas, especialmente por J. Holmes e Roscoe Pound.

Considerados autores anti-conceitualistas, para eles, explicar o significado da lei envolveria elementos externos ao Direito (*law in actio* era diferente da *law in books*), padecendo o raciocínio jurídico lógico-dedutivo do necessário realismo e construtivismo inerentes ao fato social (semelhante ao processo norte-americano do *common law*)¹⁷

¹⁵ *Idem, Ibidem.*

¹⁶ “Para além de tudo, no entanto, não há-de esquecer-se o significativo contributo de JHERING para a evolução da ciência do Direito - evolução que, no seu curso ulterior, nunca mais dele pôde abstrair - e que se traduz no reconhecimento de que toda a proposição jurídica tem necessariamente de ser vista também na sua função social: ela aspira a conformar a existência social e, por conseguinte, ordena-se, pelo seu próprio sentido, a um fim social. Daqui emerge, para a ciência do Direito, a necessidade de um pensamento teleológico. (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, Tradução de José Lamego, pág.62)

¹⁷ OLIVEIRA VIANNA, Francisco José de. **Novos Métodos de Hermenêutica Constitucional**, Revista Forense, 72 (1937) págs.5-14.

Já a interpretação sistemática toma por parâmetro o sistema em que está inserida a norma jurídica, promovendo o inter-relacionamento com os outros dispositivos remanescentes a versarem sobre o mesmo objeto.¹⁸

Quanto ao método, Bobbio ainda completa, falando da coerência lógica que deve existir num sistema e o faz citando Perassi (autor italiano): “as normas, que entram para constituir um ordenamento, não ficam isoladas, mas tornam-se parte de um sistema, uma vez que certos princípios agem como ligações, pelas quais as normas são mantidas juntas de maneira a constituir um bloco sistemático”.¹⁹

Ou seja, considerado como um sistema, não pode haver incompatibilidade de normas, devendo eliminar a norma incompatível. (antinomias: existência real ou aparente de normas incompatíveis dentro do mesmo sistema).

Por fim e seguindo a linha da mutação constitucional, Manoel Jorge e Silva Neto aduz o método histórico- evolutivo de interpretação constitucional.

Segundo o autor, Francesco Ferrara assim leciona: “o direito [...] é produto dum lenta evolução, é uma fase dum desenvolvimento histórico muito longo que remonta ao direito romano e depois, através da elaboração medieval, onde confluem correntes do direito germânico e canônico prossegue no direito comum e daí, pelo trâmite do direito francês, entra no nosso código. Uma grande parte dos princípios contidos nos códigos são a reprodução de princípios análogos vigentes no passado [...]”²⁰

Ademais, aliado ao processo histórico-evolutivo, Canotilho aduz fatores reais, antropológicos, institucionais e valorativos que, malgrado não engessem, controlam a atividade do poder constituinte originário, fazendo-o não relegar por completo a

¹⁸ SILVA E NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional: Ob. Cit**, 90. O autor inclusive alerta para o sentido atribuído, no caso, à palavra sistema; como aquele atribuído por Bobbio: ordenamento em que as normas jurídicas são deriváveis de alguns princípios gerais (*in* Teoria do Ordenamento Jurídico, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 4ª edição, págs. 75-80)

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 4ª edição, págs. 71.

²⁰ ²⁰ SILVA E NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional: Ob. Cit**, 91, *Apud* Francesco Ferrara, **Interpretação e Aplicação das Leis**, p. 143-144.

“experiência constitucional anterior”. É o que Canotilho chama de “supraconstitucionalidade autogenerativa.”²¹

4. RAÍZES FILOSÓFICAS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Atualmente, conforme já explicitado, busca-se com a hermenêutica, a análise dos textos, em especial, os jurídicos, livres de pré-compreensões²², compreendendo-os através de uma perspectiva dinâmica e valorativa, que pragmaticamente solucione da forma mais “justa” os problemas sociais.

Segundo Larenz: “Interpretar é uma actividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto, que se lhe tinha deparado como problemático. Em que é que consiste esta actividade de mediação? Continua o autor: “O intérprete tem presente os diferentes significados possíveis de um termo ou de uma sequência de palavras e pergunta-se sobre qual é aqui o significado «Correcto». Para tal , interroga o contexto textual e o seu próprio conhecimento do objecto de que no texto se trata, examina a situação que deu origem ao texto ou ao seu discurso , assim como outras circunstâncias «hermeneuticamente relevantes», que possam ser consideradas como indícios relativamente ao significado procurado”.²³

Não obstante, fazendo um resgate histórico, “[...] após o surgimento das antigas escolas de hermenêutica bíblica, em Alexandria e Antioquia, passando durante a Idade Média pelas interpretações agostiniana e tomista das sagradas escrituras, a hermenêutica desembarca na modernidade como uma disciplina de natureza eminentemente filológica.

Nos albores do mundo moderno, a hermenêutica volta-se para a sistematização de técnicas de leitura, as quais serviriam à compreensão de obras clássicas e religiosas. As operações filológicas de interpretação desenvolvem-se em face de regras rigorosamente determinadas: explicações lexicais, retificações gramaticais e crítica dos erros dos

²¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Livraria Almedina, 6ª edição, 2002, pág.121.

²² No sentido de dogmas e pré-definições prontas e acabadas.

²³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, Tradução de José Lamego, pág. 283.

copistas. O horizonte hermenêutico é o da restituição de um texto, mais fundamentalmente de um sentido, considerado como perdido ou obscurecido. Em tal perspectiva, o sentido é menos para construir que para reencontrar, como uma verdade que o tempo teria encoberto ²⁴.

A priori, vê-se que hermenêutica foi fortemente influenciada pela neutralidade axiológica de Hans Kelsen e seu paradigma na busca da segurança jurídica assentada no discurso da autoridade, sendo usada, por longo período, como instrumento de dominação, no controle da produção dos textos jurídicos, sem qualquer mudança na realidade social.

Na dogmática kelseniana, o ordenamento é entendido de forma sistemática para atender às exigências da decidibilidade dos conflitos, transformando o Direito soberano ou nacional num direito de sistematização centralizada das normas de exercício do poder de gestão estatal. Está aí a raiz do ordenamento visto como sistema dinâmico de normas. Esta dinâmica tem relação com o fenômeno da positivação, já que ela significou a institucionalização da mutabilidade do Direito, a contingência de todo e qualquer Direito que não apenas é posto por decisão, mas também vale por decisão. [...].²⁵

Nesse sentido, Lênio Streck chama esse discurso dogmático de "fetichização do discurso jurídico", explicando que, por meio de tal discurso, "a lei passa a ser vista como sendo *uma-lei-em-si*, abstraída das condições (de produção) que a engendraram, como se a sua *condição-de-lei* fosse uma propriedade natural."²⁶

Todavia, à época, tal rigor foi fundamental, como reação aos modelos jusnaturalistas, fulcrados na mistificação e no transcendentalismo Kantiano que maculavam de subjetividade o conhecimento do Direito.

²⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos De Teoria Geral Do Direito**. São Paulo: Saraiva 2013, pág. 208.

²⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 4ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2003. págs. 177-181.

²⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pág. 95

No entanto, constitui mérito do trabalho de HRUSCHKA, segundo Larenz, o tratado a “coisa Direito” como *a priori* hermenêutico, ou seja, como condição da possibilidade de compreensão de textos jurídicos - mesmo que eu não possa subscrever a especificação que faz de tal “coisa”, especialmente a sua doutrina acerca do “fenómeno jurídico”.²⁷

Em cooperação, com Friedrich Ernest Daniel Schleiermacher²⁸ a hermenêutica passou de técnica ligada à fixação do conteúdo rigorosamente léxico e sistemático dos textos (de início, os bíblicos) para sua generalização, com substrato a ser captado pelo interlocutor em sua vivência e compreensão.

Num primeiro momento, segundo Ricardo Maurício Freire Soares, a hermenêutica passou a ser relacionada com o ser humano concreto, existente e atuante no processo de compreensão do diálogo. [...] A atenção (estava agora) cada vez mais orientada não apenas para o texto, mas, sobretudo, para o seu autor. A leitura de um texto implica (ria), assim, dialogar com um autor e esforçar-se por reencontrar a sua intenção originária.”²⁹

Para tanto, essencial nessa busca seria o abandono à literalidade da interpretação gramatical em prol do que Schleiermacher denominou “interpretação psicológica”. Ao intérprete incumbiria identificar circunstâncias concretas na elaboração do texto, recriando a mente do autor de acordo com os influxos sociais que marcaram sua existência³⁰, num ir e vir dialético, visualizado por Sartre em seu método progressivo-regressivo.³¹

²⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, Tradução de José Lamago, pág. 281, rodapé.

²⁸Filósofo e teólogo alemão, do início do século XIX. Schleiermacher é considerado o pai da moderna hermenêutica, de tal modo que as teorias hermenêuticas mais importantes na Alemanha do século XIX trazem suas marcas, conforme Ricardo Mauricio, em **Elementos De Teoria Geral Do Direito**. São Paulo: Saraiva 2013, pág. 208.

²⁹SOARES, Ricardo Maurício Freire, *Ob. Cit*, pág, 208.

³⁰SOARES, Ricardo Maurício Freire, *idem, ibdem*.

³¹ A compreensão do método progressivo-regressivo em Sartre deve ser visualizada como uma ESPIRAL: na ida, a realidade objetiva estabelece premissas do comportamento do indivíduo e exerce influência sobre o seu cotidiano; na volta, o indivíduo também exerce influência sob o meio, pela sua liberdade, mas não sobre aquela mesma realidade de antes, mas sobre condições objetivas, já transformadas por outras conjunturas econômicas e históricas e por outras subjetividades; que por seu turno, retornarão a

Neste cenário, surge a fenomenologia³² que, no resgate da importância do intérprete na concepção da *verdade*, caracteriza-se em considerar inafastável o sujeito e sua consciência da constituição do mundo fenomênico.³³

Inicialmente desenvolvido por Edmund Husserl, a fenomenologia influenciou diversos filósofos, tais como Merleau-Ponty, Heidegger e Gadamer, cada um agregando novos conceitos e perspectivas a essa forma alternativa de compreender o mundo e sua interação com o ser.³⁴

Em especial, desponta a obra de Hans Georg Gadamer, para quem a interpretação, antes de ser um método, é a expressão de uma situação do homem.

O hermenêuta, ao interpretar uma obra, está já situado no horizonte aberto pela obra [...]. A interpretação é, sobretudo, a elucidação da relação que o intérprete estabelece com a tradição de que provém. Na exegese de textos literários, o significado não aguarda ser desvendado pelo intérprete. Em verdade, o significado emerge à medida que o texto e o intérprete envolvem-se num permanente diálogo, balizado pela compreensão prévia que o sujeito cognoscente já possui do objeto – a chamada pré-compreensão³⁵. É esta interação hermenêutica que permite ao intérprete mergulhar na

influenciá-lo em seus projetos, que não serão mais os mesmos, e assim sucessivamente, num movimento de espiral, porque sempre ascendente e porque nunca haverá uma realidade concreta idêntica àquela do ponto de partida, nem uma individualidade idêntica à do ponto de chegada. (ROCHA, Ailton Scharamm de et AL. **Metodologia da pesquisa em Direito e a Filosofia**. Rodolfo Pamplona Filho e Nelson Cerqueira (coordenadores). São Paulo: editora Saraiva, 2011, pág. 345)

³²Embora a hermenêutica tenha acabado, não com a fenomenologia, mas uma das suas interpretações, a sua interpretação idealista.

³³ ROCHA, Ailton Scharamm de et AL. **Metodologia da pesquisa em Direito e a Filosofia**. *Ob. Cit*, pág. 151.

³⁴*Ob. Cit, Idem*.

³⁵Efetivamente, o pré-conceito (ou pré-juízo), no sentido positivo que este autor lhe confere, ou ainda a autoridade e a tradição, são condição prévia de toda a compreensão, ou seja, não há compreensão sem pré-compreensão (ou preconceito), porque só podemos compreender a partir de um horizonte de sentido que já temos de antemão, determinado pela nossa pertença a um “mundo” e a uma tradição e dentro dos seus pressupostos. O círculo hermenêutico (ou arco hermenêutico, como lhe chama Ricoeur) põe a nu o jogo que vai da pré-compreensão à compreensão, no processo recorrente, contínuo e sempre inacabado, de compreender mais para compreender melhor. Não há, pois, compreensão sem pré-compreensão, por um lado, e nunca há uma compreensão ou interpretação última, por outro, já que cada horizonte a partir do qual se compreende é apenas um horizonte, este horizonte, e podemos sempre retomar o processo, mais tarde, desde um outro horizonte, o que nos permitirá compreender não só mais, mas melhor ou, ainda, de outro modo. (Cf. GADAMER, H. G. (1977) – *Verdad Y Método*, Salamanca, ed. Sígueme, págs. 344-353).

lingüística do objeto hermenêutico, aproveitando-se da textura aberta de uma dada obra³⁶.

Afirma Hans-Georg Gadamer que a linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham mundo, nela se representa mundo. Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas esse estar-aí do mundo é constituído pela linguagem³⁷.

Assim, como se pode perceber, Gadamer, não vai buscar o desenvolvimento de uma metodologia da compreensão, mas sim, *compreender como ocorre a compreensão*, como o ser produz conhecimento e quais fatores são determinantes nesse processo³⁸.

Neste sentido a filosofia hermenêutica iniciada por Heidegger, e sustentada por Gadamer, faz surgir a ideia de “círculo hermenêutico”, visto que dada a significância do texto (o que significa para um intérprete – suas pré-compreensões) e dado o significado original do texto (seu sentido próprio), o primeiro condiciona sempre o segundo, impondo uma reciclagem da interpretação, até a fusão de horizontes entre autor e intérprete do texto. As opiniões prévias que “sobrecarregam” o ser humano não podem ser abandonadas no ato da compreensão, pois o ser é compreensão e esta não é um momento posterior do ser-histórico, mas é o próprio ser-histórico.³⁹

E é nessa percepção que Lênio Streck resumidamente aduz que, a maior contribuição de Gadamer para a hermenêutica jurídica, foi romper com qualquer

³⁶SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Direito como Universo Hermenêutico**. Disponível em <http://artigojurisetjre.blogspot.com.br/2011/02/ricardo-mauricio-freire-soares.html>, Acesso em 11 de fevereiro de 2013.

³⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 9ª. edição. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2008. Pág. 571.

³⁸ ROCHA, Ailton Scharamm de et AL. **Metodologia da pesquisa em Direito e a Filosofia**. *Ob. Cit*, pág. 148.

³⁹ *Ob cit, Idem*, pág. 155.

possibilidade de um saber reprodutivo acerca do Direito; apresentando-o como uma tarefa criativa.⁴⁰

Contudo, como síntese desta evolução de idéias, desenvolve-se a fundamentação hermenêutica de Paul Ricoeur, que tenta uma posição conciliadora entre compreensão e explicação⁴¹.

De acordo com Ricoeur, porque a hermenêutica têm a ver com textos simbólicos de múltiplos significados, os discursos textuais podem configurar uma unidade semântica que tem - como os mitos - um sentido mais profundo. A hermenêutica seria o sistema pelo qual o significado se revelaria, para além do conteúdo manifesto. O desafio hermenêutico seria tematizar reflexivamente a realidade que está por detrás da linguagem humana⁴².

Importa, contudo, realçar que no fundo do projeto filosófico e hermenêutico de Ricoeur se encontra sempre a mesma preocupação central e perene: a preocupação antropológica. Compreender o homem, quem somos e quem sou, na nossa historicidade. Assim, a hermenêutica não é só um trabalho de procura e apropriação do sentido dos textos, dos símbolos ou da ação, na dimensão temporal de uma narrativa, mas, sobretudo, um trabalho de compreensão de nós próprios e do mundo em que vivemos⁴³.

⁴⁰STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pág.185-186.

⁴¹ Dilthey sustenta que a riqueza da experiência humana possibilita ao hermeneuta internalizar, por uma espécie de transposição, uma experiência análoga exterior e, portanto, compreendê-la. (SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Direito como Universo Hermenêutico**, págs. 3-4). A hermenêutica de Ricoeur situa-se numa posição intermédia entre a hermenêutica de Betti e a de Gadamer. Como Gadamer, Ricoeur preocupa-se em separar o problema hermenêutico do todo o psicologismo: o sentido de uma obra é autónomo, nada tem a ver com a intencionalidade do seu autor. Mas separa-se de Gadamer e aproxima-se de Betti, quando julga não poder dispensar-se de colocar questões metodológicas, o que, aliás, o leva ao diálogo com as ciências e a aparentar-se de Dilthey. A hermenêutica de Ricoeur tenta manter um equilíbrio dialéctico entre explicar e compreender, superando assim a oposição de Gadamer entre Verdade e Método (Cf. RICOEUR, “Qu’est-ce qu’un texte? Expliquer et comprendre”, in: R. BUBNER, Hrsg., *Hermeneutik Und Dialektik*, Bd. Ii, Tuebingen, 181-200. 1970; Cf. Também RICOEUR, *Le conflit des Interprétations, Essais d’Herméneutique*, Paris, ed. Du Seuil, 1969: 15-19). MARTINS DA FONSECA, Maria de Jesus. **Introdução À Hermenêutica De Paul Ricoeur**. Artigo disponível em ,pág.12-13, Acesso em 12 de fevereiro de 2013.

⁴² SOARES, Ricardo Maurício Freire, *ob. Cit*, págs. 4-5.

⁴³MARTINS DA FONSECA, Maria de Jesus. **Introdução À Hermenêutica De Paul Ricoeur**. artigo disponível em ,pág.3, Acesso em 12 de fevereiro de 2013.

Desde Sócrates que queremos conhecer-nos a nós próprios. Continuamos fiéis a essa exigência. Mas isso só é possível através da mediação de um outro. Não há conhecimento direto e imediato de si mesmo. Para Ricoeur é impossível o homem conhecer-se a si mesmo diretamente, imediatamente, introspectivamente. É apenas por uma série de desvios, de caminhos indiretos, que isso é possível (interpretação de via longa).⁴⁴

Tanto é assim que a interpretação para Ricoeur seria um processo complexo que englobaria dois estádios distintos, mas complementares: objetividade e subjetividade.

O “mundo do texto” surge da objetividade da obra com a subjetividade do autor. A significação da obra é percebida pela análise objetiva de seu código e pela apropriação subjetiva do seu conteúdo pelo leitor. “[...] pelo que, aquele que interroga faz parte da própria coisa sobre a qual se interroga. É essa pertença que é apreendida como finitude do conhecer”.⁴⁵

Assim, considerando os fundamentos filosóficos da hermenêutica aduzidos sucintamente e tendo como cerne de investigação “*O que é compreender?*” (o problema da articulação entre a verdade e o método) que se buscará a releitura e a nova compreensão da interpretação constitucional que se julga orientada por uma jurisprudência de valores.

5. A INTERPRETAÇÃO NA PÓS- MODERNIDADE: O PAPEL DO JUDICIÁRIO NUMA NOVA COMPREENSÃO ORIENTADA POR VALORES

No decorrer do desenvolvimento social em direção à complexidade mais elevada, vê-se a necessidade crescente do direito abstrair-se para, adquirindo uma elasticidade conceitual-interpretativa, abranger situações heterogêneas, modificáveis através de decisões, ou seja: tornando-se o novo direito positivo. Nesse sentido, é que Nicklas

⁴⁴ Em oposição a via curta de Heidegger. *In* MARTINS DA FONSECA, Maria de Jesus. **Introdução À Hermenêutica De Paul Ricoeur**. artigo disponível em ,pág.11, Acesso em 12 de fevereiro de 2013.

⁴⁵ RICOUER, PAUL. **Do texto à ação**. Porto, Rés Editora, 1989, pág. 163,

Luhman aduz que as formas estruturais e os graus de complexidade da sociedade condicionam-se reciprocamente⁴⁶.

De fato, o direito dia-a-dia precisa ser reconstituído, abandonando qualidades em princípio materiais (estabelecidas em termos de conteúdo ético, eudemonista ou utilitário) e adquirindo qualidades em princípio formais (abstratamente especificadas em termos conceituais, de praticabilidade processual ótima)⁴⁷.

É dentro dessa perspectiva que Habermas vai dizer que “através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. [...] uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A idéia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca”⁴⁸.

Numa releitura do pensamento do autor, o jurista deve considerar o ordenamento jurídico dinamicamente, como uma viva e operante concatenação produtiva, como um organismo em perene movimento que, imerso no mundo atual, é capaz de autointegrar-se, segundo um desenho atual de coerência, de acordo com as mutáveis circunstâncias da sociedade.⁴⁹

Segundo Ricardo Maurício, a interpretação não deve limitar-se em um reconhecimento meramente contemplativo do significado próprio da norma considerada em sua abstração e generalidade. A tarefa de interpretar que afeta ao jurista não se esgota com o voltar a conhecer uma manifestação do pensamento, mas busca também integrar a realidade social em relação com a ordem e a composição preventiva dos conflitos de interesses previsíveis. [...] Sendo assim, a interpretação jurídica, como toda

⁴⁶ LUHMANN, NIKLAS. **Sociologia do direito – Vol 1**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, pág. 14.

⁴⁷ LUHMANN, NIKLAS. **Sociologia do direito – Vol 1**. *Ob. Cit*, pág.25

⁴⁸ HABERMAS, JÜRGEN. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade. – Vol 1**. Trad. De Flávio Beno Siebeneichler - UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 128.

⁴⁹ SOARES, RICARDO MAURÍCIO FREIRE. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. Saraiva: São Paulo, 2013. (Formato e-book), pág. 213.

modalidade de interpretação, contém um momento cognoscitivo e uma função normativa, consistente em obter máximas de decisão e ação prática, visto que a interpretação mantém a vida da lei e das outras fontes do direito.⁵⁰

De fato, como arremata o autor, [...] a interpretação que interessa ao direito é uma atividade dirigida a reconhecer e a reconstruir o significado que há de ser atribuído pelo hermeneuta a formas representativas do fenômeno jurídico, com base em uma estrutura cambiante de valorações sociais⁵¹. E é aqui que sobrepuja o papel dos Tribunais na formação do direito, porque se lhe reconhece, modernamente, o poder de preencher as lacunas do ordenamento jurídico no julgamento de casos concretos, com os valores que a sociedade reconhece como prioritários.

No sistema jurídico brasileiro, o reconhecimento de que jurisprudência pode figurar como fonte direta e imediata do direito é fortalecido na medida em que se constata a sua progressiva aproximação ao paradigma anglo-saxônico do *common law* nas últimas décadas. Decerto, a decisão judicial não decorre da pura aplicação da lei a um dado caso concreto. [...]

O juiz, quando interpreta o direito, jamais é neutro. Ele está revelando o seu conjunto de valores, que serve de inspiração na descoberta da regra ou do princípio jurídico adequado ao caso concreto⁵²

Nos sistemas anglo-saxônicos de *common law*, marcados pela força dos costumes e dos precedentes judiciais, a jurisprudência é considerada uma fonte direta e imediata do direito. No *common law*, o precedente judicial sempre teve força preponderante na aplicação do direito, adquirindo relevo a doutrina do *stare decisis*. O efeito vinculante do precedente judicial decorre do próprio funcionamento do sistema, encontrando-se arraigado na própria compreensão da atividade jurisdicional.⁵³ É nesse cenário que muito se fala hoje em ativismo judicial.

⁵⁰ SOARES, RICARDO MAURÍCIO FREIRE. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. Saraiva: São Paulo, 2013. (Formato e-book), pág. 213.

⁵¹ *Ob. Cit*, p. 213.

⁵² *Ob. Cit*, 229-230.

⁵³ *Ob. Cit*, 228.

Segundo Luis Roberto Barroso, a idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁵⁴

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo⁵⁵, na atual quadra histórica, além do evidente robustecimento do Judiciário, podendo significar o desrespeito ao princípio da separação harmônica dos Poderes da República.

Conforme alerta o referido autor, a maior parte dos Estados democráticos do mundo se organizam em um modelo de separação de Poderes. As funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes. Nada obstante, Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais. Note-se que os três Poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos. No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa,

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.** <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 25 de março de 2013.

⁵⁵ BARROSO. Luiz Roberto. *Ob. Cit.* pág.9.

porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legítima a arrogância judicial.⁵⁶

De fato, o Direito, ao ser interpretado, não deve retratar o Direito de nenhum grupo determinado de pessoas, mas sim, deve refletir os valores de toda uma sociedade ou civilização num longo período de tempo.

Nessa esteira que, para Dworkin, o direito não é apenas uma questão de fato, mas é principalmente uma questão interpretativa. Dessa forma, quando as pessoas divergem sobre o sentido do direito, normalmente não estão divergindo sobre os fatos, mas sobre o que o direito deve ser, tornando pertinente a ideia de que o Direito é um projeto político para uma determinada comunidade que se vê como uma associação de homens livres e iguais. Os aplicadores devem agir de forma coerente sobre as decisões passadas e as decisões presentes, a partir dos princípios da igualdade e liberdade, como se os juízes prosseguissem uma obra coletiva⁵⁷.

Sobre discricionariedade na prática jurídica e conceitos de interpretação, Emília Simeão Albino Sako analisa que o juiz possui certo grau de liberdade para interpretar, para qualificar a prova, para decidir sobre a lei aplicável e, a decisão que profere não se contrapõe a outra como sendo a melhor, como sendo a mais correta. Isso não significa que tenha ampla e irrestrita liberdade de ação. Liberdade para interpretar não pressupõe o exercício de um poder discricionário, fora do controle da lei ou das partes. Até mesmo nos casos trágicos em que o juiz tem plena autonomia para decidir em favor de um ou outro interesse em conflito, sua decisão não é discricionária⁵⁸.

A liberdade de interpretação não vai significar discricionariedade, porque a decisão deve, necessariamente, graduar-se na moldura legal, ou seja, tem de estar fundamentada nos elementos que compõem o sistema jurídico. Além disso, tem de ser adequada, justa e racional, segundo padrões razoáveis exigidos pela sociedade; deve

⁵⁶ ⁵⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *Ob. Cit.* Pág. 15.

⁵⁷ IKAWA, Daniela R. Hart, **DWORKIN E DISCRICIONARIEDADE**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n.61, 2004.p.113.

⁵⁸ SAKO, Emília Simeão. **UMA REFLEXÃO SOBRE A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO**. Disponível em: <http://www.ump.edu.br/revista/upload/reflexao.sobre.direito.pdf>. Acesso em 23 de Junho de 2008.

atender as finalidades do direito, com vistas a obter uma uniformidade, e estará sempre sujeita a controle, pelas partes do processo e pela sociedade.⁵⁹

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A superação da hermenêutica dos primeiros séculos demonstra que, embora necessária à época, hoje a interpretação não se restringe a mera decodificação da estrutura do texto da lei; nem da intenção inicial do legislador, mas sim na construção das possibilidades interpretativas abertas do texto.

Nesse cenário, sobrepõe-se o papel do Judiciário que, atento as necessidades sociais e sem arvorar-se em suas atribuições, realiza o reenquadramento dos fatos sociais mediante as expectativas da sociedade. Nisso resta evidente que, o Juiz, como cientista social que é, apreende o conteúdo da ação e da história, tanto seus elementos objetivos quanto subjetivos, segundo a sua capacidade subjetiva, sendo, portanto, forçado a negar o caráter puramente objetivo das ciências humanas, e a encontrar o equilíbrio entre *explicar* e *compreender*, na sua tarefa interpretativa de fazer valer os valores de envergadura constitucional ínsitos no seio da sociedade.

⁵⁹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A DECISÃO JUDICIAL**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, 2000. http://64.233.169.104/search?q=cache:2otSl_I_KfkJ:bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8245/1/A_Decis%C3%A3o_Judicial.pdf+conceito+interpreta%C3%A7%C3%A3o+constitutiva+dworkin&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=30&gl=br. Acesso em 25 de março de 2013.