

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

COMPREENSÃO E CONSTITUIÇÃO

**A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL APÓS O GIRO
HERMENÊUTICO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO:

RODOLFO VIANA PEREIRA

ORIENTADOR:

PROF. DR. JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES

BELO HORIZONTE

MARÇO / 2001

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos pretendem ser os mais variados possíveis, pois todo trabalho é, de certo modo, uma empresa coletiva, um compartilhar de ansiedades, alegrias, preocupações e alívios.

A Deus, pela dúvida. É só por ela que a fé se transforma em um fenômeno indemonstrável que demanda, assim, um ato racional de imersão dogmática: a nossa contradição intrinsecamente humana a nos impulsionar ao constante, belo e trágico projeto de liberdade também na fé.

À família que sempre incentivou e dirigiu o caminho da informação, do conhecimento, do diálogo e da fraternidade. Em especial, aos meus pais, à Flávia e à Gabi.

À Cecília, o meu amor e a alegria de não ter sido reprovado por frequência em virtude da minha ausência-presente. Para ela, agradecimentos seriam poucos, por isso a dedicação desse trabalho.

Ao meu orientador desde a graduação, Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães, exemplo humano das virtudes hermenêuticas: diálogo contra monólogo, respeito contra imposição; a prova concreta de que a “autoridade” não é fruto da submissão, mas do reconhecimento.

Aos grandes amigos, sobretudo os da Academia e os da JUCA, pela comunhão de tantos sonhos realizados e a realizar. Ao Marco Aurélio e ao Bruno Burgarelli pela amizade constante. À Norma, Alice, Fabrício, Mariá, Fabiano, Alexandre, Afrânio, Simone, Sô Paulo, José Luiz, Carol, Anderson, Juçana, Carlos, Marcos, Aliomar, Milú, Juçana, Paranhos, Senador Cristóvão, Sêu Luiz, Janusa, entre muitos outros, pelas magníficas horas e experiências de vida compartilhadas no vai-e-vem rumo a Monlevade. Novamente aos amigos e Professores Alexandre Travessoni e Mariá Brochado, Mário Lúcio Quintão e Guilherme Marinho pelas ajudas “hermenêuticas” a esse trabalho.

À querida Paola Brandalise por ter proporcionado o Q.G. em Aix-en-Provence para a realização de um antigo sonho: conhecer a Europa e realizar pesquisas para essa dissertação (obrigado por mais esse porto seguro). Na França, obrigado também à Salomé e ao Kader pela simpatia e amizade. Na Espanha, um obrigado emocionado à família Gil Cremades e especialmente à Clara, Diego, Enrique e Carmen pela acolhida generosa e inesquecível em Madrid. Em Portugal, à Ana Cláudia pela amizade desde o tempo da graduação e pelo apoio e compartilhamento das dificuldades do fazer acadêmico.

Às três Instituições em que tenho a honra e o prazer de lecionar: I.E.S (Instituto de Ensino Superior de João Monlevade), F.A.M.I.H. (Faculdades Metodistas Reunidas Izabela Hendrix) e PUC/MG (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Unidade Betim). Um agradecimento especial à F.A.D.I.M.E.P. (hoje I.E.S.) por ter viabilizado minha primeira oportunidade no Magistério e por manter sempre acesas as esperanças e apostas na cotidiana construção do sonho (já realizado) de um ensino superior de excelência.

Aos alunos que, instigando-nos, fazem com que a relação em sala torne-se circular e não unilateral, transformando-se igualmente em nossos mestres. Para eles as palavras do amigo Alexandre Kawakami: “Esvaziei as malas curtas de meu conhecimento na gaveta vazia, nova e enorme de meu futuro. A gratidão, maior que a bagagem, mandei pela posteridade à sua memória. Pois ao embalar as peças frágeis do que sabia, do que sentia e do que vivi, percebi, encabulado, quanto daquilo foi presente seu.”

Por fim, aos demais Professores da Faculdade de Direito da U.F.M.G., sejam por motivos pessoais e/ou acadêmicos, especialmente: José Alfredo de Oliveira Baracho, Menelick de Carvalho Neto, Vanessa Oliveira, Aloísio Gonzaga de Andrade Araújo, Adriana Campos, Joaquim Carlos Salgado, Arthur de Almeida Diniz.

*Para CECILIA, "una en un millón":
porque "no hay cielo que cubra
lo que siento por ti"*

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| Introdução..... | 7 |
| I COMPREENSÃO | 13 |
| I.1 BREVE HISTORIOGRAFIA DO CONCEITO DE HERMENÊUTICA – EM BUSCA DO SENTIDO DA EXPRESSÃO GIRO HERMENÊUTICO..... | 14 |
| I.2 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA..... | 25 |
| I.2.1 As Estruturas Fundamentais da Compreensão..... | 29 |
| I.2.1.1 O Horizonte Histórico..... | 29 |
| I.2.1.2 O Círculo Hermenêutico..... | 35 |
| I.2.1.3 A Mediação..... | 42 |
| I.2.1.4 O Diálogo..... | 46 |
| I.2.1.5 A Lingüísticidade..... | 51 |
| I.2.2 A Hermenêutica Filosófica Após a Crítica | 54 |
| II CONSTITUIÇÃO | 76 |
| II.1 A CONSTITUIÇÃO COMO <i>LOCUS</i> HERMENÊUTICO..... | 77 |
| II.1.1 A Afirmação do Constitucionalismo Moderno..... | 77 |
| II.1.2 A Consagração do Princípio da Supremacia da Constituição: origem da discussão sobre o fundamento da Hermenêutica Constitucional | 86 |
| II.1.3 Acerca do Problema Epistemológico da Hermenêutica Constitucional . | 91 |
| II.1.3.1 A Situação Geral da Discussão..... | 91 |
| II.1.3.2 Crítica à Concepção Cientificista como Solução para o Problema..... | 101 |
| II.1.3.3 A Unidade da Hermenêutica Jurídica na Hermenêutica Constitucional : a constitucionalização da Hermenêutica..... | 111 |
| II.2 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM BUSCA DE <i>SEGURANÇA</i> E <i>RACIONALIDADE</i> | 116 |
| II.2.1 A Conquista da Normatividade dos Princípios Constitucionais..... | 119 |
| II.2.2 A Distinção entre Regras e Princípios e a Questão de sua Aplicabilidade..... | 133 |
| II.2.3 A Hermenêutica como Concretização | 152 |
| Conclusões..... | 160 |
| Referências Bibliográficas..... | 168 |

INTRODUÇÃO

O processo intelectual de criação e atribuição de significados constitui uma das características essenciais da razão humana. Ao largo de sua experiência histórica, vêm os homens conhecendo e conceituando os detalhes do mundo que os cercam. Em convivência social, criam reflexivamente padrões de comportamento, de instituições, de crenças e de valores capazes de ensejar unidade ao meio em que vivem, possibilitando o seu inter-relacionamento, a sua comunicação.

Será, então, a certeza da possibilidade de mútua compreensão, a base sobre a qual se erigirá o que se convencionou designar pelo termo cultura. A partir dessa malha de significados e conceitos em comum pode o homem entender e se fazer entendido em comunidade, reconhecendo sentido em tudo que o rodeia: nessa cultura que, sendo *linguagem*, representa o *habitat* da compreensão – e, com isso, a morada do próprio ser – realizando-se entre e através do homem como um conjunto difuso de pré-compreensões, esses vultos que nos rodeiam qual fantasmas.

Caminhando nessas tradições culturais, sobretudo nessas inúmeras tradições e modos de vida diferenciados que matizam as nossas sociedades pluralistas, filhas legítimas da modernidade – que, se por um lado, notabilizou-se como verdadeira destruidora de mitos, por outro, consagrou a possibilidade premente da atomização de

todo vínculo público – o ser humano encontra-se perante um grande desafio: como conceber e realizar um padrão normativo que defina o jogo da convivência política e possibilite, ao mesmo tempo, o controle sobre o arbítrio e a legitimidade das opções de sua realização.

O advento do constitucionalismo moderno foi, sem dúvida, a resposta original e ainda coerente com a amplitude de tal dilema. Um grandioso esforço intelectual e revolucionário que pretendeu, e ainda pretende, estabelecer a disciplina do *poder* e da *autoridade* em bases radicalmente distintas, assentada sobre a primazia do indivíduo, e vista como garantia racional da possibilidade do projeto concreto de liberdade humana. Projeto esse compreendido, obviamente, de maneiras historicamente diferentes, mas que, em última instância, figura sempre como modo de realização de uma determinada concepção de *direitos fundamentais*.

Assim, a criação desse novo fenômeno de regulamentação jurídica da política, representado pela Constituição escrita, vai trazer conseqüências inéditas para a Teoria do Direito e do Estado, do qual é um dos exemplos mais latentes a discussão sobre a natureza da Constituição face à natureza da Lei infraconstitucional, sobretudo após a consagração mundial dos sistemas jurisdicionais de controle de constitucionalidade.

A principal importância desse debate traduz-se na própria discussão acerca das possibilidades de realização do Direito, na medida em que o fluxo doutrinário vai centralizar o foco discursivo na operação hermenêutica de compreensão, interpretação e aplicação dos preceitos jurídicos, discussão essa famosa em virtude das teses acerca da compatibilidade ou não da Hermenêutica Jurídica clássica com o que se convencionou

chamar de Hermenêutica Constitucional, desenvolvida logo após a consagração do princípio da *supremacia* da Constituição.

Contudo, o sentimento mais forte que predominou durante a fase inicial da pesquisa foi o de que haveria algo a mais por detrás das discussões imediatas acerca do fundamento epistemológico da interpretação constitucional face à interpretação clássica, bem como dos debates tradicionais sobre o próprio âmbito do fazer hermenêutico no Direito.

Pouco a pouco foi se tornando mais clara a impressão de que o tratamento das questões hermenêuticas no campo jurídico poderiam se tornar extremamente míopes caso assumissem, sem discussão, a tradição iluminista construída na esfera privatista que sustenta as famosas teses sobre os “consagrados” métodos, princípios e regras de interpretação.

Desse modo, o auxílio, como não poderia deixar de ser, veio da Filosofia descortinando, de imediato, a existência de um vasto mundo por detrás das discussões metodológicas, sobretudo nos temas pertinentes à própria estrutura da compreensão humana. O choque com essa temática, confirmando a assertiva de que as grandes obras nos transformam e nos impelem a verdades mais profundas, significou a reconsideração geral da abordagem que até então estava sendo feita e a conclusão de que seria inviável qualquer discussão sobre parâmetros do labor hermenêutico no Direito sem traçar linhas gerais a respeito do fenômeno *compreensivo*. Em última instância, importaria não ser possível compreender (nem seu momento conexo de *aplicar*) o Direito caso não se tentasse compreender a própria *compreensão* humana.

Esse o desafio que se coloca no primeiro capítulo. Parte-se de um breve histórico do desenvolvimento semântico da palavra *Hermenêutica* rumo à

caracterização dos aportes doutrinários que realizaram o que ficou conhecido como *giro hermenêutico*. Aí, então, cumpre verificar as linhas teóricas que redefiniram as estruturas da compreensão e, ato contínuo, a própria noção de existência humana, na medida em que discutiram o acesso à verdade a partir da crítica ao Iluminismo. A referência fundamental é a chamada Hermenêutica Filosófica, cujo marco teórico é o representado pelas obras de HANS-GEORG GADAMER

Definidas essas delimitações temáticas, passa-se ao estudo das características da compreensão tal qual concebidas após dita *viragem hermenêutica*, quais sejam, o *horizonte histórico*, o *círculo hermenêutico*, a *mediação*, o *diálogo* e a *lingüisticidade*, bem como os demais conceitos delas derivados, *e.g.*, a *situação hermenêutica*, a *pré-compreensão*, a *fusão horizontica*, a *dialética da pergunta e resposta*, a *tradição*, a *crítica*, a *racionalidade dialógica*, entre outros.

O debate prossegue na análise da crítica às teses gadamerianas, sobretudo com o diálogo travado com JÜRGEN HABERMAS, a fim de delinear conclusões sobre o tipo de racionalidade necessária e possível após as contribuições desse enfrentamento, e também sobre o dilema da complementariedade ou da superposição da Hermenêutica Filosófica pela Teoria Crítica habermasiana.

Somente após o assentamento desses temas será possível firmar uma “*disciplina*” da compreensão que faça jus à integralidade do fenômeno hermenêutico e, desse modo, acercar-se da análise da Hermenêutica Constitucional correndo menos riscos de resvalarmos para a trilha de concepções estreitas que, ainda inconscientes de seu próprio paradigma, desfocam o assunto em virtude da influência operada por mitos iluministas.

Assim, como mencionado anteriormente, o segundo capítulo vai centralizar a discussão em dois caminhos complementares:

Primeiramente, afirmar a noção de Constituição como o *locus hermenêutico* do Direito. Para tanto, serão traçadas, de início, linhas genéricas sobre o surgimento do *constitucionalismo moderno* e a sua consagração com o assentamento do princípio da *supremacia constitucional*, após a afirmação mundial dos sistemas jurisdicionais de controle da constitucionalidade.

Ato contínuo, em virtude desse novo ambiente de relacionamento entre a Constituição e as Leis infraconstitucionais, passaremos às considerações sobre o *status* epistemológico da Hermenêutica Constitucional por comparação à tradição privatista forjadora da denominada Hermenêutica Jurídica clássica. Assim, demonstrando a situação atual da polêmica, poderemos, à luz de tudo o que até então fora exposto nesse capítulo, concluir pela unicidade da Hermenêutica, ou melhor, pela constitucionalização de toda a Hermenêutica Jurídica, fazendo jus a referida afirmativa de que a Constituição é o *locus hermenêutico* do Direito.

Em segundo e último lugar, voltaremos as atenções ao problema específico do âmbito do fazer hermenêutico, tendo como norte a exigência essencial de controle do arbítrio na interpretação aliada à imprescindível busca pela legitimidade das opções realizadoras do fenômeno jurídico.

Sendo assim, urge ressaltar a importância da compreensão contemporânea da natureza dos *princípios jurídicos*, sobretudo *constitucionais*, como preceitos dotados de *juridicidade*. Faremos, então, um breve histórico da conquista de sua normatividade para, posteriormente, qualificarmos as diferenças existentes entre os mesmos e as *regras jurídicas* com o auxílio extraído, sobretudo, dos debates teóricos advindos das posições de ROBERT ALEXY, RONALD DWORKIN e KLAUS GÜNTHER.

Somente assim, poderemos qualificar a Hermenêutica Constitucional como *concretização* de um Direito arejado pelas considerações principialistas e que buscará, no primor argumentativo, a racionalidade necessária para justificar o controle do mero subjetivismo e, portanto, o respeito ao padrão de segurança jurídica e adequabilidade.

I COMPREENSÃO

"A VERDADE DIVIDIDA

*A porta da verdade estava aberta
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.*

*Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só conseguia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam*

*Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia os seus fogos.
Era dividida em duas metades
diferentes uma da outra.*

*Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era perfeitamente bela.
E era preciso optar. Cada um optou
conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia."*

CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE¹

¹ ANDRADE, Carlos Drummond. *Contos plausíveis*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1985, p. 47.

I.1 BREVE HISTORIOGRAFIA DO CONCEITO DE HERMENÊUTICA – EM BUSCA DO SENTIDO DA EXPRESSÃO GIRO HERMENÊUTICO

A palavra *Hermenêutica* tem sofrido apropriações teóricas diversas ao longo do tempo, resultando em compreensões distintas acerca de seu alcance e significado. O que se pretende neste tópico é demonstrar o desenvolvimento de seu conceito, na medida em que seja necessário à clarificação da mencionada expressão *giro hermenêutico*, para que se possa traçar, no próximo item, suas linhas fundamentais que servem de esteio ao debate contemporâneo sobre o tema.²

Em sua origem etimológica, o termo *hermenêutica* deriva do verbo grego *hermeneuein* e do substantivo *hermeneia*, traduzidos, em geral, por *interpretação*³, mas que, segundo EMERICH CORETH, significava em toda sua extensão semântica, declarar, anunciar, interpretar (ou esclarecer) e traduzir. Ou seja, no fundo, essa diversidade de acepções tinha o sentido de que algo era *tornado compreensível, conduzido à compreensão*⁴.

² Não se pode perder de vista o objetivo instrumental dessa reconstrução histórica. Não se tem a intenção, pois, de fazê-la de modo detido, eis que, para tanto, seria imprescindível uma dissertação específica, o que fugiria aos limites desse trabalho. Para um estudo mais aprofundado, conferir, entre outros, BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992; CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de Hermenêutica*. São Paulo: E. P. U., Editora da Universidade de São Paulo, 1973; GREISCH, Jean. "Herméneutique et Métaphysique". In GREISCH, Jean (cur.). *Comprendre et interpréter, le paradigme herméneutique de la raison*. Paris: Beauchesne, 1993, p. 405 e ss.; GRONDIN, Jean. *L'université de l'hermeneutique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993; GUSDORF, Georges. *Les origines de l'hermeneutique*. Paris: Éditions Payot, 1988; ORMISTON, Gayle L. et SCHRIFT, Alan D. (ed.). *The hermeneutic tradition; from Ast to Ricoeur*. New York: State University of New York Press, 1990, especialmente o artigo de WILHELM DILTHEY, denominado *The rise of hermeneutics*, às ps. 101 e ss. e PALMER, Richard E.. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1997. Pelos mesmos motivos, a análise das idéias dos autores, aqui citados como importantes para o desenvolvimento histórico do conceito de Hermenêutica até o denominado *giro hermenêutico*, será feita apenas no que tange às suas contribuições para o esclarecimento dessa expressão, pelo que não serão desenvolvidos os aspectos específicos de suas teses.

³ RICHARD PALMER faz, inclusive, uma explicitação da relação entre *hermenêutica* e os seus significados de *dizer, explicar e traduzir*. Cf. PALMER, *op. cit.*, p. 23.

⁴ CORETH, *op. cit.*, p. 01.

Muitos são os autores que afirmam ser a palavra um derivativo do Deus grego *Hermes*, que, tendo por função trazer e traduzir as mensagens divinas para os seres humanos, realizava a típica tarefa hermenêutica no sentido acima descrito, ainda que tal associação não seja objeto de consenso entre os filólogos, sendo essa a opinião de JEAN GRONDIN:

“L’office de médiation accompli par l’activité ‘hermeneutique’ a conduit les Anciens à voir une relation étymologique entre la famille sémantique autour d’*hermeneuein* et Hermès, le dieu messager qui permettait aux divins de communiquer entre eux, mais aussi de parler aux hommes. On aimerait dire que la filiation est trop évidente pour être rigoureuse. De fait, elle a été accueillie avec une forte dose de scepticisme par la philologie la plus récente. Néanmoins, une filière étymologique plus crédible n’a pas encore réussi à s’imposer, si bien que la question concernant l’origine des termes *hermeneuein* et Hermès doit rester ici ouverte.”⁵

Significativo também o relato de RICHARD PALMER:

“A palavra grega *hermeios* referia-se ao sacerdote do oráculo de Delfos. Esta palavra, o verbo *hermeneuein* e o substantivo *hermeneia*, mais comuns, remetem para [sic] o deus-mensageiro-alado Hermes, de cujo nome as palavras aparentemente derivaram (ou vice-versa?). É significativo que Hermes se associe a uma função de transmutação – transformar tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender. As várias formas da palavra sugerem o processo de trazer uma situação ou uma coisa, da inteligibilidade à compreensão.”⁶

Assim, desde a Antiguidade, sempre houve variadas formas de se postar a discussão sobre como entender, sejam os poetas, sejam os textos religiosos ou profanos, seja, inclusive, o conjunto de normas jurídicas.

Entretanto, deve-se frisar, até o século XVII não havia a formação de uma teoria autônoma que perscrutasse, ainda que em domínios restritos do saber, os

⁵ GRONDIN, *op. cit.*, p. 10.

caminhos possíveis para se chegar à correta interpretação, fato esse que sustenta a assertiva de JEAN GRONDIN ao afirmar que, até a data em referência, a Hermenêutica não possuía nenhum nome.⁷

Pode-se ressaltar que o surgimento do conceito data de tal século quando foi empregado pela primeira vez na Teologia, como disciplina autônoma e auxiliar, com a função de descrever as regras para a correta interpretação da Sagrada Escritura, representando um conceito chave no grandioso debate empreendido pelo Protestantismo contra o monopólio interpretativo da Bíblia postulado e exercido pela Igreja Católica.⁸

Como nos informa EMERICH CORETH:

“É por isso que a palavra ‘hermenêutica’ foi primeiramente formada e empregada no domínio teológico, surgindo, porém, apenas na era moderna – como título de livro, encontra-se desde os séculos XVII e XVIII – no sentido de uma ‘arte da compreensão’ ou de uma ‘doutrina da boa interpretação’, a saber, no sentido bíblico de uma interpretação correta e objetiva da Escritura.”⁹

Assim, contra o *dogma* católico obtido através do acesso restrito à mensagem salvífica, contrapunham os protestantes o acesso livre à interpretação da Bíblia, bem como a investida em estudos *hermenêuticos* que tentavam, justamente, arquitetar o caminho seguro para a apreensão da *palavra divina*, tal qual o exemplo que nos dá o mesmo autor:

⁶ PALMER, *op. cit.*, p. 24. Sobre a associação, cf. também BLEICHER, *op. cit.*, p. 23; CORETH, *op. cit.*, p. 02 e ORMISTON et SCHRIFT, *op. cit.*, Editor’s Introduction, p. 8.

⁷ GRONDIN, *op. cit.*, Introduction, p. XVIII.

⁸ Muito embora o debate sobre como se deva interpretar a Bíblia seja muito anterior à data do surgimento do conceito de *hermenêutica*, haja vista a existência de várias escolas e correntes de exegese bíblica no antigo judaísmo para a interpretação do Antigo Testamento. Cf. CORETH, *op. cit.*, p. 05.

⁹ CORETH, *op. cit.*, p. 02, que menciona, inclusive, as mudanças históricas do significado do termo no campo teológico.

“A *Reforma* apregoa a exigência de uma volta à pura palavra da Escritura. Conforme *Lutero*, a Bíblia não deve ser exposta segundo o ensino tradicional da Igreja, mas apenas compreendida por si mesma; ela é ‘sui ipsius interpres’ (‘intérprete de si mesma’). O princípio da ‘*Scriptura sola*’ representa um novo princípio hermenêutico, contra o qual a Igreja católica declara expressamente no Concílio de Trento que cabe à Igreja a interpretação da Escritura.”¹⁰

Em função dessa formação tradicional na seara teológica e do impulso representado pelo surgimento do que se convencionou chamar de Iluminismo, com suas apologias à universalidade da razão (em que essa, através do método científico, era exaltada em sua potencialidade instrumental de conhecimento objetivo e seguro da verdade dissimulada pelos mistérios do mundo), o conceito foi exportado para vários outros ramos do conhecimento, principalmente para a Filologia e a Ciência do Direito, mantendo-se, nesses campos teóricos, a mesma feição e objetivos clássicos, quais sejam, disciplina auxiliar para instrumentalizar metodologicamente a interpretação em tais ramos regionais de conhecimento.

Foi somente a partir do trabalho de FRIEDRICH D. E. SCHLEIERMACHER, no início do século XIX, que a Hermenêutica pôde transcender os ramos estreitos que a atavam às ciências particulares, para alcançar um novo sentido: a disciplina que, perguntando pelas condições genéricas da compreensão, deveria estabelecer as regras que permitissem a compreensão objetiva não só de textos científicos setorizados (religiosos, literários, jurídicos, etc.), mas de quaisquer pensamentos postos ao entendimento através de palavras.¹¹

ORMISTON e SCHRIFT traçam de modo preciso a transição do conceito de Hermenêutica entre o “antes e o depois” dos escritos de SCHLEIERMACHER:

¹⁰ CORETH, *op. cit.*, p. 07.

“In general, Schleiermacher is credited with taking the first steps toward establishing a *general* hermeneutic methodology in contrast to a variety of *regional* hermeneutic approaches. Prior to Schleiermacher, the task of textual interpretation was thought to require different methods as determined by the type of text to be interpreted. Thus, legal texts gave rise to a juridical hermeneutic, sacred scripture to a biblical hermeneutic, literary texts to a philological hermeneutic, and so on.”¹²

No mesmo sentido MACIEJ POTEPA, ressaltando a expansão do campo de estudo da disciplina:

“En opposition à l’herméneutique théologique (Ernesti) ou philologique (Wolf, Ast) et en accord avec les intentions de l’herméneutique des Lumières (Chlaudenius, Meier), Schleiermacher jette les bases d’une théorie générale de l’herméneutique. Mais au lieu de chercher ces bases, comme le fait Chlaudenius, dans la structure identique des différents passages d’un texte ou, comme le fait Meier, dans le texte compris comme signe, il les cherche dans l’acte de comprendre lui-même.

Ce ne sont pas seulement les œuvres littéraires qui constituent un problème herméneutique, mais également les journaux, les annonces, les conversations. L’herméneutique reçoit une fonction qualitativement nouvelle, puisqu’elle est censée rendre possible la compréhension comme telle, ce qui veut dire que, dans chaque cas particulier, elle doit la produire explicitement. La tâche de l’herméneutique est donc universelle parce qu’elle ne se rapporte pas seulement aux textes bibliques, mais à toutes les situations où la compréhension es requise.”¹³

Assim, esse autor pode ser reconhecido como o pai da Hermenêutica moderna na medida em que, vista como disciplina geral, indaga pelas possibilidades de compreensão objetiva, criando para tanto uma teoria que procurou distinguir não só em que contextos a mesma se dá, mas também quais seriam os métodos científicos que

¹¹ Cf. a seguinte coletânea de textos do autor: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E.. *Hermenêutica*; arte e técnica da interpretação. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1999. Sobre o âmbito da Hermenêutica, cf. *Ibidem*, p. 33.

¹² ORMISTON et SCHRIFT, *op. cit.*, Editor’s Introduction, p. 11.

¹³ POTEPA, Maciej. “Herméneutique et Dialectique chez Schleiermacher”. In GREISCH, Jean (cur.). *Comprendre et interpréter*; le paradigme herméneutique de la raison. Paris: Beauchesne, 1993, p. 115.

proporcionariam o caminho objetivo para se evitar o mal-entendido e viabilizar o acesso ao correto entendimento.

Outro autor de fundamental importância para uma nova reorientação da Hermenêutica foi WILHELM DILTHEY que, assumindo grande parte das teses de SCHELEIRMACHER, direcionou-a rumo à fundamentação epistemológica das denominadas Ciências do Espírito (*Geisteswissenschaften*), almejando construir uma teoria objetivamente comprovável que alcançasse status científico autônomo em relação às Ciências da Natureza.¹⁴

DILTHEY, ao fazer a referenciada distinção entre as Ciências Naturais e as Ciências Humanas (do Espírito, em sua terminologia) com base na dicotomia *explicar/compreender*, pretendeu, então, criar uma disciplina que tivesse por finalidade proporcionar a interpretação objetivamente válida dos objetos de estudo das Humanidades, definidos como *expressões da vida*, entendendo-se esta como experiência humana conhecida a partir de seu interior, portando *dentro* do mundo histórico.

PAUL CORSET chega a defini-lo como um dos primeiros autores a se interessar, de uma perspectiva ao mesmo tempo histórica e epistemológica, sobre o status das Ciências do Espírito:

“Dilthey est un des premiers à s’intéresser, dans une perspective à la fois historique et épistémologique, au statut des sciences de l’esprit. Sa recherche historique comme sa réflexion sur la théorie de l’histoire s’opère dans cette constante confrontation entre sciences de la nature et sciences de l’esprit.

En effet, les données des sciences de l’esprit sont différentes des données des sciences de la nature: elles sont distinctes de telle sorte que, dans ce domaine de l’esprit, ‘la pensée doit rejeter du concept du donné tout ce qui est fixe, tout ce qui nous est étranger, à la manière de ce qui est caractéristique des images du monde physique’. Ici tout ce donné est

¹⁴ DILTHEY, Wilhelm. *Introduction à l’étude des sciences humaines*. Trad. Louis Sauzin. Paris: Presses Universitaires de France, 1942.

construit et produit, donc historique. [...] Les méthodes de la compréhension, conditions de possibilité des sciences de l'esprit, doivent se substituer aux méthodes explicatives, conditions de possibilité des sciences de la nature."¹⁵

Para tanto, DILTHEY utiliza a Hermenêutica como a disciplina que irá fundamentar e proporcionar o acesso ao conhecimento em tal campo do saber, tomando-a, como dito, o alicerce de sustentação epistemológica das Ciências do Espírito, diferenciando-a da metodologia peculiar às Ciências da Natureza, tal como nos relata RICHARD PALMER:

“[...] Wilhelm Dilthey (1833-1911) começou a ver na hermenêutica o fundamento para as *Geisteswissenschaften* – quer dizer todas as humanidades e as ciências sociais, todas as disciplinas que interpretam as expressões da vida interior do homem, quer essas expressões sejam gestos, actos históricos, leis codificadas, obras de arte ou de literatura.

Dilthey tinha como objectivo apresentar métodos para alcançar uma interpretação ‘objectivamente válida’ das ‘expressões da vida interior’. Ao mesmo tempo reagiu drasticamente à tendência que os estudos humanísticos revelavam tomando as normas e os modos de pensar das ciências naturais e aplicando-as ao estudo do homem.”¹⁶

Desse modo, a grande contribuição de DILTHEY foi situar a possibilidade de compreensão, ainda que limitada ao âmbito das Humanidades, dentro da História e não fora dela, divergindo daqueles que achavam ser possível importar os métodos das Ciências Naturais – então considerados *explicativos/descritivos*, portanto *ahistóricos* – para a interpretação objetiva dos fenômenos vivenciais, imersos no mundo histórico.¹⁷

¹⁵ CORSET, Paul. “Wilhelm Dilthey; le pacte moderne entre épistémologie et herméneutique”. In GREISCH, Jean (cur.). *Comprendre et interpréter; le paradigme herméneutique de la raison*. Paris: Beauchesne, 1993, p. 129.

¹⁶ PALMER, *op. cit.*, p. 105.

¹⁷ Cf., nesse sentido, PALMER, *op. cit.*, p. 128. Para algumas revisões críticas do trabalho de DILTHEY e SCHLEIERMACHER, cf. AMARAL, Maria Nazaré de Camargo Pacheco (cur.). *Período Clássico da hermenêutica filosófica na Alemanha*. São Paulo: Edusp, 1994.

MARTIN HEIDEGGER, rompendo com as preocupações objetivistas de SCHLEIERMACHER e DILTHEY, vai radicar a experiência hermenêutica como o modo de ser do *Dasein* (do ser-aí, do ser-no-mundo que, em um primeiro momento, pode ser considerado o homem), realizando o que ficou conhecido como o *giro fenomenológico e/ou ontológico*¹⁸ na sua obra *Ser e Tempo*.¹⁹ Como afirma GEORGIA WARNKE: “[...] the focus is rather on the question of what human being is or, rather, how human life is itself a process and product of interpretation.”²⁰

Afirma, por isso, que as coisas que se dão no mundo não são compreendidas a partir de uma apropriação intelectual do homem, mediante a dicotomia sujeito/objeto, mas, invertendo a perspectiva, são *fenômenos* que implicam a potencialidade de se revelarem tal como são, independentemente de nosso subjetivismo.

A Hermenêutica passa, pois, a significar uma fenomenologia da existência, ou melhor, a análise das possibilidades que o ser tem de existir e de se manifestar através dos fenômenos que se dão no horizonte do tempo. Desse modo, em HEIDEGGER, a compreensão deixa de ser uma propriedade para se tornar um modo de existência, um elemento constitutivo do *Dasein* (do ser-aí); algo, portanto, anterior e mais profundo do que qualquer preocupação com a “atividade interpretativa” tal qual concebidas até então.

HANS-GEORG GADAMER, fazendo uso de vários dos ensinamentos de HEIDEGGER, surge com uma crítica radical ao pensamento científico-espiritual que perdurou por todo o século XIX, fazendo da Hermenêutica uma disciplina *filosófica*

¹⁸ Cf., BLEICHER, *op. cit.*, ps. 137 e ss.; COURTINE, Jean-François. “Phénoménologie et/ou Ontologie Herméneutiques”. In GREISCH, Jean (cur.). *Comprendre et interpréter, le paradigme herméneutique de la raison*. Paris: Beauchesne, 1993, ps 151 e ss.; PALMER, *op. cit.*, ps. 129 e ss. e WARNKE, Georgia. *Gadamer: hermeneutics, tradition and reason*. Cambridge: Polity Press, 1987, ps. 34 e ss..

¹⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1988.

²⁰ WARNKE, *Gadamer...*, p. 38.

que, para além de seu foco epistemológico – presente, *e.g.*, nas obras de SCHLEIERMACHER E DILTHEY – passa a investigar o fenómeno da compreensão em *si mesmo*, ou seja, passa a ter como finalidade explicitar o que ocorre nesta operação humana fundamental do *compreender*.²¹

É esse, pois, o sentido aqui empregado da expressão *giro hermenêutico*. A disciplina em GADAMER opõe *verdade* a *método* (clássico, deve-se adiantar)²² e demonstra que a possibilidade de revelação daquela depende sempre da *situação hermenêutica* (horizonte histórico) em que se encontra o sujeito que se põe a compreender; depende sempre de um constante diálogo com a tradição que se faz presente na plêiade de pré-compreensões que formam, ontologicamente, a compreensão individual. Ou seja, perguntando pelo que significa compreender, ou melhor, tentando compreender o que seja *compreensão*, refunda a discussão sobre a própria possibilidade do *filosofar*, inaugurando, pois, a Hermenêutica como *Hermenêutica filosófica*.²³

Nas palavras de GEORGIA WARNKE:

“Hermeneutics, as Gadamer conceives of it, then, is no longer to be seen as a discourse on methods of ‘objective’ understanding as it was for the hermeneutic tradition of Schleiermacher and Dilthey. It no longer seeks to formulate a set of interpretive rules; rather, in referring to his analysis as ‘philosophical hermeneutics’, Gadamer turns to an account of the conditions of the possibility of understanding in general, conditions that in his view

²¹ ORTIZ-OSÉS, Andrés. *La nueva filosofía hermenéutica; hacia una razón axiológica posmoderna*. Barcelona: Anthropos, 1986, p. 49.

²² Sintomático é o título de sua obra magna: *Verdade e Método*, que deu azo, inclusive, a várias especulações sobre seu correto significado tendo em vista o conteúdo do livro: teria sido melhor *Verdade ou Método*, *Verdade contra o Método* ou a forma optada pelo autor? O que deve ser ressaltado é que, como se verá no momento apropriado, GADAMER não é contra o método em si, mas apenas à sua configuração dada pelo Iluminismo.

²³ GRONDIN reconhece em GADAMER o criador de uma teoria universal da Hermenêutica: “Enfin, c’est Gadamer qui aurait élaboré une théorie universelle de l’herméneutique, c’est-à-dire, selon les termes assez vagues du jargon contemporain, une conception radicale du caractère irréductiblement historique et linguistique de la compréhension humaine.” GRONDIN, *op. cit.*, p. XVII. Utiliza, esse autor também o termo *giro ontológico ou fundamental da Hermenêutica*. *Ibidem*, p. 158. Para uma abordagem sobre as conseqüências advindas do *giro hermenêutico* na recente filosofia política, cf. WARNKE, Georgia. *Justice and Interpretation*. Cambridge: Polity Press, 1992.

undermine faith in the ideas of both method and objectivity. Methodological approaches to both natural and human phenomena are rooted in history; they accept certain historical assumptions as to both what is to be studied and how it is to be approached. Understanding is therefore rooted in prejudice and the way in which we understand is thoroughly conditioned by the past or by what Gadamer calls 'effective history'.²⁴

Como visto, critica a ilusão da tradição hermenêutica até então existente que pretendia ter como tarefa essencial a preocupação estreita em buscar razões metodológicas para a justificação do saber – seja em contato com textos, seja na seara das humanidades –, com a pretensão utópica de que tais caminhos levariam a uma verdade objetiva, estática e imanente aos fenômenos interpretados.

O giro hermenêutico se dá, portanto, quando a disciplina se liberta da sombra iluminista que, ao invés de esclarecer, oculta a estrutura da compreensão, na medida em que pretende suplantar a História e se confina na busca maniqueísta e miope da verdade, tendo como ponto de partida a absolutização do método.

RICHARD PALMER descreve brilhantemente essa fundamental mudança no conceito:

“Abandona-se a antiga concepção de hermenêutica como sendo a base metodológica específica das *Geisteswissenschaften*; o próprio estatuto do método é posto em causa, pois o título do livro de Gadamer é irónico: o método não é o caminho para a verdade. Pelo contrário, a verdade zomba do homem metódico. A compreensão não se concebe como um processo subjectivo do homem face a um objecto mas sim como o modo de ser do próprio homem; a hermenêutica não se define enquanto disciplina geral, enquanto auxiliar das humanidades, mas sim como tentativa filosófica qua [*sic*] avalia a compreensão, como processo ontológico – o processo ontológico – do homem. O resultado destas reinterpretações é um tipo diferente de teoria hermenêutica, a hermenêutica ‘filosófica’ de Gadamer.

É essencial percebermos, logo desde o início, a distinção entre a hermenêutica filosófica de Gadamer e o tipo de hermenêutica que se orienta para os métodos e para a metodologia. Gadamer não se preocupa directamente com os problemas práticos da formulação de princípios interpretativos correctos; antes pretende esclarecer o próprio fenómeno da

²⁴ WARNKE, *Gadamer...*, p. 3.

compreensão. Isto não significa que negue a importância da formulação de tais princípios; pelo contrário, eles são necessários às disciplinas interpretativas. Significa sim que Gadamer trabalha sobre uma questão preliminar e fundamental: como é possível a compreensão, não só nas humanidades mas em toda a experiência humana sobre o mundo? Esta é uma questão que se coloca às disciplinas da interpretação histórica mas que vai muito mais longe do que elas.”²⁵

Por isso, GADAMER não deixa, também, de lançar novas luzes sobre a velha dicotomia entre as Ciências do Espírito/Humanas e as Ciências da Natureza/Exatas. Sendo a compreensão ínsita à existência humana, sendo ela o ponto de contato com o “mundo exterior”, a Hermenêutica deixa de ser um campo do saber restrito às Humanidades, para se estender a todas as atividades em que se realiza o *compreender*; portanto, também às Ciências Naturais. Segundo o filósofo:

“O que nos apresenta não é uma diferença dos métodos, uma diferença dos objetivos do conhecimento. A questão colocada aqui quer descobrir e tornar consciente algo que permanece encoberto e desconhecido por aquela disputa sobre os métodos, algo que, antes de traçar limites e restringir a ciência moderna, precede-a e em parte torna-a possível.”²⁶

Ou seja, como afirma o autor, o problema da Hermenêutica é muito maior do que qualquer discussão acerca de métodos científicos nas Ciências particulares, ou mesmo, modos científicos de filosofar, é um problema que tange a própria *existência* humana:

“Le problème de l’herméneutique est, à mon avis, non seulement un problème de la méthodologie des sciences humaines, non seulement un problème relevant de la discussion actuelle sur les manières scientifiques de penser et de philosopher, mais aussi un problème humain,

²⁵ PALMER, *op. cit.*, p. 168. Cf, também, FRUCHON, Pierre. *L’herméneutique de Gadamer*, platonisme et modernité. Paris: Les Éditions du Cerf, 1994, p. 468.

²⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2. ed., Petrópolis: Editora Vozes, 1998, p. 15.

un problème qui porte sur la possibilité même de l'existence humaine et qui peut-être en décidera un jour.²⁷

Passemos, então, a uma análise mais aprofundada da extensão dessa teoria, para, ao analisar seu pontos fundamentais, interrogarmo-nos acerca de algumas de suas influências sentidas na *Hermenêutica Constitucional*.²⁸

I.2 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

O termo *Hermenêutica Filosófica*, como visto, atinge seu ponto culminante com a obra de GADAMER,²⁹ ainda que radicado em várias contribuições de HEIDEGGER, cujas idéias foram fundamentais para seu desenvolvimento. É por esse motivo que a análise da compreensão que aqui se pretende traçar, centrar-se-á, principalmente, na abordagem gadameriana, sem, contudo, deixar de fazer menção, quando necessário, a

²⁷ *Idem. L'art de comprendre; herméneutique et tradition philosophique.* Paris: Aubier Montaigne, 1982, p. 40.

²⁸ Não se pretende dizer que a historiografia do conceito de Hermenêutica termine aqui. Após a obra de GADAMER, importantes desenvolvimentos do tema foram traçados, sobretudo pelos trabalhos de JÜRGEN HABERMAS, KARL-OTTO APEL, JACQUES DERRIDA e PAUL RICOEUR. Optou-se por não estender a análise sobre suas conclusões, eis que, novamente, fugiria aos limites deste trabalho. Por outro lado, apoiado na afirmação de autores como JEAN GRONDIN (GRONDIN, *op. cit.*, p. XIV), não se pode dizer que depois de GADAMER, a despeito da enormes contribuições dos autores mencionados, tenha havido posições realmente revolucionárias no interior da tradição hermenêutica, o que significa afirmar que se mantém a irrepetibilidade da expressão *giro hermenêutico*. Sendo assim, apenas recorreremos a algumas das idéias trazidas pelos mesmos, sobretudo por HABERMAS, quando do debate acerca dos limites e deficiências da Hermenêutica filosófica, que será tratado em itens a seguir. Aliás, a menção a esse tema se faz essencial, eis que, como se verá, pôde proporcionar ao próprio GADAMER um repensar sobre aspectos primordiais de sua teoria que teriam tido, ao menos aos olhos dos críticos, um desenvolvimento marginal.

²⁹ Cf., e.g., GRONDIN, *op. cit.*, p. XIV e STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, ps. 68 e 70.

perspectivas de outros autores que o influenciaram, seja na elaboração de sua teoria, seja na revisão crítica da mesma.

GADAMER desenvolve o tema a partir da crítica que faz às denominadas tradicionais *consciências estética* (Primeira Parte do livro *Verdade e Método*) e *histórica* (Segunda Parte do livro). Segue o autor afirmando ser equivocada qualquer pretensão de se considerar a obra de arte como uma realidade dissociada do observador, atingível em sua verdade estética pelo procedimento metódico, bem como de afirmar que o único conhecimento possível nessa relação é a da pura satisfação perceptiva das formas. Ou seja, *“a tese é portanto, a de que o ser da arte não pode ser determinado como objeto de uma consciência estática, porque, ao contrário, o comportamento estético é mais do que sabe de si mesmo.”*³⁰

Sustenta, por contraposição, que a obra de arte não pode ser vista em seu isolamento, eis que há uma rede de compreensão compartilhada entre seu horizonte de sentido (da obra) e o do observador. Desse modo, nós, observador e objeto observado, fazemos parte do mesmo mundo: comungamos a possibilidade de uma compreensão que se dá exatamente no encontro possível dos horizontes em comum.

A obra de arte nos proporciona a abertura desse mundo, através do qual vemos a nós próprios. É por isso que o encontro com uma grande obra de arte é um encontro com algo a que pertencemos.³¹ Consoante afirma GADAMER, a experiência da arte é um evento transformador daquele que nela participa:

“A obra de arte tem, antes, o seu verdadeiro ser em se tornar uma experiência que irá transformar aquele que a experimenta. O ‘sujeito’

³⁰ GADAMER, *Verdade...*, p. 195.

³¹ *Ibidem*, ps. 32,33, 39 e ss.; Cf., também, PALMER, *op. cit.*, p. 172.

da experiência da arte, o que fica e persevera, não é a subjetividade de quem a experimenta, mas a própria obra de arte.”³²

JOEL WEINSHEIMER aborda essa passagem da seguinte maneira:

“The endeavor to prove that art in general exerts a truth claim or to demonstrate that this or that work is ‘demonstrably’ true would be self-defeating because it would, by that very endeavor, imply that the truth of art is dependent on a demonstration extrinsic to the work, and superior to it. [...] There is a compulsory quality to the truth of art, which, despite its lack of proofs and reasons, cannot be reasoned away. Such truth cannot be merely entertained like a hypothetical assumption; it does not assert itself as a possibility that could be credited if only it could be verified. Rather it is true already in such a way that one can only admit it, and concede thereby that art is somehow deficient, not in need of demonstration for its truth, but rather is itself a mode of truth that is prior to demonstration.

[...] Gadamer transcends aesthetics, as we shall see, in several interdependent ways: he shows, first, that aesthetic consciousness (*Bewusstsein*) is more than it knows of itself; second, that this ‘more’ that it is is intimately connected with the way a work of art is (its *Seinsweise*); and third, that the being (*Sein*) of art and of aesthetic consciousness can best be understood by means of humanistic concepts from which aesthetics proper derived but which were artificially narrowed in the process”³³

Lado outro, GADAMER critica também uma compreensão usual entre os historiadores que partem do pressuposto de que seria possível haver um conhecimento puro, objetivamente válido da História. RICHARD PALMER nota claramente o dissenso gadameriano a contestar qualquer entendimento que pressuponha ser possível o conhecimento histórico a partir de um ponto de vista exterior à própria História.³⁴ Por analogia à experiência estética, há aqui também uma reconstrução do evento histórico analisado, matizado pelas questões (interrogações) que são postas no presente e que são

³² GADAMER, *Verdade...*, p. 175.

³³ WEINSHEIMER, Joel C.. *Gadamer's hermeneutics; a reading of Truth and Method*. New York: Yale University Press, 1985, ps. 65 e 66.

³⁴ PALMER, *op. cit.*, p. 180.

relevantes ao historiador através da mediação histórica com a verdade. A compreensão possível situa-se, pois, na própria História e não fora dela.³⁵

Como ressalta JOEL WEINSHEIMER:

“[...] we have access to the past only as mediated by its truth claim, and since that claim is a claim on us as well, our sole access to the past is through what the present shares or can share with it. Our present, our difference from the past, is not the obstacle but the very condition of understanding the past in its truth, and this truth is at least in part that the past to which we have access is always our own past by reason of our belonging to it.”³⁶

Portanto, tendo como ponto de partida tais críticas às consciências histórica e estética até então prevalentes, GADAMER vai seguir em seu empreendimento tendo como percurso um diálogo constante com a modernidade, como afirma PIERRE FRUCHON:

“L’herméneutique de Gadamer non seulement ne cesse pas de poursuivre son dialogue avec la modernité mais c’est dans ce dialogue qu’elle s’est constituée: à la fois contre la compréhension immédiate et la plus répandue que la modernité a d’elle-même et, aussi bien sinon davantage, en prenant le relais de ce qui, dans la modernité même, la met en question. Question de savoir comment la tradition, reléguée avec et par la ‘conscience esthétique’ et la ‘conscience historique’ dans un arrière-monde, pourrait retrouver le chemin de la réalité à laquelle elle n’est pas extérieure.”³⁷

Vejamos, então, as conclusões a que chega o autor, mantendo nosso foco nas chamadas estruturas fundamentais da compreensão (o *horizonte histórico*, o *círculo hermenêutico*, a *mediação*, o *diálogo* e a sua *lingüística*).³⁸ Cumpre ressaltar que

³⁵ Cf. GADAMER, *Verdade...*, ps. 273 e ss.

³⁶ WEINSHEIMER, *op. cit.*, p. 134.

³⁷ FRUCHON, *op. cit.*, p. 504.

³⁸ Cf. CORETH, *op. cit.*, p. 101 e GRABNER-HAIDER, Anton. *Somiotica y teologia*; el lenguaje religioso entre la filosofía analítica y hermenéutica. Estella (Navarra): Editorial Verbo Divino, 1976, p. 114, em que apenas acrescentamos a *lingüística*.

tais estruturas não são aspectos isolados entre si, pois, sendo momentos constitutivos da compreensão, será impossível não vermos sua íntima interconexão, perceptível, e.g., pela frequente remissão a vários conceitos partilhados, como *pré-compreensão*, *fusão*, *tradição*, etc.

Procuraremos também, no interior de tais tópicos, abordar igualmente outros aspectos relevantes sobre o tema, para, em seguida, ao tangenciarmos a crítica à Hermenêutica Filosófica, chegarmos a importantes conclusões acerca dos conceitos de *Verdade* e também de *Método*, que servirão de alicerce para a posterior abordagem da Hermenêutica Constitucional.

I.2.1 As Estruturas Fundamentais da Compreensão

I.2.1.1 O Horizonte Histórico

GADAMER parte do conceito de *horizonte* formulado por EDMUND HUSSERL³⁹ para, posteriormente, encampar a tese de que toda forma de compreensão é historicamente situada, de sorte que a possibilidade de realização desta só se dá no contexto do *horizonte* daquele que se põe a conhecer.

³⁹ Na seguinte passagem, GADAMER remonta diretamente a HUSSERL: “Sem dúvida, o conceito e o fenômeno do *horizonte* contêm um significado importante para a investigação fenomenológica de Husserl. Através desse conceito, que também nós teremos motivos para empregar, Husserl procura evidentemente empreender a transição de toda intencionalidade restrita da intenção à continuidade básica do todo. Um horizonte não é uma fronteira rígida, mas algo que se desloca com a pessoa e que convida a que se continue penetrando. Dessa maneira, à intencionalidade-horizonte, que constitui a unidade da corrente vivencial, corresponde uma intencionalidade-horizonte igualmente abrangente por parte dos objetos. Pois tudo o que está dado como ente está dado como mundo, e leva consigo o horizonte do mundo”. GADAMER, *Verdade...*, p. 373.

O *horizonte* demonstra que o acesso do homem ao mundo se dá a partir de seu ponto de vista, de sua *situação hermenêutica* que é sempre um posicionar-se perante os fenômenos. Como nos diz GADAMER:

“Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto. Aplicando-se à consciência pensante falamos então da estreitez do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc. [...] Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Pelo contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso.”⁴⁰

Toda forma de compreender é enraizada na *situação hermenêutica* do sujeito, nessa espécie de “espaço” de que todos partimos, conscientes ou não, na medida em que conhecemos. Vincula-se ao conjunto de experiências trazidas na História que formam indissociavelmente nosso raio de visão e pré-moldam nossas interações intelectivas com os fenômenos que se nos postam à frente.

Na lição de EMERICH CORETH:

“‘Horizonte’ significa, como se mostrou, uma totalidade atematicamente co-apreendida ou pré-compreendida, que entra, condicionando e determinando, no conhecimento – percepção ou compreensão – de um conteúdo singular, que se abre de maneira distinta dentro dessa totalidade.”⁴¹

Nesse sentido, é algo inexorável, eis que, se a compreensão é o modo de ser da existência humana, sua possibilidade só se dá, pois, na circunstância do *horizonte histórico*.

⁴⁰ GADAMER, *Verdade...*, p. 452.

⁴¹ CORETH, *op. cit.*, p. 79.

Urge mencionar que GADAMER deixa claro que a característica principal desse conceito não é a do fechamento, e sim a da abertura, pois tê-lo é sempre aprender a ver mais adiante, não para anulá-lo, mas para melhor vislumbrá-lo rumo a um padrão mais correto. Nunca é, por isso, algo estático, enclausurado, mas dinâmico e em constante formação.⁴²

A relevância maior dessa noção é que, em função dela, GADAMER resgata a noção de pré-compreensão em HEIDEGGER⁴³ (*pré-juízo, preconceito*)⁴⁴, para ver nessa uma parte integrante da própria compreensão. Não há, desse modo, possibilidade de compreender que se forme à margem do conjunto difuso de *pré-compreensões* advindas do *horizonte histórico* em que se situa o sujeito.

Assim sendo, o homem, ao interpretar qualquer fenômeno, já possui antecipadamente uma pré-compreensão difusa do mesmo, um *pré-conceito*, uma antecipação prévia de seu sentido, *influenciada pela tradição em que se insere* (suas experiências, seu modo de vida, sua *situação hermenêutica, etc.*). Por esse motivo, fracassará todo empreendimento que intente compreender objetivamente, em absoluto, qualquer tipo de fenômeno, eis que a compreensão, como dito, sujeita-se também à tradição⁴⁵ ao qual pertence aquele que se dá ao conhecer.

Interessante é que GADAMER reabilita a noção de *pré-compreensão* com uma crítica pungente ao Iluminismo que, na sua pretensão de explorar o mundo a partir da crença absoluta em uma razão dissociada da História, achou possível empreender a tarefa de isolar o conhecimento de todo preconceito, entendido esse como fator a ser

⁴² Cf. GADAMER, *Verdade...*, ps. 455 e ss.

⁴³ *Ibidem*, p. 400.

⁴⁴ Esses termos serão aqui tratados como sinônimos.

⁴⁵ A importância e o papel que a *tradição* exerce na compreensão serão abordados mais para frente.

expurgado da análise, por meio de um procedimento objetivo e cientificamente controlado. Por isso, assevera:

“Sobre ele [espírito do racionalismo imanente ao Iluminismo] repousa o descrédito dos preconceitos em geral e a pretensão do conhecimento científico de excluí-los totalmente.

A ciência moderna, que escolheu esse lema, segue assim o princípio da dúvida cartesiana de não aceitar por certo nada sobre o que exista alguma dúvida, e a concepção do método, que faz jus a essa exigência.”⁴⁶

Com essa observação GADAMER pôde demonstrar que o que fez o Iluminismo, na medida em que não vislumbrou no preconceito a condição mesma do realizar-se da compreensão (seu momento constitutivo), foi usar seu próprio preconceito contra o preconceito. Tal qual afirma: “*Pois há realmente um preconceito do Aufklärung [Ilustração, Iluminismo] que suporta e determina sua essência: esse preconceito básico do Aufklärung é o preconceito contra os preconceitos, enquanto tais [...].*”⁴⁷

A importância do conceito de *pré-compreensão* é tão latente – pois constitui ontologicamente a compreensão – que levou JOEL WEINSHEIMER a constatar que, para GADAMER, a eliminação do preconceito seria a eliminação da História:

“The startling consequence Gadamer draws is this: prejudices, which from the viewpoint of Enlightenment rationalism appear as obstacles to understanding, are historical reality itself and the condition of understanding it. Thus the elimination of prejudice, were it to succeed, would ultimately be the elimination of history – precisely the history which the historian exists to understand. But the historian cannot purify himself of prejudice because he, like those he studies, belongs to and is a creature of history. [...] We can know history because we are historical.”⁴⁸

⁴⁶ GADAMER, *Verdade...*, p. 408.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 408.

⁴⁸ WEINSHEIMER, *op. cit.*, p. 170.

Reconhecer isso significa perceber a influência que a própria História exerce sobre nós, através do que GADAMER chamou de *princípio da história efetual (da efetivação histórica, do trabalho da história, da produtividade da história)*, pelo qual se postula que, para além de toda consciência ou método, nossa perspectiva é limitada pelo que o passado nos traz através do acontecer da tradição na História. Ou seja, essa influencia fundamentalmente nosso modo de compreender; ela molda, ainda que imperceptivelmente, nosso “olhar” para as coisas. Segundo o autor:

“Não se exige, portanto, um desenvolvimento da história efetual como nova disciplina auxiliar das ciências do espírito, mas que se aprenda a conhecer-se melhor a si mesmo e se reconheça que os efeitos da história efetual operam em toda compreensão, esteja ou não consciente disso. Quando se nega a história efetual na ingenuidade da fé metodológica, a consequência pode ser até uma real deformação do conhecimento. Isso nos é conhecido através da história da ciência, como a execução de uma prova irrefutável de coisas evidentemente falsas. Mas, em seu conjunto, o poder da história efetual não depende de seu reconhecimento. Tal é precisamente o poder da história sobre a consciência humana limitada: o poder de impor-se inclusive aí, onde a fé no método quer negar a própria historicidade. Daí a urgência com que se impõe a necessidade de tornar consciente a história efetual: trata-se de uma exigência necessária à consciência científica.”⁴⁹

JEAN GRONDIN analisa esse princípio sob dois aspectos:

“Le travail de l’histoire qui intéresse Gadamer n’est pas celui qui circonscrit un champ d’études distinct dans le domaine littéraire, où l’étude de la postérité n’est conduite que dans une perspective historiographique. La conscience gadamérienne du travail de l’histoire s’adresse plus immédiatement à la compréhension présente, celle qui cherche à prendre la mesure de ses propres possibilités d’intelligence. Au premier degré, la notion d’un travail de l’histoire traduit l’exigence d’une prise de conscience réfléchie de la situation herméneutique de compréhension. Seule une telle prise de conscience de notre

⁴⁹ GADAMER, *Verdade...*, p. 450.

conditionnement historique permet de contrôler l'efficace de la tradition qui infiltre nos préjugés. [...] Au second degré donc, la notion d'un travail de l'histoire vient ainsi rappeler que nous sommes beaucoup plus soumis à l'histoire que nous pouvons en avoir conscience. Partout où nous comprenons, un efficace de l'histoire est à l'œuvre, découpant silencieusement l'horizon indépassable de ce qui peut nous apparaître sensé et digne de question. Le travail de l'histoire fonctionne de cette manière comme l'instance suprême qui porte la compréhension et qui en détermine l'orientation, même là où cette détermination n'est pas aperçue pour elle-même."⁵⁰

Em decorrência desses postulados, a conclusão a que se chega é que a compreensão humana possui uma *temporalidade intrínseca*. Ou seja, não existe possibilidade de compreensão que se dê fora da História, fora da influência temporal. O *compreender* humano deita suas raízes no acontecer do tempo, no conjunto de experiências a ele transmitidas historicamente, o que leva à *historicidade de toda compreensão*, como ressalta EMERICH CORETH:

“A importância consiste [...] no tomar a sério a *condicionalidade histórica* da compreensão. Não se trata de um sujeito puro, supra-histórico ou extra-histórico, contraposto a um mundo de sucessos e testemunhos históricos do passado, e que deve ser conhecido numa pura objetividade. Antes, é o próprio sujeito da compreensão histórica que se acha marcado por sua história. Ele tem seu ponto de vista histórico e seu mundo histórico de compreensão, a partir do qual formula perguntas à história e faz com que ela as responda, torna presente em sua própria atualidade o passado histórico e lhe confere significação para seu próprio futuro.”⁵¹

Isso não significa que a decisão a ser tomada seja esterilizar, neutralizar esse acontecer sobre o homem, pois, ainda que isso fosse intentado,⁵² haveria novamente outro ponto de partida (de referência) que seria, por sua vez, também situado em um

⁵⁰ GRONDIN, *op. cit.*, p. 172.

⁵¹ CORETH, *op. cit.*, p. 127.

⁵² Como teria sido pelo Iluminismo, o que gerou a crítica de GADAMER tal qual acima se ressaltou.

amalgama de vivências, experiências, pré-compreensões; em outras palavras, teria também *seu* horizonte e influência históricos.

A *historicidade* compõe a compreensão, pois na mesma medida em que fazemos História, ao mesmo tempo nela participamos e por ela também somos feitos. Trata-se de uma relação de co-implicação intransponível que o Iluminismo na sua ingenuidade metódica não pôde perceber: como se fosse possível vendarmos os olhos para aquilo que forma nossa herança cultural, como se nos fosse dado pular a nossa própria sombra.

I.2.1.2 O Círculo Hermenêutico

Ainda que o significado de círculo hermenêutico já tivesse sido intuído desde a Antiguidade⁵³ foi só com SCHLEIERMACHER que, dentro de seu projeto de uma Hermenêutica geral, a expressão universalizou-se como regra pertinente ao estudo de textos, entendida como interrelação entre *parte e todo*.

Nesse âmbito, significava tão somente que só se pode compreender a totalidade de uma obra (ou mesmo de uma frase), a partir da compreensão de suas partes (orações, palavras). Por outro lado, também a parte só pode ser adequadamente entendida em função do todo, ou seja, fazendo uma constante antecipação global do sentido da obra, uma vez que a parte compreendida fora do contexto da obra leva, em geral, a uma interpretação equivocada. Vejamos o que o próprio Schleiermacher nos diz a respeito disso:

“Para cada articulação encadeada de frases efetiva há, de algum modo, um conceito principal que a domina ou, como nós nos exprimimos,

⁵³ Presente, e.g., já na retórica antiga e na interpretação da Bíblia. Cf. GADAMER, *Verdade...*, p. 275.

uma palavra para este, porém, isso pode ser inteiramente diferente conforme o gênero da obra; e a essa palavra, assim como às palavras particulares nas frases particulares, seu sentido completamente determinado [não pode ser atribuído corretamente] se não for lido na sua correlação com as outras palavras semelhantes, isto é, cada articulação de frases, seja ela grande ou pequena, apenas pode ser corretamente compreendida a partir do todo ao qual ela pertence. E, agora, como todo menor é condicionado por um maior que, por sua vez, é também um menor, segue-se obviamente que também o particular apenas pode ser completamente compreendido através do todo. Consideremos agora, a partir disso, a inteira operação da interpretação: então, nós deveríamos dizer que, progredindo pouco a pouco desde o início de uma obra, a compreensão gradual, de cada particular e das partes do todo que se organiza a partir delas, sempre é apenas provisória; um pouco mais completa, se nós podemos abarcar com a vista uma parte mais extensa, mas também começando com novas incertezas [e como no crepúsculo], quando nós passamos a uma outra parte, [porque então] temos diante de nós um novo começo, embora subordinado; no entanto, quanto mais nós avançamos, tanto mais tudo o que precede é esclarecido pelo que segue, até que no final então cada particular como que recebe de um golpe sua plena luz e se apresenta com contornos puros e determinados.”⁵⁴

Em GADAMER, influenciado por HEIDEGGER⁵⁵, a expressão toma um significado mais profundo, passando a ser vista não no ambiente formal e restrito da metodologia de interpretação de textos, mas como momento estrutural *ontológico* da compreensão, na medida em que caracteriza o modo de sua formação.

O conceito pressupõe um enlace dialético em que a compreensão se molda no processo relacional entre a consciência histórica do intérprete – formada pelo conjunto difuso e atemático de preconceitos trazidos pela tradição – e a abertura interpretativa permitida pelo objeto a partir de seu mundo particular. É o que ressalta o autor:

“O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. 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

⁵⁴ SCHELEIERMACHER, *op. cit.*, p. 49. Os colchetes existentes no interior dessa citação são do próprio autor.

⁵⁵ GADAMER, *Verdade...*, p. 439.

une com a tradição. Porém, essa nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo 'metodológico', pois isso sim, descreve um momento estrutural ontológico da compreensão"⁵⁶

Sendo assim, o círculo hermenêutico ocorre no instante em que o sujeito, através de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto (moldado por tais preconceitos), ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete.

Em verdade, ainda que não importe qualquer prejuízo ao conceito, trata-se mais propriamente de uma *espiral* hermenêutica, já que o movimento de compreensão formado por dita relação vai, ao longo do processo, estabelecendo patamares mais corretos de interpretação que, por sua vez, lançarão novas luzes sobre os preconceitos e assim seguidamente rumo a um entendimento mais adequado. Caso fosse literalmente circular, o intérprete sairia do movimento da mesma forma que entrou, ou seja, com os mesmos preconceitos originais. Não poderia ter, por isso, nenhum juízo sobre suas validades, nem conquistar qualquer ganho em qualidade.

Essa observação foi vista e explicada com clareza por EMERICH CORETH:

“Além disso, estritamente falando, não é um círculo no sentido de uma circunferência que se fecha em si mesma, mas antes – para permanecer na imagem – um acontecimento em espiral, na qual um elemento continua dialeticamente a se determinar e formar no outro. O todo do mundo da compreensão é enriquecido e aprofundado por toda compreensão novamente adquirida, e justamente por isso possibilita uma

⁵⁶ GADAMER, *Verdade...*, ps. 439 e 440.

compreensão mais plena e mais profunda do conteúdo singular de sentido.”⁵⁷

Com isso, GADAMER pretendeu demonstrar que a circularidade da compreensão ocorre em função de um encontro entre dois mundos/horizontes diversos: o *horizonte* daquele que compreende e o *horizonte* de que adveio o objeto.

O ser humano interpreta, então, em virtude do que GADAMER denomina *fusão de horizontes*: a compreensão se dá como evento no momento em que há uma interação entre o mundo daquilo que se conhece (horizonte de experiência no qual foi produzido) e o mundo daquele que se propõe a conhecer (horizonte de experiência no qual se situa o observador).

Há, por isso, também uma interação circular entre passado e presente: só compreendemos em virtude de uma consciência que se situa agora, nesse momento, mas que, por sua vez, possui como condição de compreensão a operacionalidade do passado que nela se faz atual por meio das pré-compreensões por esse transmitidas. Afirma o autor:

“Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, *compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.*[...]

O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou momento na realização da compreensão, e não se prende na auto-alienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão tem lugar uma

⁵⁷ CORETH, *op. cit.*, p. 90. Justamente pelo fato de que essa observação inova apenas em relação à metáfora utilizada é que será mantida, no curso deste trabalho, a expressão original *círculo hermenêutico*, mais conhecida.

verdadeira fusão horizôntica que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão”⁵⁸

Outro aspecto de extrema relevância é a percepção de que essa fusão horizôntica leva a outro tipo de fusão, qual seja, a dos momentos de *compreensão*, *interpretação* e *aplicação*, vistos pela velha tradição hermenêutica como atividades distintas, representadas, respectivamente, pela expressões *subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi*.

Para GADAMER, a *interpretação* nada mais é do que a forma explícita da *compreensão* e não um momento distinto da mesma. Igualmente, a *aplicação* não se realiza posteriormente a essas, mas integra o próprio ato de compreender. Desse modo, não se compreende primeiramente para depois aplicar o compreendido a algo, mas compreende-se aplicando.

Ora, se a pré-compreensão é um momento formador da compreensão e esta se realiza em um movimento circular através do qual o objeto se mostra em função dos questionamentos que se nos dão no presente, a compreensão não pode ser vista como um fenômeno que se realiza em abstrato, e sim em conexão com aquilo que agora nos instiga a investigar⁵⁹.

Na compreensão há sempre um momento de aplicação a questões postas no presente relacionadas com a *situação hermenêutica* do sujeito. Compreender, portanto, é sempre aplicar e nunca um acontecer posterior a essa aplicação ou sem qualquer referência a ela.⁶⁰

⁵⁸ GADAMER, *Verdade...*, p. 457 e 458.

⁵⁹ Cf. WARNKE, *Gadamer...*, p. 96, aonde se ressalta que o momento aplicativo da compreensão já se encontra implicado no relato gadameriano da antecipação do todo.

⁶⁰ Cf. GADAMER, *Verdade...*, ps. 459, 493, 502. Interessante é que GADAMER trata esse problema hermenêutico da *aplicação* retomando a ética aristotélica e seu conceito de *phronesis*. Cf. *Ibidem*, p. 465 e ss., bem como os artigos intitulados *O Problema hermenêutico e a ética de Aristóteles* e *Esboços dos*

Não se pode deixar de mencionar, nesse contexto, o exemplo paradigmático que GADAMER vê na *Hermenêutica Jurídica*, mencionando, inclusive, que a própria *Hermenêutica Histórica* deveria a ela remontar a fim de dar conta do alcance de seus próprios problemas.⁶¹ O autor afirma que aquela sempre pôs em relevo o fato de que a interpretação, para ser correta, deveria ser feita em cada situação concreta de um modo novo e distinto, demonstrando, assim, que se interpreta aplicando.⁶²

Várias são as conseqüências da associação dessas Hermenêuticas particulares, muito bem expostas por JOEL WEINSHEIMER:

fundamentos de uma hermenêutica, publicados em GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998. Do último artigo, tiramos, à página 57, a seguinte citação exemplificativa: “Se lembrarmos da maneira aristotélica de abordar o fenômeno ético e o tipo de ‘saber’ que lhe é inerente, fica claro que dispomos de um modelo excelente para orientar a nossa elucidação da tarefa própria à hermenêutica. Também na hermenêutica, tal como em Aristóteles, a ‘aplicação’ não pode jamais significar uma operação subsidiária, que venha a acrescentar-se posteriormente à compreensão: o objeto para o qual se dirige a nossa aplicação determina, desde o início e em sua totalidade, o conteúdo efetivo e concreto da compreensão hermenêutica.”.

⁶¹ GADAMER, *Verdade...*, ps. 460, 482, 488, 504, entre outras.

⁶² *Ibidem*, p. 461. Nesse ponto, em função de debate travado com EMILIO BETTI, é interessantíssima a aplicação que o autor faz dessa conclusão não apenas para o jurista prático, mas também para o historiador do Direito:

“Trata-se de investigar o comportamento do *historiador jurídico* e do *jurista*, comportamento que assumem com respeito a um mesmo texto jurídico, dado e vigente. Para isso podemos tomar como base os excelentes trabalhos de E. Betti, acrescentando nossas considerações às suas. Nossa pergunta vai no sentido de saber *se a diferença entre o interesse dogmático e o interesse histórico é uma diferença unívoca*.

Que existe uma diferença é evidente. O jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado. O historiador jurídico, pelo contrário, não tem nenhum caso de que partir, mas procura determinar o sentido da lei, na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei diante dos olhos. Somente no conjunto dessas aplicações torna-se concreto o sentido de uma lei. O historiador não pode contentar-se, portanto, em oferecer a aplicação originária da lei para determinar seu sentido originário. Enquanto historiador, ele está obrigado a fazer justiça às mudanças históricas pelas quais a lei passou. Sua tarefa será de intermediar compreensivamente a aplicação originária da lei com a atual.

Não me pareceria suficiente limitar a tarefa do historiador do direito à ‘reconstrução do sentido original do conteúdo da fórmula legal’, e ao contrário, dizer do jurista, que ‘ele deve, além disso, pôr em concordância aquele conteúdo, com a atualidade presente da vida’. Uma delimitação desse tipo implicaria que o labor do jurista é o mais amplo, e incluiria em si também o do historiador. [...]

Nisso me parece que a situação hermenêutica é a mesma, tanto para o historiador como para o jurista, ou seja, ante todo e qualquer texto todos nos encontramos numa determinada expectativa de sentido imediato. Não há acesso imediato ao objeto histórico capaz de nos proporcionar objetivamente seu valor posicional. O historiador tem que realizar a mesma reflexão que deve orientar o jurista.”. *Ibidem*, ps. 483, 484 e 486. Sobre tais conclusões, conferir, ainda, o artigo intitulado “Herméneutique et historicisme”,

“Thus Gadamer takes legal hermeneutics as the model for the unity of dogmatic and historical interest and so also for the unity of hermeneutics as a whole. It is a model also for the way a tradition changes and further determines itself from within – that is, for the way understanding a tradition alters it precisely by belonging to it. Understanding belongs to tradition as application (for example, precedent) belongs to the meaning of the law. A law is not enacted by the legislators once and for all. It is also ‘enacted’ when the judge acts on it, applies it; and thus there is no knowledge of the law that excludes knowledge of precedent, the law’s preceding applications. In an application that sets precedent, the judge determines the law, not just what it was but what it is and will be. He revises the law, not by enacting a new law, but precisely in understanding the law already in force. Such revision is clearly not outside the law in question. The judge cannot set his understanding outside the law, for he too is subject to it, not only in his private life but also and especially in his public and official judgments. His understanding is itself governed by the law that is superior to him. There can be justice only if he acknowledges this superiority and is so constrained that, even in revising the law, his interpretation belongs to the law and is the law’s one interpretation. His understanding is the law precisely because it belongs to the law and not because it is the arbitrary pronouncement of an understanding that is a law unto itself. Indeed we can divorce the law from the understanding of it only in a dictatorship, in which the dictator stands above the law and can understand it in any way he pleases. But this means he is not *understanding* it at all.”⁶³

Urge ressaltar a importância de tal associação, pois, ao fazê-la, GADAMER usa um conceito que será posteriormente tomado de empréstimo pela *Hermenêutica Constitucional* e usado como um de seus conceitos centrais, qual seja, o da *concretização*.⁶⁴

Segundo o autor, a interpretação da lei consiste em sua concretização em cada caso concreto, ou seja, ela se realiza em sua aplicação, o que pressupõe uma atividade produtiva por parte do juiz, vez que esse deve adequar a especificidade dos fatos com a generalidade da norma. Sublinhe-se que essa operação não é feita de

publicado em GADAMER, *L'art de ...*, ps 49 e ss., artigo esse que compõe o 2º Volume da obra *Verdade e Método*, no original em alemão e em várias traduções.

⁶³ WEINSHEIMER, *op. cit.*, p. 194.

⁶⁴ Cf., capítulo II, item II.2.3.

maneira arbitrária, mas em função de uma ponderação por referência ao conjunto do ordenamento jurídico.⁶⁵

1.2.1.3 A Mediação

De acordo com o que foi visto no item anterior, não se pode dizer que haja uma apropriação intelectual direta e imediata das coisas, já que levamos sempre nossa carga de pré-compreensões, trazida, no fluir de nossa experiência histórica, pela tradição na qual fazemos parte, bem como deve-se ressaltar que o evento da compreensão ocorre pela fusão de dois horizontes históricos.

Destarte, o processo intelectual caracteriza-se por uma *mediação* – presente já no círculo hermenêutico – na medida em que todo fenômeno que se nos posta à frente jamais se mostra em sua pureza objetiva e ahistórica, como que isolado e pronto à descoberta em seu estado bruto, mas antes, aparece matizado pelo espectro de cores que formam o raio de visão daquele que o observa.

A compreensão, então, ocorre sempre através dessa *mediação* em que o fenômeno nunca é visto em sua *presença*, mas sempre *representado* (trazido de novo à *pré-sença*). Assim, pode-se dizer que se compreende mediante o que se convencionou chamar de *estrutura-como*, expressão essa também de influência heideggeriana.⁶⁶ em

⁶⁵ Cf. GADAMER, *Verdade...*, p. 489.

⁶⁶ Cf., e.g., CORETH, *op. cit.*, p. 84. Interessante é a relação que esse autor faz entre os conceitos de imediatez e mediação: “Nosso ‘mundo’ não é apenas um mundo determinado empiricamente e condicionado transcendentalmente, mas também, ao mesmo tempo, um mundo marcado historicamente e interpretado lingüisticamente, logo já muitas vezes ‘mediado’. Constitui o horizonte no qual o homem concretamente se experimenta e se compreende. Nessa totalidade vigora de um modo insuprimível o cruzamento de imediatez e mediação. Não só toda imediatez de uma concepção cognitiva e compreensiva é sempre já mediada, evidenciando-se por isso como ‘imediatez mediada’, mas também toda mediação se realiza por intermédio da imediatez, que a pressupõe, que a encerra em si e a desenvolve mediando: apresenta-se como ‘mediação da imediatez’. Isso, contudo, significa, ainda, que em todos os domínios do conhecimento e da compreensão do homem – apesar de toda mediação ser possibilitada por ela – se

toda atividade de compreensão já nos encaminhamos ao objeto com um certo *olhar*. Significa afirmar que o mesmo é por nós apreendido sob determinado foco e não na *totalidade* de seu sentido. Ou seja, não se conhece algo em sua plenitude; pelo contrário, conhece-se *algo como algo*.

ERNILDO STEIN nos esclarece essa passagem:

“Quando dizemos que o acesso aos objetos se faz pela clivagem do significado, pela via do significado, dizemos que o nosso acesso aos objetos é sempre um acesso indireto. Nós chegamos a algo, *mas enquanto algo*; nós nunca percebemos apenas o anel, ele nunca é conhecido numa identificação plena dele mesmo do ponto de vista lógico. Ele é sempre clivado enquanto algo, como um objeto que simboliza algo, um objeto de uso determinado, que, por exemplo, pode substituir o cigarro na mão, mas antes de mais nada como anel.

Não termos o acesso pleno ao objeto a não ser via significado, quer dizer que conhecemos *algo como algo*. Não conhecemos uma cadeira em sua plenitude como objeto na nossa frente, enquanto ela esta aí, mas enquanto um objeto no qual podemos sentar, a cadeira enquanto cadeira.”⁶⁷

EMERICH CORETH vai ressaltar, inclusive, que essas reflexões dão azo à conclusão pela existência de uma pluralidade de camadas de sentido, pela sua mobilidade, bem como pelo perigo de o fixar *ab initio* em um único padrão.⁶⁸

“Dessas reflexões segue-se uma *pluralidade de camadas de sentido*, nas quais se pode mover a compreensão [*sic*]. O mesmo evento ou o mesmo texto, visto que não é definitivamente esgotável em sua plenitude de sentido, pode ser compreendido e interpretado sob diversos aspectos, em várias relações ou direções de sentido. Enquanto essas maneiras de interpretar não se contradizerem e, portanto, não se excluírem, pode [*sic*] ser conjuntamente válidas, completar-se ou superpor-se mutuamente. Logo,

consuma uma autêntica imediatez da concepção, sem o que nem a mediação seria possível. Em toda condicionalidade manifesta-se como condição da mediação a incondicionalidade do ser. No horizonte do mundo e por meio do mundo experimentamos a relação imediata ao ser, que nos ocorre e se abre em tudo, mas aí mesmo se mostra como o acontecimento de uma mediação da imediatez, isto é, como imediatez que se apresenta e se manifesta em todos os conteúdos, mas que se medeia à compreensão em nosso mundo e em nossa história.” CORETH, *op. cit.*, ps. 103 e 104.

⁶⁷ STEIN, *Aproximações...*, p. 19.

⁶⁸ As palavras *sentido* e *significado* serão aqui tratadas como sinônimos.

tanto mais se alcançará o sentido pleno quanto mais se levarem em conta os vários planos de sentido, mas integrados numa unidade. Isto, contudo, exclui que um determinado e limitado ponto de vista *a priori* seja definido como 'princípio hermenêutico'. [...] A fixação de um determinado princípio hermenêutico não abre, mas sim fecha a compreensão, estreitando o olhar para um determinado ponto de vista e não o deixando abrir para outras dimensões.⁶⁹

Com isso não se quer dizer que estamos à deriva, sem qualquer possibilidade de conhecimento das coisas. Apenas importa constatar que nosso acesso a elas é sempre mediato e que, através da mediação, é que podemos alcançar a sua verdade.

Acontece que, como será aprofundado posteriormente, não se pode achar que tal acesso se dê em plenitude mediante um processo objetivamente regulado. O sentido não se atinge por apropriação/reconhecimento como resultado dessa via objetivável em que não se tem consciência da própria situação hermenêutica, da própria historicidade da compreensão. Pelo contrário, o sentido nos vem como *revelação* em virtude de um jogo de velamento e desvelamento, ocultação e desocultação.

O papel que joga a *tradição* nesse contexto é imprescindível, pois é nela que nos situamos, é dela que recebemos o arsenal de experiências e preconceitos que possuímos e é através do seu filtro que podemos querer conhecer.

Entretanto, justamente por ser ela esse amálgama de vivências em dispersão, de conceitos difusamente transmitidos e antecipados sobre tudo o que se passa diante de nossa subjetividade, a possibilidade de acesso ao *sentido das coisas* é o caminhar por entre os véus, é o constante projetar e reprojetar de sentidos, testando os nossos preconceitos face a própria presença do todo, sem ter a ilusão de que possamos alçá-los

⁶⁹ CORETH, *op. cit.*, p. 147. Para RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO a "inexauribilidade do sentido" é a causa ontológica da Hermenêutica. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997, p. 244.



esterilizando o acontecer da tradição. Ilusão, essa, que seria certamente pior do que o reconhecimento da dificuldade do caminho.

Para GADAMER, um auxílio importante nesse caminhar é prestado pelo próprio decurso do tempo, pelo passar dos anos. O que ele chama de *distância temporal* joga um papel importante na seleção de quais preconceitos foram e continuam sendo adequados, já que permitem ver, com um certo recuo histórico, quais as opiniões que fizeram jus ao fenômeno interpretado e quais as outras que dele se dissociaram. Menciona, como exemplo, a questão dos juízos acerca da arte contemporânea:

“Para nos limitarmos a um exemplo, pensemos na incerteza que caracteriza nossas posições estéticas com respeito à arte contemporânea: trata-se, manifestamente, de preconceitos não controláveis que dissimulam o verdadeiro conteúdo, autêntico ou não, de tais obras. A situação atual deverá apagar-se para que possamos saber se se trata de uma obra-prima ou não e descobrir o verdadeiro sentido que capacite a arte contemporânea a ingressar na continuidade de uma tradição. [...] Sua obra [a da distância temporal] é realçar uma nova espécie de ‘preconceitos’. Trata-se de ‘preconceitos’ que não são nem parciais nem particulares, mas que constituem, ao contrário, as legítimas idéias diretrizes da compreensão verdadeira.”⁷⁰

Em consequência disso, GADAMER nega qualquer tentativa de pautar o acesso à verdade dos fenômenos através da reconstituição das condições originais subjacentes ao surgimento da obra (no caso, p.ex., da consciência estética) ou do evento histórico (no caso da consciência histórica), o que implica ser inadequado tomar, como ponto de referência o conhecimento da *intenção do autor*. Para ele, essa tarefa reconstrutiva é impotente face a historicidade do nosso ser porque implica a ilusão de podermos atingir o passado em seus próprios termos, independente de nosso horizonte

⁷⁰ GADAMER, *O problema...*, p. 68. A importância que GADAMER atribui ao conceito de *distância temporal* será também ressaltada quando formos discutir a crítica à Hermenêutica.

atual, de nossa situação hermenêutica.⁷¹ Toda atividade interpretativa é *reconhecimento* (conhecer novamente) e por isso carrega sempre uma parcela de *criação*, ainda que se dirija à coisa em si.

Como visto, há, no acontecer histórico, relativamente a um determinado fenômeno (um quadro, um poema, uma norma), uma pluralidade de camadas de sentido, uma constante mobilidade de significados cambiantes em função de cada época, de cada conjunto de experiências, de cada situação concreta. Segundo o autor:

“Na finitude histórica da nossa existência está o fato de que sejamos conscientes de que, depois de nós, outros compreenderão cada vez de maneira diferente. Do mesmo modo, para a nossa experiência hermenêutica é inquestionável que é a mesma obra – cuja plenitude de sentido se manifesta na transformação da compreensão – que permanece como é a mesma história, cujo significado continua determinando-se incessantemente. A redução hermenêutica à opinião do autor é tão inadequada como nos acontecimentos históricos, a redução à intenção dos que atuam neles.”⁷²

1.2.1.4 O Diálogo

Como visto, o fenômeno da compreensão para GADAMER se realiza numa fusão horízontica, na qual o mundo do objeto interpretado nos vem intermediado pela sua história, pelo passado que nos chega através da tradição a que pertencemos, para vir chocar-se com nosso horizonte atual. Portanto, a abertura para o conhecimento do que ele (objeto) nos transmite é fruto de nossa situação hermenêutica, sendo previamente delimitada em virtude do impulso que nos instiga a conhecer. Foram essas as assertivas que justificaram a conclusão de que toda compreensão pressupõe aplicação. Entretanto,

⁷¹ Cf. GADAMER, *Verdade...*, p. 266.

de que maneira se realizaria essa abertura para a verdade do fenômeno observado? Qual a sua estrutura? Qual o procedimento a nos inspirar?

O autor vai buscar auxílio na chamada *dialética da pergunta e da resposta* que, para ele, marca o caráter dialógico da compreensão (compreensão como diálogo). Parte ele do pressuposto da relevância da pergunta – do modo, da finalidade como se pergunta – para a produção daquela. Saber, conhecer, nesse sentido, passa necessariamente pela clivagem efetuada pela indagação que, assim, possibilita o entendimento acerca do que é dado a conhecer.

Interrogar significa abrir-se ao conhecimento, impulsionar a vontade de saber, que passa, obviamente, pelo reconhecimento de que não se sabe ou, pelo menos, de que não se sabe por completo. Reconhecimento esse que confirma o que anteriormente foi desenvolvido a respeito da *historicidade (temporalidade intrínseca à compreensão)* e da estrutura de mediação. Interrogar é entrar nessa tensão com o objeto, marcada pela certeza que dele se conhece algo (ainda que difusamente), mas que, lado outro, também se desconhece muito. É, no fundo, reconhecer que na polaridade existente entre familiaridade e estranheza, a Hermenêutica ocupa a posição intermediária.⁷³

GADAMER deixa tal questão extremamente clara, mencionando expressamente o que significa tal estrutura de pergunta e resposta. Vejamos o que nos diz o filósofo:

“Voltemos, pois, à comprovação de que também o fenômeno hermenêutico encerra em si o caráter original da conversação e da estrutura da pergunta e da resposta. O fato de que um texto transmitido se converta em objeto da interpretação quer dizer, para começar, que coloca uma pergunta ao intérprete. A interpretação contém, nesse sentido, sempre uma referência essencial constante à pergunta que foi colocada. Compreender um

⁷² GADAMER, *Verdade...*, p. 549.

⁷³ *Ibidem*, p. 442.

texto quer dizer compreender essa pergunta. Mas isso ocorre, como já mostramos, quando se ganha o horizonte hermenêutico. Nós reconhecemo-lo agora como o *horizonte do perguntar*, no qual se determina a orientação de sentido do texto. [...]

A estreita relação que aparece entre perguntar e compreender é a única que dá à experiência hermenêutica sua verdadeira dimensão.⁷⁴

Somente pela interrogação acerca daquilo que se posta diante do homem, ser que conhece, é que se trilha o caminho para o seu correto entendimento. Caminho esse que, como tratado anteriormente, é permeado pela interação dialética entre pólos difusos que se encontram no ato de interpretar: o mundo do indivíduo e o mundo do objeto.

Resultado disso é novamente uma desconfiança em relação à velha metódica que, ao tentar especular sobre a verdade a respeito de algo, toma por termo a completa dissociação entre o ser que interpreta e aquilo que é dado a conhecer. Ou seja, GADAMER nega a estrita separação entre sujeito e objeto no fluxo do conhecimento.

Conseqüência dessa idéia é o abalo na teoria do conhecimento radicada na absoluta e imperiosa dicotomia investigador/objeto investigado, como se a realidade fosse completamente dissociada do ser que a conhece ou que se pudesse ter um contato puro com o fenômeno observado. Nesse sentido, lembre-se, não há como isolar a “contaminação”; aliás, ela é o solo sobre o qual se consubstancia o entendimento.

Com isso, não há se falar em conhecimento gerado através de um movimento *unidirecional* que parte do sujeito, unidade absoluta de compreensão, em direção ao objeto, realidade externa dotada de um sentido perene acessível por um procedimento controlável em sua isenção. É novamente o significado do *círculo hermenêutico* que aparece em toda a sua extensão.⁷⁵

⁷⁴ GADAMER, *Verdade*, ps. 544 e 551.

⁷⁵ Cf., STEIN, *Aproximações...*, p. 42.

O processo de compreensão, então, demanda o reconhecimento de que aquilo que se quer conhecer já está implícito, mesmo difusamente, naquele que conhece, sendo o interrogar – a pergunta feita ao se dar ao conhecimento – o caminho a ser trilhado pelo homem rumo ao entendimento.

Quanto a isso, RICHARD PALMER, fazendo uma analogia aos filósofos pré-cartesianos, nos diz o seguinte:

“Os filósofos pré-cartesianos, como por exemplo os antigos gregos, viram o seu pensamento como parte do próprio ser; não tomaram a subjectividade como ponto de partida, fundamentando depois sobre ela a objectividade do seu conhecimento. A sua abordagem foi mais dialéctica, foi uma abordagem que tentou guiar-se pela natureza daquilo que estava a ser compreendido. O conhecimento não era algo que adquirissem como uma posse, mas algo em que participavam, deixando-se guiar e mesmo ser possuídos pelo seu conhecimento. Deste modo os Gregos realizaram uma abordagem da verdade que ultrapassou as limitações do pensamento moderno de sujeito-objeto, radicado num conhecimento subjectivamente certo.

A abordagem de Gadamer está pois mais próxima da dialéctica socrática do que do pensamento moderno, manipulativo e tecnológico. A verdade não se alcança metodicamente mas dialecticamente; a abordagem dialéctica da verdade é encarada como a antítese do método; ela é de facto um meio de ultrapassar a tendência que o método tem de estruturar previamente o modo individual de ver. Rigorosamente falando, o método é incapaz de revelar uma nova verdade; apenas explicita o tipo de verdade já implícita no método. No método, o tema a investigar orienta, controla e manipula; na dialéctica, é o tema que levanta as questões a que irá responder. A resposta só pode ser dada se pertencer ao tema e situando-se nele.”⁷⁶

Na mesma obra, em outra passagem, prossegue o autor:

“Quando alguém sabe que não sabe e quando não defende, por meio de um método, que precisa de compreender mais profundamente aquilo que já compreende, então adquire essa estrutura de abertura que caracteriza o questionamento autêntico. Sócrates instituiu o modelo, com a

⁷⁶ PALMER, *op. cit.*, p. 170.

sua troca lúdica de pergunta e resposta, sabendo e não sabendo, investigando a própria temática para uma abordagem verdadeiramente adequada à sua natureza”⁷⁷

Curioso é que o próprio GADAMER, ao tratar da estrutura da pergunta e da resposta, bem como da primazia daquela em relação a essa, o faz resgatando PLATÃO.

Por suas próprias palavras:

“Uma das mais importantes intuições que nos medeia a apresentação do Sócrates platônico é que, contrariamente à opinião dominante, perguntar é mais difícil do que responder. (...) Para perguntar, temos que querer saber, isto é, saber que não se sabe. E no intercâmbio, ao modo de comédia, de perguntas e respostas, de saber e não saber, descrito por Platão, acaba-se reconhecendo que para todo conhecimento e discurso, em que se queira conhecer o conteúdo das coisas, *a pergunta toma a dianteira*. Uma conversação que queira chegar a explicar alguma coisa precisa romper essa coisa através de uma pergunta.[...]

Assim, podemos apelar a Platão, quando colocamos em primeiro plano a referência à pergunta também para o fenômeno hermenêutico. Podemos fazê-lo tanto mais, pelo fato de que no próprio Platão já se mostra o fenômeno hermenêutico de uma certa forma.”⁷⁸

Esse o ponto de contato entre os dois filósofos, centrado, principalmente, na interação entre intérprete e aquilo que se interpreta, entre ser que conhece e aquilo que é dado ao conhecimento. O mundo externo ao homem passa a representar não somente eventos isolados, exteriores à subjetividade humana e completamente dissociados dela. Ao contrário, a chave para a compreensão se dá no relacionamento íntimo entre esses dois pólos, sujeito/objeto, suscitando a conclusão de que o resultado final do processo se encontra, de certa forma, latente no próprio ser que se abre ao conhecer.

⁷⁷ PALMER, *op. cit.*, p. 201.

⁷⁸ GADAMER, *Verdade...*, ps. 534 e 542.

I.2.1.5 A Lingüisticidade

Não se pode esquecer que o meio pelo qual ocorre a compreensão é a linguagem.⁷⁹ Tanto o pensamento como a comunicação só são realizados linguisticamente, eis que ela representa o nosso acesso aos fenômenos, a nossa possibilidade de conhecimento. É a linguagem que nos abre o mundo, é através dela que vivenciamos e nada existe, para o homem, que seja a ela exterior.

Assim, a linguagem não pode ser vista como mero instrumento cujo objetivo seja ligar uma subjetividade ilhada (homem) a uma objetividade isolada (coisa). Essa aceção é reducionista, já que não consegue perceber a amplitude do fenômeno linguístico. A linguagem significa muito mais: além de possibilitar o conhecimento dos fenômenos que nos cercam – eis que sem linguagem não há comunicação – a ela pertencemos, como se pertence a um grupo ou país; não a possuímos, nela *participamos*.

Todos os nossos conceitos – e por isso também nossos *preconceitos* – são por ela transmitidos, assumindo facetas distintas conforme a época, o lugar, as circunstâncias. Desse modo, a linguagem não é um mero conjunto de signos cuja função seja reunir palavras que designam objetivamente coisas postas ao conhecimento de mônadas individuais. Urge perceber que toda linguagem é convencional. Isto é, se o nosso acesso aos fenômenos é sempre *mediado* e por isso nunca os enxergamos em suas totalidades compreensivas, mas sempre decotados por nossa visão (que, ao compreender aplicando à nossa situação, os vemos *como algo*), as palavras que os designam são, então, *convenção* e não propriedade intrínseca aos mesmos.

⁷⁹ Ou como diz GADAMER: “[...] a linguagem é o medium universal em que se realiza a própria compreensão.”. GADAMER, *Verdade...*, p. 566.

Como convenção não se pode entender que as palavras pertençam ao homem, mas sim à situação⁸⁰. Quer se dizer com isso que elas não são frutos de uma atribuição intelectual feita pelo homem às coisas, mas são convenções calcadas na experiência que, no fundo, refletem a potencialidade de o tema vir à tona. A linguagem é o *ser* em que, em (através de) si, o mundo, as coisas são compartilhados e por isso vivemos *nela* e não em uma instância a ela exterior. É por isso que GADAMER afirma: “O problema hermenêutico não é, pois, um problema de correto domínio da língua, mas o correto acordo sobre um assunto, que ocorre no *medium* da linguagem.”⁸¹

Destarte, o mundo que se encontra *na* linguagem (entre as palavras) é que se revela para o homem no processo de compreensão e a tarefa da *Hermenêutica* é justamente essa: ao perguntar pelas condições de realização do *compreender*, buscar o encontro com o *ser* que nos é transmitido linguisticamente; busca que se pauta pelo diálogo com o próprio tema, como acima foi visto, e não pelo método clássico, que é cego quanto a essas considerações.

O interessante é que, muito embora, tais conclusões pudessem importar a impossibilidade mesma da compreensão, já que a linguagem transmite tradições diversas e, às vezes, até mesmo antagônicas, o resultado a que se chega é outro: é o mundo do *homem* que está sendo transmitido, é ele que existe por meio da linguagem, ou seja, é a potencialidade humana de compreender o que é em si *partilhado* (vivências diversas, horizontes distintos) *pela e frente à própria humanidade*. Como ressalta RICHARD PALMER:

“Esta concepção alarga extraordinariamente o horizonte em que consideramos a experiência hermenêutica. O que se compreende pela

⁸⁰ PALMER, *op. cit.*, p. 205.

⁸¹ GADAMER, *Verdade...*, p. 561.

linguagem não é só uma experiência particular mas o mundo no qual ela se revela. O poder que a linguagem tem de revelar ultrapassa mesmo o tempo e o espaço; um texto antigo de um povo há muito extinto pode tornar presente, com a mais espantosa exactidão, o mundo linguístico interpessoal que existiu entre essa gente. Assim os nossos próprios mundos de linguagem têm uma certa universalidade neste poder de compreender outras tradições e lugares.[...]

É tão grande o poder de dizer da linguagem, que ele cria o mundo no interior do qual tudo pode ser revelado; o seu alcance é tão grande que podemos compreender mais diversos mundos que se exprimiram na linguagem; tão grande é o seu poder de revelação que mesmo um texto relativamente curto pode abrir um mundo diferente do nosso, um mundo que no entanto conseguimos compreender.”⁸²

Por isso, a Hermenêutica, ao tratar dessas questões, lida com algo universal e não pode ser confundida como uma simples disciplina auxiliar de ciências particulares, ou mesmo, das Ciências do Espírito.⁸³ Ou seja, a Hermenêutica alça a universalidade pois, à raiz de toda compreensão particular, esclarece o desenvolvimento fundamental da compreensão em si.⁸⁴

Ou, como nos diz GADAMER, Hermenêutica é universal, enquanto modo próprio de existência humana face a todos os fenômenos que rodeiam o ser:

“Ao reconhecer a lingüisticidade como o medium universal dessa mediação, nossa colocação de seus pontos de partida concretos, a crítica à consciência estética e histórica, e a hermenêutica que se teria que pôr em seu lugar, adquiriu a dimensão de um questionamento universal. Pois a relação humana com o mundo é lingüística e portanto compreensível em geral e por princípio. Nesse sentido, a hermenêutica é, como vimos, um *aspecto universal de filosofia* e não somente a base metodológica das chamadas ciências do espírito.”⁸⁵

⁸² PALMER, *op. cit.*, p. 209.

⁸³ Cf. GADAMER, *L'art de ...*, p. 124.

⁸⁴ Cf. FRUCHON, *L'herméneutique...*, p. 468.

⁸⁵ GADAMER, *Verdade...*, p. 688.

Além disso, ao afirmar que “o ser que pode ser compreendido é linguagem”⁸⁶, GADAMER transforma essa no elemento de universalidade da Hermenêutica que, nesse aspecto, jamais tinha sido ressaltado antes. Sendo a linguagem o *locus* privilegiado em que se realiza o evento da compreensão, todo fenômeno é, por derivação, linguisticamente delineado: *tudo o que pode ser compreendido pelo homem é também linguagem.*

Tanto é assim que mesmo a discussão sobre o que significa linguagem, o próprio pensar sobre o seu ser e, principalmente, a sua própria crítica, só podem ser empreendidos linguisticamente. É sobre isso que GADAMER nos fala na seguinte passagem:

“Pois toda crítica que se eleva para além do esquematismo de nossas frases, com o fim de entender, encontra por sua vez sua expressão na forma lingüística. Nesse sentido a linguagem rebaixa qualquer argumentação contra sua competência. Sua universalidade se mantém na altura da universalidade da razão.”⁸⁷

Depois de vistas as estruturas fundamentais da compreensão descritas pela Hermenêutica Filosófica, passemos à análise de debates travados sobre diversos aspectos dessa.

1.2.2 A Hermenêutica Filosófica Após a Crítica

Várias foram as críticas dirigidas à Hermenêutica Filosófica, vindas de distintas direções. Entre outras, foi acusada por uns de subjetivismo e relativismo, por

⁸⁶ GADAMER, *Verdade...*, p. 687.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 584.

outros de conservadorismo e de submissão cega à tradição, gerando amplos e profundos debates no cenário filosófico durante grande parte da última metade do século XX.⁸⁸

Pela importância e pelo resultado hermenêutico atingido, vamos nos centralizar, dentre todas as críticas existentes, em alguns aspectos da polêmica travada nas décadas de 60 a 80 entre GADAMER e o filósofo também alemão JÜRGEN HABERMAS,⁸⁹ para, em seguida, vermos as novas luzes lançadas sobre vários aspectos da Hermenêutica Filosófica, sobretudo nas questões relativas ao relacionamento entre os conceitos de *verdade* e o de *método*.

Em princípio, deve-se salientar que HABERMAS aceita vários aspectos desenvolvidos pela Hermenêutica Filosófica, principalmente o conceito de temporalidade intrínseca à compreensão, ao concordar que essa está realmente atada ao acontecer histórico. Concorda que não há como compreender sem a referência a um conjunto de preconceitos e assume também a consequência de tal assertiva ao afirmar a perda da ingenuidade científica em seu projeto de acesso a uma visão objetiva dos fenômenos investigados. Ou seja, critica também a redução positivista da verdade ao conceito tradicional de método.⁹⁰

⁸⁸ Para uma visão mais aprofundada desses debates, cf. AGUIRRE ORAA, José María. *Raison critique ou raison herméneutique?* Paris: Les Éditions du Cerf et Editorial Eset, 1998; BLEICHER, *op. cit.*, ps. 165 e ss. e 247 e ss.; ENCARNÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997; FLEURY, Philippe. "Lumières et tradition; Jürgen Habermas face à Hans-Georg Gadamer". In GREISCH, Jean (cur.). *Comprendre et interpréter, le paradigme herméneutique de la raison*. Paris: Beauchesne, 1993; GRABNER-HAIDER, *op. cit.*, ps. 124 e ss.; GRONDIN, *op. cit.*, p. 196 e ss.; ORMISTON et SCHRIFT, *op. cit.*, Editor's Introduction; STEIN, *Aproximações...*, ps. 46 e ss.; *Idem*. "Dialética e Hermeneutica: uma Controvérsia sobre o Método em Filosofia". In Apêndice a HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*, para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: L&PM, 1987; WARNKE, *Gadamer...*, ps. 107 e ss..

⁸⁹ Para uma coletânea dos artigos de HABERMAS que fazem a crítica a GADAMER, cf. HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*, para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: L&PM, 1987. Para uma coletânea de artigos de GADAMER, em que alguns deles se referem ao debate com HABERMAS, cf. GADAMER, *L'art de comprendre; herméneutique et tradition philosophique*. Paris: Aubier Montaigne, 1982.

⁹⁰ Cf., e.g., HABERMAS, *Dialética...*, ps. 34 e ss..

ERNILDO STEIN apresenta uma relação bastante explicativa sobre os pontos de contato entre os filósofos:

“Entre elas [realizações positivas da Hermenêutica] poderíamos enumerar, segundo Habermas, as seguintes:

1. A hermenêutica é capaz de descrever as estruturas da reconstituição da comunicação perturbada.

2. A hermenêutica, e nisso seu juízo coincide com o de Gadamer, está necessariamente referida à praxis.

3. A hermenêutica destrói a auto-suficiência objetivística das ciências do espírito, assim como vêm tradicionalmente apresentadas.

4. A hermenêutica tem importância para as ciências sociais, na medida em que lhes mostra que seu domínio objetivo está preestruturado pela tradição e que elas mesmas, bem como o sujeito que compreende, têm seu lugar histórico determinado.

5. A consciência hermenêutica atinge, fere e revela os limites da auto-suficiência das ciências naturais, ainda que não possa questionar a metodologia de que elas fazem uso.

6. Finalmente, hoje uma esfera da interpretação alcançou atualidade social e exige, como nenhuma outra, a consciência hermenêutica: a saber, a tradução de informações científicas relevantes para a linguagem do mundo da vida social.”⁹¹

Entretanto, HABERMAS discorda, principalmente, da pretensão de universalidade da Hermenêutica e pauta sua crítica central sobre o seguinte pilar: a Hermenêutica Filosófica não pode pretender a universalidade por ela postulada, já que, ao destruir as pretensões iluministas de racionalidade, não está apta a refletir sobre a dimensão ideológica presente em toda linguagem e, por isso, não consegue estabelecer padrões racionais que possam distinguir preconceitos legítimos de preconceitos ilegítimos. A Hermenêutica não teria condições de ultrapassar a força da tradição, já que não possui uma instância crítica que pudesse refletir sobre a carga de pré-compreensões

⁹¹ STEIN, *Dialética...*, p. 122.

trazidas pelo acontecer histórico e, assim, separar as que são frutos de uma comunicação ideologicamente perturbada e as que devem ser aceitas no processo compreensivo.⁹²

Por isso é que, segundo HABERMAS, a Hermenêutica só seria universal caso a linguagem fosse um espaço isento da dominação, mas como reflete as relações entre trabalho e poder – que também constituem o contexto em função do qual toda atividade social pode ser compreendida – o projeto de universalidade torna-se inviável.⁹³

Assim, preocupado com a influência da ideologia, bem como seu potencial de provocar distúrbios na comunicação, HABERMAS vai seguir na tentativa de construção de uma teoria que, dando conta dos avanços da Hermenêutica, possa dela se distanciar para ser capaz de viabilizar uma comunicação livre de dominação.⁹⁴

As críticas de HABERMAS aqui mencionadas, bem como toda a extensão do diálogo travado nos vários anos em que o mesmo se desenrolou, foram de fundamental importância para que a Hermenêutica Filosófica pudesse fazer uma revisão de certos aspectos que foram deixados à margem de seu desenvolvimento em um primeiro instante, mas que precisaram ser repensados, a fim de alçar uma posição mais central na própria teoria e de fazer frente face a tais críticas.⁹⁵

⁹² Cf., e.g., HABERMAS, *Dialética...*, ps. 16 e ss., 46 e ss., 66 e ss.

⁹³ Cf., e.g., *Ibidem*, ps. 23, 87 e ss.

⁹⁴ Também em função do corte epistemológico feito neste trabalho, não será desenvolvida a teoria habermasiana no que concerne ao seu próprio projeto de universalidade, nem mesmo as críticas a ela existentes, conformando-nos, como dito anteriormente, com as linhas principais de sua crítica à hermenêutica a fim de justificar e demonstrar o repensar dessa última, dentro de seu próprio contexto, como fruto direto do debate.

⁹⁵ Com certeza, o diálogo travado entre esses dois grandes autores foi produtivo para ambos, gerando para eles uma aprendizagem mútua. Veja-se o que JEAN GRONDIN afirma a propósito: "Gadamer et Habermas ont tous deux appris quelque chose de leur confrontation. Sous l'impulsion de Habermas, Gadamer a pu faire ressortir de manière plus incisive qu'en 1960 la portée critique de son effort de pensée. Son herméneutique ne s'épuise pas à tourner en rond autour de la finitude, elle aspire à ce que Gadamer a dorénavant nommé un 'savoir réflexif à vocation critique', un *kritisches Reflexionswissen*, savoir qui démontre son efficacité partout où la rectification de malentendus objectivistes s'accompagne d'un accroissement des possibilités de liberté pour l'individu. [...] Habermas aura aussi tiré certains enseignements de ce débat. Cela tient peut-être à d'autres raisons, mais il est clair qu'à partir de 1970 la psychanalyse a peu à peu cessé de revendiquer une place centrale dans son entreprise de pensée et d'offrir le modèle d'une théorie critique de la société. Comme si Gadamer avait tapé dans le mille avec ses

Como se percebe, não houve necessariamente uma revolução em suas bases teóricas, mas uma relevante recuperação de pontos que restavam muito pouco desenvolvidos e que mereciam, como dito, um lugar mais importante dentre as grandes conclusões já alcançadas, a saber: o repensar o papel e a importância da *crítica* dentro do processo de compreensão, o que implica igualmente repensar a função do *método* em relação ao tema da *verdade*.

Significa que GADAMER, ao subestimar a importância da reflexão crítica, deveria enfrentar de modo mais claro a questão de como (portanto *metodologicamente*) a compreensão pudesse ser alcançada de modo mais verdadeiro, inclusive contra a própria tradição. GADAMER, pois, teve que demonstrar de que modo, no processo de compreensão, o círculo hermenêutico pode deixar de ser *vicioso*, ao aceitar acriticamente preconceitos ilegítimos, para se tornar *virtuoso*, ou seja, rumo a um entendimento correto sobre a coisa.

É fácil se perceber a dificuldade desse projeto, na medida em que o autor não poderia, de forma alguma, recorrer à visão clássica do método. Deveria, pois, desenvolver, ou melhor, esclarecer um tipo de caminho – portanto um tipo renovado de método – que, dando conta dos avanços hermenêuticos, pudesse ultrapassar as pechas de conservadorismo e relativismo opostas antagonicamente à Hermenêutica.

Em verdade, GADAMER encontrava-se perante um grande dilema, pois face a essas duas grandes críticas, ele não pudera, até aquele momento, responder a uma sem cair na outra, vez que o aporte sobre a existência de uma *instância crítica* interna à

objections, Habermas a depuis cessé, à toutes fins utiles, de s'inspirer d'une psychanalyse élargie dans un sens sociologique. Et ce n'est pas tout. Laissant de côté le paradigme psychanalytique, il a consacré le plus clair de ses énergies à l'élucidation des fondements plus linguistiques, ou pragmatiques, d'une théorie critique de la société, qui le conduisirent, successivement, à une pragmatique universelle, à une volumineuse théorie de l'agir communicationnel, puis à une éthique de la discussion fondée sur l'instance critique de l'entente langagière". GRONDIN, *op. cit.*, ps. 210 e 211.

Hermenêutica não tinha sido adequadamente desenvolvido pelo mesmo. É o que

GEORGIA WARNKE nos afirma:

“To this extent his hermeneutics appears to founder on a dilemma: on the one hand, it can avoid opportunism in interpretation only by becoming what one might call ‘conservative’ and accepting the truth of the object; conversely it can avoid this conservatism only by becoming opportunistic and failing to provide any criteria for discriminating between understanding and misunderstanding.”⁹⁶

Certo é que GADAMER nunca esteve preocupado com a construção de métodos que importassem a validade da interpretação atingida, e sim como compreender de modo mais profundo e verdadeiro, para além de todo método clássico. Ou seja, não estava preocupado com epistemologia, mas com ontologia. No entanto, o desafio tal qual posto por HABERMAS deveria ser enfrentado sob pena de ruir o solo em que se assentava sua conclusão pela universalidade da Hermenêutica.

GADAMER, então, busca ressaltar que as preocupações de fundo levantadas por HABERMAS encontravam-se, desde o início, presentes em sua teoria, sendo que essa também já teria, inclusive, oferecido caminhos para solucioná-las – ainda que, para vários autores,⁹⁷ tais caminhos estivessem em um plano secundário quando do surgimento da obra *Verdade e Método*.

Por isso, em fases posteriores, GADAMER vai expressar que, sendo sua intenção original demonstrar a ingenuidade pretenciosa do Iluminismo, passou ao ataque à concepção tradicional de método, o que não significava que fosse contrário ao conceito de método em si, nem à sua importância ao desenvolvimento do campo

⁹⁶ WARNKE, *Gadamer...*, p. 99.

⁹⁷ Cf., e.g., *Ibidem*, p. 168.

científico, notadamente nas Ciências Sociais. Como diz o autor, "*Warheit und Methode* n'a jamais voulu donner un caractère absolu à l'opposition impliquée par son titre."⁹⁸

Quanto a essa observação, também PIERRE FRUCHON destaca que nunca se tratou de oposição entre os conceitos referidos:

"Il dissipe, pour l'essentiel, le contresens que pourrait commettre une lecture rapide du titre *Vérité et Méthode*: ce titre ne suggère nulle opposition de la vérité herméneutique à la connaissance méthodique, par conséquent, nulle dépréciation de la science, science de la nature comprise. Cette opposition et cette dépréciation ne pourraient qu'entraîner une nouvelle régionalisation de l'herméneutique, au lieu de faire valoir son universalité."⁹⁹

Para que não reste mais dúvidas, vale ressaltar o que GADAMER nos afirma já no Prefácio à 2ª edição do *Verdade e Método*:

"Isso não exclui, o mínimo que seja, que os métodos das ciências modernas da natureza encontrem aplicação também no universo social. A nossa época, talvez, esteja até bem mais determinada pela racionalização crescente da sociedade e pela técnica científica de conduzi-la, do que pelo progresso espantoso da ciência moderna da natureza. O espírito metodológico da ciência impõe-se por toda parte. Assim, de longe, não me

⁹⁸ GADAMER, *L'art de...*, p. 130. Aliás, GADAMER, logo após reafirmar a universalidade da Hermenêutica, faz questão de relembrar em uma passagem expressiva que, para construir sua teoria, ele também partiu de um corte epistemológico preciso, qual seja, a liberação da questão da verdade através da análise da consciência estética e histórica. "La tâche d'une herméneutique philosophique est bien de révéler toute la portée de la dimension herméneutique et de mettre en valeur son importance fondamentale pour l'ensemble de notre compréhension du monde, sous toutes ses formes: depuis la communication interhumaine jusqu'à la manipulation sociale, depuis l'expérience de l'individu au sein de la société ou celle qu'il fait sur la société, depuis la tradition où entrent religion et droit, art et philosophie jusqu'à l'énergie émancipatrice de la réflexion exercée par la conscience révolutionnaire. Ce qui n'empêche pas tel ou tel chercheur de prendre son point de départ dans des expériences et des champs d'expérience délimités. Ma propre tentative se rattache à la reprise de l'héritage du romantisme allemand par Dilthey, dans la mesure où il prend pour thème la théorie des sciences de l'esprit, tout en la faisant reposer sur un fondement nouveau et beaucoup plus large: l'expérience de l'art, avec la prétention victorieuse à la contemporanéité, qui lui es propre, donne bien la riposte à la distanciation historique dans les sciences de l'esprit." *Ibidem*, p. 123.

⁹⁹ FRUCHON, Pierre. "Préface". In GADAMER, Hans-Georg. *L'art de comprendre; herméneutique et tradition philosophique*. Paris: Aubier Montaigne, 1982, p. 08.

veio à mente negar a premência ineludível do trabalho metodológico, dentro das assim chamadas ciências do espírito.”¹⁰⁰

Nesse sentido, a Hermenêutica nunca foi contra o conceito e a relevância do método, mas a uma apropriação teórica específica sobre o mesmo que achava possível aceder metodologicamente à verdade absoluta e universal. É, tal qual mencionado, plenamente possível a convivência com uma determinada metodologia científica, desde que não se perca de vista o caráter situado de toda compreensão e, também, da própria instrumentalidade do método que leva à provisoriedade de qualquer descoberta e nunca a resultados objetiva e eternamente válidos.¹⁰¹

GADAMER assume igualmente a relevância da reflexão crítica no *interim* da compreensão e com isso concorda explicitamente com HABERMAS, mas acusa seus críticos de não terem visto que essa preocupação já existia em sua teoria desde as suas primeiras análises, consoante nos diz:

“J’admets certes avec Habermas qu’une précompréhension herméneutique est toujours en jeu et par suite a besoin d’une élucidation réflexive. [...]

C’est une mécompréhension naïve de craindre – toujours à la suite de E. Betti – que la réflexion herméneutique que j’effectue affaiblisse l’objectivité scientifique. Sur ce point Apel, Habermas et les représentants de la ‘rationalité critique’ sont à mon avis pareillement aveugles. Ils méconnaissent tous l’exigence réflexive de mes analyses et par là aussi le sens de l’application que j’ai essayé de faire apparaître comme un élément structurel de toute compréhension.”¹⁰²

¹⁰⁰ GADAMER, *Verdade...*, p. 15.

¹⁰¹ Quanto a esse tema, JEAN GRONDIN chega a estabelecer um paralelo entre GADAMER E THOMAS KUHN: “On peut même se demander, et l’autoréflexion herméneutique des sciences physiques dans la tradition de Thomas S. Kuhn tend à le suggérer, si le modèle d’une connaissance nécessaire, universelle et strictement méthodique correspond au fonctionnement effectif des sciences pures. Ainsi que l’indique déjà le terme ‘pur’, le seul savoir nécessaire dont nous disposons est celui qui se limite à l’ordre des propositions analytiques. Gadamer conseille donc de renoncer à l’idée d’un critère ou d’une méthode apte à garantir la vérité en sciences humaines.” GRONDIN, *op. cit.*, p. 169.

¹⁰² GADAMER, *L’art de...*, ps. 93 e 94.

Por isso, para fugir da afirmação de que sua teoria daria azo a uma submissão cega à força da autoridade e da tradição, que não seria capaz de distinguir entre preconceitos legítimos e preconceitos ilegítimos, nem seria competente para ultrapassar condições de comunicação ideologicamente perturbadas, passa igualmente a ressaltar as propriedades críticas presentes na própria Hermenêutica, as quais podem ser representadas pelas idéias de *antecipação do todo*, *distância temporal*, *diálogo*, *situação de aplicação* e *retórica*; as quatro primeiras, como se sabe, já presentes desde a obra *Verdade e Método*, mas que, após as críticas, foram recuperadas e alçadas a um patamar mais alto. Ressaltemos, pois, as funções críticas que, segundo GADAMER, advêm de tais conceitos.

A *antecipação do todo*, insita ao processo de compreensão, como restou demonstrado pela análise do círculo hermenêutico, exerceria para o autor uma tarefa constante de pôr à prova as pré-compreensões do intérprete. Assim, na medida em que esse entra em contato com o fenômeno interpretado, vai, paulatinamente, no desenrolar do processo, checando seus preconceitos em função de uma constante antecipação do sentido de tal fenômeno em totalidade e que, por consequência, acaba por lançar luzes sobre tais conceitos prévios, ajudando a separar aqueles que fazem jus à verdade do tema em observação e aqueles que devem ser descartados. GADAMER descreve isso, fazendo analogia à interpretação de um texto:

“Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.

Essa descrição é, naturalmente, uma abreviação rudimentar: o fato de que toda revisão do projeto prévio está na possibilidade de antecipar um novo projeto de sentido; que projetos rivais possam se colocar lado a lado na elaboração, até que se estabeleça univocamente a unidade do sentido; que a interpretação comece com conceitos prévios [sic] que serão substituídos por outros mais adequados. [...]

Esse processo de construção está, no entanto, já dirigido por uma expectativa de sentido procedente do contexto do que lhe precedia. É evidente que essa expectativa terá de admitir correções se o texto exigir. Isso significa então que a expectativa muda de sintonia e que o texto se recolhe na unidade de uma intenção sob uma expectativa de sentido diferente. O movimento da compreensão vai constantemente do todo à parte e desta ao todo. A tarefa é ampliar a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a correção da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Quando não há tal concordância, isso significa que a compreensão malogrou.¹⁰³

Outro ponto importante para a correção dos preconceitos seria a *distância temporal*, como restou demonstrado no item I.2.1.3. Assim, há uma verdadeira ação positiva no distanciar-se do tempo, eis que o momento futuro, pelo choque com o aprendizado capitaneado pelo passado histórico, está apto a iluminar os juízos verdadeiros. Ou seja:

“Na verdade trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, a cuja luz nos é mostrado todo o transmitido. Não será exagerado, se falarmos aqui de uma genuína produtividade do acontecer. [...]

Nada além do que essa distância de tempo torna possível resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os *verdadeiros* preconceitos, sob os quais *compreendemos*, dos *falsos* preconceitos que produzem os mal-entendidos.¹⁰⁴

Com essa concepção, GADAMER chega a mencionar que se deve, obrigatoriamente, colocar as nossas pré-compreensões à prova, ou seja, assumir a perspectiva de suspender sua validade e testá-las face à verdade do tema que se nos

apresenta linguisticamente pelo fenômeno observado. Essa assertiva só cobra sentido na estrutura do *diálogo* e da relação entre *pergunta* e *resposta*, também já mencionados, mas que, nesse contexto, passa a assumir nitidamente sua função crítica.

“É claro que destacar um preconceito implica em suspender sua validade. Pois na medida em que um preconceito nos determina, não o conhecemos nem o pensamos como um juízo. Como poderia então ser destacado? Conseguir pôr um preconceito diante dos olhos é impossível, enquanto este estiver constante e despercebidamente em obra, porém somente quando, por assim dizer, ele é atraído por estímulo. Esse estímulo procede precisamente do encontro com a tradição. Pois o que incita à compreensão deve ter-se feito valer já, de algum modo, em sua própria alteridade. Já vimos que a compreensão começa aí onde algo nos interpela. Esta é a condição hermenêutica suprema. Sabemos agora o que ela exige com isso: a de suspender por completo os próprios preconceitos. Porém, a suspensão de todo juízo e, *a fortiori*, de todo preconceito, visto logicamente, tem a estrutura da *pergunta*.”¹⁰⁵

Outro aspecto importante para reduzir a possibilidade de mal-entendido é a consequência advinda da mencionada inserção da *aplicação* na mecânica interna da compreensão. Ora, para GADAMER a compreensão não ocorre em abstrato, em suspensão, mas se refere, sempre, à situação hermenêutica do sujeito. Por isso, o compreender realiza-se sempre em um fluxo de interação passado/presente e, nesse sentido, ocorre vinculado a um conjunto concreto de fatores, interesses, perspectivas que, por sua vez, ajudam a reduzir a margem de indeterminação na interpretação. Essa associação entre momento de aplicação e redução do subjetivismo é desenvolvida por GEORGIA WARNKE:

“This reiteration of the situated character of understanding partially resolves the problem to which I pointed in the last section, namely that on Gadamer’s account hermeneutic understanding seems to involve a simple acquiescence to the views of its object. It is now clear that if we must

¹⁰³ GADAMER, *Verdade...*, ps. 402 e 436.

¹⁰⁴ *Ibidem*, ps. 445 e 447.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 447.

anticipate the truth of our object it still remains a truth for us, one that must make sense to us in our concrete circumstances. Hence, we do not simply adopt the views of our object or tradition; rather, the way we understand their truth already involves application to our situation and hence modification in line with our circumstances.”¹⁰⁶

GADAMER também fez menção expressa a um domínio explícito em que a Hermenêutica se encontra com a *Retórica*: a de que não há conclusões que se imponham por si mesmas, mas que são pontos de chegada atingidos pelo diálogo esclarecedor. Sendo assim, a Hermenêutica aposta na força da argumentação e no entrechoque de posições rumo a uma compreensão melhor e mais adequada.

“Je déplore qu’on ne reconnaisse pas le fait que c’est là le domaine que l’herméneutique partage avec la rhétorique: le domaine des arguments convaincants (et non de ceux qui contraignent logiquement). C’est le domaine de la pratique et de l’humanité en général; sa tâche ne se trouve justement pas là où compte la puissance de la ‘conclusion dure comme fer’ à laquelle on est tenu de se soumettre sans discuter; or elle se trouve non pas là aussi où la réflexion émancipatrice est assurée de son ‘entente contrafactuelle’, mais là où des points controversés doivent aboutir à une décision au moyen d’une réflexion raisonnable. Ici l’art de la parole et de l’argumentation (et son pendant silencieux, la délibération réfléchie avec soi-même) se trouve dans son élément.”¹⁰⁷

Não obstante a relevância desses debates (verdadeiramente hermenêuticos) e a sua produtividade teórica, alguns autores vão indicar, como um dos resultados diretos do diálogo, um desvio de GADAMER que pôde justificar um incremento nas críticas relativas ao seu conservadorismo.¹⁰⁸

É que, na discussão com HABERMAS, teria havido uma clara aproximação teórica rumo a uma submissão dogmática à tradição e à autoridade, como forma de também tentar resolver a questão da legitimidade dos preconceitos. O fundamento

¹⁰⁶ WARNKE, *Gadamer...*, p. 96.

¹⁰⁷ GADAMER, *L’art de...*, p. 107.

principal é o de que, para GADAMER, mesmo a Hermenêutica convivendo com a função crítica, não haveria como estabelecer um padrão supra-histórico que servisse de instância para a transposição da autoridade trazida preconceituosamente pela tradição. Em verdade, aquela seria fundada por um reconhecimento dogmático acerca de sua superioridade e de sua razão. Essa idéia é representada, em geral, pela seguinte passagem:

“Il suffit d'étudier des phénomènes comme la perte d'autorité ou son déclin (et leurs contraires) pour voir ce qu'est l'autorité et ce dont elle vit: non pas d'une violence dogmatique mais au contraire d'une reconnaissance dogmatique. Or une reconnaissance dogmatique peut-elle être autre chose que l'attribution à l'autorité d'une supériorité en connaissance et par conséquent la croyance qu'elle a raison.”¹⁰⁹

Todavia, esse conservadorismo expresso de GADAMER não pode ser tomado como o fundamento e o desenvolvimento principal de sua tese, uma vez que representa nitidamente um caminho que não precisava ser trilhado. Há nesse “reconhecimento dogmático” da superioridade da autoridade uma clara contradição com a função crítico/reflexiva que o próprio GADAMER já havia desenvolvido no interior de sua teoria, como ficou acima demonstrado.

Como deduz GEORGIA WARNKE: se, de acordo com tal raciocínio, a reflexão não pode demonstrar a ilegitimidade da autoridade, da mesma forma não pode ela reconhecer dogmaticamente a sua legitimidade. Para a autora, o fato de não existir um padrão absoluto que possa nos servir para a crítica à autoridade, não significa que devamos a ela nos submeter dogmaticamente, visto ser possível criticá-la por várias outras razões fornecidas pela própria Hermenêutica.¹¹⁰ Ou seja, “[...] in contrasting mediation to distantiation and equating the Socratic *docta ignorantia* with subservience

¹⁰⁸ Cf., e.g., WARNKE, *Gadamer...*, p. 134 e ss.

¹⁰⁹ GADAMER, *L'art de...*, p. 136.

to authority, Gadamer pushes his hermeneutic reflections in a direction they need not to go.”¹¹¹

Sobre essa polêmica, é interessante lembrar que o próprio GADAMER, já no *Verdade e Método*, havia relativizado o conceito e a força da tradição e da autoridade, na medida em que seu reconhecimento não seria feito mediante uma submissão dogmática, mas através de um ato de *razão* que é livre por essência. Segundo GADAMER, em virtude da deformação que tais conceitos sofreram pelo Iluminismo, a força da autoridade passou a significar uma obediência cega e não um ato livre e racional, tal como ele postula.¹¹² Quanto a isso, são significativos os seguintes excertos:

“De fato, não é só a difamação de toda autoridade que se converte num preconceito consolidado pelo *Aufklärung*. Ele levou também a uma grave deformação do próprio conceito de autoridade. Sobre a base de um esclarecedor conceito de razão e liberdade, o conceito de autoridade pôde se converter simplesmente no contrário de razão e liberdade, no conceito da obediência cega.

[...] Junto a isso dá-se que a autoridade não se outorga, adquire-se, e tem de ser adquirida se a ela se quer apelar. Repousa sobre o reconhecimento, portanto, sobre uma ação da própria razão que, tomando-se consciente de seus próprios limites, atribui a outro uma perspectiva mais acertada. Este sentido retamente entendido de autoridade não tem nada a ver com obediência cega de comando. Na realidade, autoridade não tem nada a ver com obediência, mas com *conhecimento*. [...]

É assim que o reconhecimento da autoridade está sempre ligado à idéia de que o que a autoridade diz não é uma arbitrariedade irracional, mas algo que pode ser inspecionado principalmente.

[...] Na realidade, a tradição sempre é um momento da liberdade e da própria história. Também a tradição mais autêntica e venerável não se realiza naturalmente, em virtude da capacidade de permanência daquilo que, singularmente está aí, mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas. No entanto, a conservação é um ato da razão [...]. Em todo caso, a conservação representa uma conduta tão livre como a destruição e a inovação.”¹¹³

¹¹⁰ WARNKE, *Gadamer...*, p. 136.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 138.

¹¹² GADAMER, *Verdade...*, p. 419.

¹¹³ *Ibidem*, ps. 419 e ss.

Em escritos posteriores, GADAMER volta a reafirmar esse mesmo propósito:

“Constitui sério contra-senso assumir que a ênfase no fator essencial da tradição (presente em toda compreensão) implique uma aceitação acrítica da tradição ou um conservadorismo social e político. O leitor deste esboço de minha teoria da hermenêutica reconhecerá, de qualquer modo, que tal suposição reduz a hermenêutica a uma perspectiva idealista e histórica. Ora, o confronto com a nossa tradição histórica é sempre, em verdade, um desafio crítico que tal tradição nos lança. [...]

Ninguém pode atualmente eximir-se da reflexividade que caracteriza o espírito moderno. Seria absurdo, daqui por diante, confinar-se na ingenuidade e nos limites tranquilizadores de uma tradição fechada sobre si mesma, no momento em que a consciência moderna encontra-se apta a compreender a possibilidade de uma múltipla relatividade de pontos de vista.

[...] A consciência moderna assume – precisamente como ‘consciência histórica’- uma posição reflexiva com relação a tudo que lhe é transmitido pela tradição. A consciência histórica já não escuta beatificamente a voz que lhe chega do passado, mas, ao refletir sobre a mesma, recoloca-a no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor relativos que lhe são próprios. Esse comportamento reflexivo diante da tradição chama-se *interpretação*.¹¹⁴

Ou seja, pode-se afirmar com JEAN GRONDIN que:

“Gadamer n’a donc jamais placé l’autorité ni la tradition au-dessus de la raison, il a seulement rappelé que la raison s’insérait toujours dans un cadre historique et communicationnel, d’où elle puisait ses étalons pour critiquer la tradition, mais aussi les aberrations d’une raison qui se croit souveraine en regard du temps. Voilà pourquoi il est raisonnable pour la raison finie de reconnaître sa dette envers l’histoire qui la travaille.”¹¹⁵

Em virtude dessas afirmações não se pode reduzir o conceito de *preconceito* em GADAMER a uma mera assunção do que nos chega pela tradição, malgrado o referido desvio em sua teoria. Em toda atividade de compreensão deve haver uma apropriação

¹¹⁴ GADAMER, *O problema...*, ps. 14 e 18.

¹¹⁵ GRONDIN, *op. cit.*, p. 207.

crítica dos preconceitos, pois eles não podem ser compreendidos dogmaticamente. As pré-compreensões são apenas as “primeiras aproximações” ao fenômeno, matizadas pela cor do passado que nos chega através da história na qual fazemos parte. Cumpre ser sempre lembrado que, exatamente por esse caráter precário, há preconceitos legítimos e ilegítimos. Assim, muito embora deles não possamos nos dissociar para compreender, podemos, contudo, buscar valorá-los positiva ou negativamente. O próprio GADAMER já havia afirmado que:

“Em si mesmo, ‘preconceito’ (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa. [...]

‘Preconceito’ não significa pois, de modo algum, falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorizado positivamente ou negativamente.”¹¹⁶

Outro importante aspecto que deve ser tratado após esse panorama geral da crítica à Hermenêutica é o tema da *Verdade*, pois como brilhantemente mostrou EMERICH CORETH, essa questão é superior ao próprio acontecer efetivo-histórico.¹¹⁷

GADAMER assume a importância da *Verdade* quando afirma que o entendimento hermenêutico se volta para a coisa, para o tema que o fenômeno observado nos revela linguisticamente em nossa historicidade. Portanto, ainda que haja uma temporalidade intrínseca a toda compreensão, ainda que o homem, em sua finitude, não possa ultrapassar seu horizonte histórico, há necessariamente um *acontecer da verdade* por trás de toda circunstancialidade como restou provado na experiência da arte.

¹¹⁶ GADAMER, *Verdade...*, p. 407.

¹¹⁷ Cf. CORETH, *op. cit.*, p. 158. “Contudo, para lá de toda efetivação histórica, fica de pé a pergunta se e até que ponto um enunciado manifesta ou oculta a própria coisa, se corresponde ou não à coisa, sendo, portanto, nesse sentido, ‘verdadeiro’ ou ‘falso’. [...] Eis, pois, o problema: mesmo quando a verdade se manifesta historicamente, não pode ser reduzida apenas à repercussão histórica. A pergunta a respeito da verdade permanece sendo uma questão objetiva: se o enunciado individual corresponde ou falha à coisa,

A visão de determinadas obras de arte – como um quadro, uma escultura – nos joga diante de uma experiência da verdade que, muito embora relacionada com a nossa situação hermenêutica, ultrapassa os limites de seu próprio tempo em uma flagrante fusão passado/presente. É próxima da sensação que temos ao sairmos de uma determinada peça e constatarmos de que algo nos tocou, de que algo nos fez sair renovados da experiência.

Obviamente GADAMER não vai pretender pautar a busca à verdade no método científico tradicional; muito pelo contrário, sabe-se que essa é a crítica fundamental desenvolvida no *Verdade e Método*. A questão da verdade se resolve em um constante jogo de velamento e desvelamento, em que ela nos atinge a partir do entendimento sobre o tema (o que nos diz o quadro, o evento histórico, o texto, etc) alçado pelo processo compreensivo visto como diálogo, em que as funções críticas da Hermenêutica operam, no acontecer histórico, como forças reflexivas aptas à separação dos preconceitos legítimos – que se adequam à coisa¹¹⁸ – dos preconceitos ilegítimos, que levam ao mal-entendido.

Assim, JEAN GRONDIN afirma expressamente que a inexistência de um caminho seguro para a conquista de uma verdade absoluta, não importa que não haja qualquer verdade, apenas demonstra que ela se encontra radicada necessariamente em

se revela ou desfigura a coisa. Essa questão se põe a toda a compreensão, acima do acontecer efetivo-histórico.”

¹¹⁸ EMERICH CORETH esclarece o que significa a palavra *adaequatio* reinterpretando a fórmula *adaequatio ad rem*: “A fórmula ‘adaequatio ad rem’ apenas significa que aquilo que se diz, aquele aspecto – talvez ainda muito limitado ou sem importância – da coisa, que se exprime, acerta a coisa. Aqui a palavra ‘adequado’ não significa o mesmo que ‘exaustivo’, em oposição a limitado ou fragmentário: quer dizer apenas ‘pertinente’, por oposição a ‘impertinente’. A fórmula tem, portanto, a função crítica de distinguir o verdadeiro do falso.” CORETH, *op. cit.*, p. 160.

nossa situação, compreendida no diálogo interno que nos caracteriza em relação ao conhecimento de nós mesmos e de tudo que nos cerca.¹¹⁹

Nesse sentido, GEORGIA WARNKE apresenta uma efetiva contribuição na discussão sobre a competência da Hermenêutica Filosófica para criar caminhos rumo ao conhecimento mais acertado, resgatando três conceitos fundamentais que, para ela, formam o enlace dessa teoria com uma visão compatível com a preocupação racional do Iluminismo (mesmo que em desacordo como conceito positivista de racionalidade),¹²⁰ quais sejam, a) o caráter dialógico da compreensão, b) a noção de experiência hermenêutica e c) o uso do conceito de *Bildung*.¹²¹

Segundo a autora, o *caráter dialógico da compreensão* advém da constatação de que não podemos apelar para um critério neutro de justificação racional, uma vez que somos historicamente situados. Entretanto, segue afirmando com

¹¹⁹ GRONDIN, *op. cit.*, p. 225 e 227. Esse autor chega a afirmar que nunca teria havido relativismo na Hermenêutica:

“On comprend dès lors qu’il n’y ait jamais eu de relativisme pour l’herméneutique. Ce sont plutôt les adversaires de l’herméneutique qui s’empressent d’agiter le spectre du relativisme parce qu’ils y soupçonnent une conception de la vérité qui ne s’accorde pas avec leurs propres exigences positivistes ou fondamentalistes et pour lesquelles une vérité qui n’est pas assurée de manière définitive et selon une méthode bien délimitée n’en est pas une. Dans les discussions philosophiques contemporaines, le relativisme sert en effet d’épouvantail au profit de conceptions plus fondamentalistes qui voudraient faire abstraction du dialogue de l’âme avec elle-même dans son expérience de la vérité.

Celui qui parle de relativisme présuppose qu’il peut y avoir une vérité ailleurs qu’en cet horizon de dialogue, une vérité proprement absolue, c’est-à-dire divorcée de notre langage et de ses interrogations. Une vérité donnée pour seulement relative n’a de sens que sur le fond d’une vérité absolue et qui serait à notre portée. Or comment atteint-on au juste une vérité qui soit absolue et indiscutable? On ne l’a jamais indiqué de façon satisfaisante.” *Ibidem*, p. 226.

¹²⁰ De acordo com GEORGIA WARNKE, “Against the Enlightenment and in concert with its many detractors, Gadamer does emphasize the historical character of our beliefs and practices; to be sure, he takes his philosophical bearings from an analysis of historical contingency and of the connection between knowledge and prejudice. None the less as he delineates this connection it does not mean that we must give up a concern with reason, with the validity of our knowledge, but rather that we must preserve the Enlightenment ideal while rendering it compatible with the cultural and linguistic embeddedness of our understanding.” WARNKE, *Gadamer...*, p. 168.

¹²¹ Podemos notar que a palavra *Bildung* foi traduzidas por alguns autores de modo um pouco diferente. Por exemplo, GEORGIA WARNKE afirma que ela descreve o processo através do qual indivíduos e culturas entram em uma comunidade, mais e mais, abertamente definida (WARNKE, *Gadamer...*, p. 173), ao passo que JEAN GRONDIN a traduz como *formação* ou *educação espiritual* (GRONDIN, *op. cit.*, p. 162). Assim, apoiados também em KELLY SUSANE ALFLEN DA SILVA, a palavra assume em português o significado de *formação* (SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 260).

GADAMER, que isso não significa ausência de qualquer justificação racional e que essa é resolvida pela vinculação da lógica da compreensão à estrutura do diálogo.¹²² Assim, para ela, “Gadamer suggests that in themselves dialogue and discussion promote the progress of reason.”¹²³ Aduz, portanto, que ao final do diálogo, as posições iniciais dos participantes podem ser revistas rumo a um entendimento mais profundo, mais correto, como se dá inclusive no choque entre tradições e culturas diferentes. Obviamente, e isso não passa despercebido, é imprescindível uma atitude de abertura para aquilo que nos diz o outro, abertura essa que, como afirma, é uma característica essencial da própria razão ao viabilizar o constante desenvolvimento das nossas perspectivas.¹²⁴

A experiência hermenêutica é, também conforme GEORGIA WARNKE, outro aspecto fundamental para a definição de um renovado conceito de racionalidade. Assim, ela realça a idéia gadameriana de que uma pessoa experiente é uma pessoa aberta a novas experiências, pois sabe que a razão não é propriedade de nenhuma tradição, mas advém principalmente da experiência da negação: a sabedoria para admitir a existência de opiniões melhores que leva, ato contínuo, à abertura para a refutação e modificação de nossos próprios conceitos através da perspectiva do outro.¹²⁵

Por último, a autora também faz menção expressa ao conceito de *formação* (*Bildung*) para sublinhar que o diálogo e a experiência hermenêutica levam ao indivíduo “culto”, aquele que pode colocar sua vida, preocupações e preconceitos em um horizonte mais amplo, em uma perspectiva mais abrangente a partir do interesse em repensar continuamente suas convicções e aprendizados. Aquele que, aberto à verdade

¹²² WARNKE, *Gadamer...*, p. 169.

¹²³ *Ibidem*, p. 170.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 170.

¹²⁵ *Ibidem*, ps. 171 e ss.

oferecida pelo outro, atinge não só conceitos mais corretos, como também a habilidade constante para essa aquisição.¹²⁶

Bem, se GADAMER ou outro autor conseguiu superar o desafio rumo a uma verdade mais profunda, mas que nem por isso subestima a importância da razão e da correção na interpretação, é algo que até hoje se coloca em discussão, vez que, de acordo com JEAN GRONDIN, o problema da legitimidade dos preconceitos aguardará ainda muito tempo para ser resolvido por um método universal.¹²⁷ Aliás, como afirmou o próprio GADAMER: “C’est un mauvais herméneute, celui qui s’imagine qu’il pourrait ou devrait avoir le dernier mot.”¹²⁸

Entretanto, isso não significa que apenas os pontos razoavelmente consolidados da Hermenêutica Filosófica, ou ao menos largamente assumidos pela maioria dos autores – tais como a historicidade da compreensão, o círculo hermenêutico, a linguagem como *medium* em que se realiza o compreender, etc. – possam ser levados em conta no estudo da Hermenêutica Constitucional.

Em função das conclusões acima delineadas, creio ser possível também assumir alguns pontos polêmicos da teoria no contexto da Hermenêutica Constitucional, ainda que como indicativos. Entre eles, sublinhe-se o conceito de compreensão dialógica a ressaltar que o sentido adequado pode ser alcançado pelo diálogo que importa, sempre, o reconhecimento do outro como igual e como partícipe da construção de sentidos constitucionalmente adequados no processo de interpretação da

¹²⁶ WARNKE, *Gadamer...*, ps. 173 e 174.

¹²⁷ GRONDIN, *op. cit.*, p. 171. Muitos autores vão postular a complementariedade entre a Hermenêutica e outras correntes teóricas e/ou filosóficas, como a Metafísica, a Crítica das Ideologias, etc.. Cf., nesse sentido, AGUIRRE ORAA, *op. cit.*, p. 324; CORETH, *op. cit.*, p. 179; GRABNER-HAIDER, *op. cit.*, ps. 120, 136 e 145; GREISCH, *op. cit.*, ps. 403 e ss. e STEIN, *Aproximações...*, ps. 51 e 79.

¹²⁸ GADAMER, *L’art de...*, p. 119.

Constituição.¹²⁹ O próprio GADAMER nos fornece elementos diretos para essa conclusão ao discorre sobre a essência do diálogo:

“Não obstante, a capacidade para o diálogo é um atributo natural do ser humano. [...]

Por isso o diálogo com o outro, suas objeções ou sua aprovação, sua compreensão ou também seus mal-entendidos significam um modo de ampliação de nossa singularidade e um experimentar da possível comunhão à qual a razão nos encoraja. Pode-se conceber toda uma filosofia do diálogo que proceda dessas experiências: do ponto de vista intransferível do particular, no qual se reflete o mundo inteiro, e do mundo inteiro que se apresenta em todos os pontos de vista singulares de outros como um mesmo e o mesmo.

[...] o diálogo possui uma força transformadora. Onde um diálogo é bem sucedido, algo nos ficou e algo fica em nós que nos transformou.”¹³⁰

É extremamente importante destacar essa função crítica e construtiva do diálogo, como ressaltada pela Hermenêutica Filosófica, em virtude de suas inúmeras conseqüências positivas, tanto para o Direito Constitucional como para a Filosofia Política.¹³¹ Desse modo, a relevância do *diálogo hermenêutico* exsurge de modo nítido na construção da *cidadania*, em que se reconhece e se respeita o pluralismo insito à esfera pública, pois, de acordo com ROBERTO ALEJANDRO:

¹²⁹ Conceção essa que se encontra largamente demonstrada nas preocupações de HABERMAS acerca de um novo conceito de racionalidade, o que só vem a justificar a tese da complementariedade entre a Hermenêutica Filosófica gadameriana e a denominada Teoria Crítica habermasiana.

¹³⁰ GADAMER, Hans-Georg. “A Incapacidade para o Diálogo”. In ALMEIDA, Custódio Luis Silva, FLICKINGER, Hans-Georg et ROHDEN, Luiz (eds.). *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, ps. 130 e ss..

¹³¹ Como afirma ROBERTO ALEJANDRO: “A hermeneutic perspective, then, constructs citizens as people who live and develop their beliefs within the context provided by their communities. But they are neither passive nor uncritical recipients of the traditions underlying their settings. They are not imprisoned within a hermeneutic universe, but opened to it. They are, once again, interpreters, people open to the claim to truth of tradition, and people who can challenge it. [...] And if it is true that in understanding they engage in a hermeneutic endeavor, i.e., they understand against an inherited set of preunderstandings, it is also true that they should test and question that intricate body of prejudgments.”. ALEJANDRO, Roberto. *Hermeneutics, citizenship, and the public sphere*. New York: State University of New York Press, 1993, p. 74.

“A hermeneutic perspective conceives of the public sphere as a space of fluidity and contingency. It is a space of different voices, different languages, and different silences. Or to put it differently: it is a space of enroutedness as well as a journey of risk and hope. It is a space that stands for equality between men and men, between women and women, and between women and men. Hence the need for a framework of personal, political and social rights. But along with that framework, a hermeneutic construction of the political sees the pluralism of liberal societies as a dimension of power and domination, not a dimension of equally powerful speeches and equally powerful participants. [...] Hermeneutics suggests the need for a critique of structures and practices of domination aimed at creating political and economic institutions which can guarantee conversation among citizens under conditions of equality. Yet a hermeneutic critique does not seek a space of complete transparency where ideologies and deceptions disappear in the face of a language of pure rationality. A hermeneutic critique is content with the possibility that even accepting the reality of ideologies and dysfunctions between motives and actions, both political institutions and dialogue may prevent deception from becoming the fundamental trait of the public domain.

Thus, hermeneutics does not pretend to discover an Archimedean point upon which to base dialogue. Nor does it attempt to discover an unhistorical Reason guiding individuals in their conversations. Rather, hermeneutics sees individuals as embodiments of histories and conceives of public sphere as a space of plurality, participation and distance, silence and voices, solemnity and irony. In short, hermeneutics sees the public domain as a space where individuals can unfold their judgment in an effort to create common standards of critique, which are a necessary condition of a common life.”¹³²

Vistos todos esses traços fundamentais da Hermenêutica Filosófica, bem como suas flagrantes conclusões (muito embora abertas, por exigência metódica, a outras posições) passemos a tratar mais de perto as contribuições resultantes para a Hermenêutica Constitucional, bem como outros temas a essa pertinentes que sejam relevantes para a abordagem nesse trabalho pretendida.

¹³² ALEJANDRO, *op. cit.*, ps. 223 e 224. Vale ressaltar que a expressão *crítica hermenêutica* faz referência, nesse contexto, à Hermenêutica Filosófica. Não se refere, pois, ao que JOSEF BLEICHER denomina de *Hermenêutica Crítica* (cf. BLEICHER, *op. cit.*, p. 13).

II CONSTITUIÇÃO

"CATAR FEIJÃO

*Catar feijão se limita com escrever:
joga-se os grãos na água do alguidar
e as palavras na folha de papel;
e depois, joga-se fora o que boiar.
Certo, toda palavra boiará no papel,
água congelada, por chumbo seu verbo;
pois para catar esse feijão, soprar nele,
e jogar fora o leve e o oco; palha e eco.
Ora, nesse catar feijão entra um risco:
o de que entre os grãos pesados entre
um grão qualquer, pedra ou indigesto,
um grão imastigável, de quebrar dente.
Certo não, quando ao catar palavras:
a pedra dá à frase grão mais vivo:
obstrui a leitura fluviante, flutual,
açula a atenção, isca-a com o risco."*

JOÃO CABRAL DE MELO NETO¹³³

¹³³ NETO, João Cabral de Melo. *Antologia poética*. Rio de Janeiro: Ed. Sabiá, 1967, p. 16.

II.1 A CONSTITUIÇÃO COMO *LOCUS* HERMENÊUTICO

II.1.1 A Afirmação do Constitucionalismo Moderno

Os dilemas e os anseios advindos da convivência em comum sempre suscitaram na doutrina, há longos séculos, um fascínio impressionante. A tentativa de compreensão dos modelos de vida pública, ou melhor, *política*,¹³⁴ implicou, necessariamente, a discriminação dos modos pelos quais são estruturados e exercidos o *poder* e a *autoridade* e, como conseqüência, exigiu o esclarecimento acerca do sentido posicional vivenciado pelo indivíduo face ao corpo coletivo.

A partir dessa preocupação foi possível não apenas reconstruir modelos históricos – como a análise das características dos primeiros Estados Teocráticos Absolutos e de toda a evolução dos tipos de Estado¹³⁵ – como também recriar novas formas de dita convivência que, mediante o influxo teórico, resultaram em projetos concretos pelos arroubos revolucionários. É o caso dos chamados Estados de Direito, ou também denominados Estados Constitucionais,¹³⁶ surgidos de modo explícito em fins do século XVIII.

¹³⁴ Tomo esse termo, já em um sentido moderno e com apoio em BOBBIO, como “atividade ou conjunto de atividades que, de alguma maneira, têm como termo de referência a *pólis*, ou seja, o Estado”. BOBBIO, Norberto. “Política”. In BOBBIO, Norberto *et al.* (org.). *Dicionário de Política*. 11. ed., v. 1, trad. Carmen C. Varriale *et al.*, Brasília: Editora UnB, 1998, p. 954.

¹³⁵ Feita, *e.g.*, por GEORGE JELLINEK, um dos grandes autores clássicos da Teoria Geral do Estado, cuja classificação ainda guarda sua força original, embora desatualizada pelo capricho do tempo face aos recentes tipos de Estado. Cf., *e.g.*, JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, ps. 215 e ss.

¹³⁶ As duas expressões são aqui tomadas como sinônimas, ainda que se possa fazer uma certa distinção acadêmica. No rastro da maioria da teoria espanhola, LUIS PRIETO SANCHÍS vai definir o surgimento do Estado Constitucional apenas após a criação de efetivos mecanismos de controle da supremacia da Constituição, cujo maior exemplo é o chamado sistema de controle de constitucionalidade. “... ahora conviene afirmar que no todo sistema jurídico dotado de un texto más o menos solemne llamado Constitución o Ley fundamental es un Estado constitucional. [...] cabe pensar en un Estado de Derecho estrictamente legislativo, como de hecho fue en lo fundamental el Estado liberal del siglo XIX, pero no en un Estado constitucional de absoluta e incondicionada supremacía de la ley. Por eso, es corriente leer que

Essa perspectiva de tentar compreender e doutrinar o fenômeno político, ainda que deite raízes na antigüidade¹³⁷, vai desenvolver-se com maior força após o período de fins do século XV e início do século XVI, como filha legítima da chamada *modernidade*¹³⁸, em sua versão racionalizadora e entusiasta.

A *redescoberta da razão* pelos modernos, após o que fora convencionado como o grande período das trevas medievais, resgata a importância da dicotomia grega entre razão demonstradora e razão mítica¹³⁹, impulsionando a primeira no grande caminho do utilitarismo e da instrumentalidade. A razão, então, é erigida o motor que, através do método científico, passa a ter a pretensão de suspender os véus da realidade e iluminar todos os fenômenos em sua verdade objetiva.

Por isso, são claros os motivos que levam ao fantástico paradoxo da modernidade: *destruir e criar*. Ela surge com o objetivo de minar toda a tradição que no decorrer dos tempos não tenha passado pelo crivo da racionalidade e, ato contínuo, recriar um novo conhecimento acerca de todos os fenômenos mediante o padrão racional, esse porto seguro que supostamente levaria a resultados objetiva e eternamente válidos¹⁴⁰. Como afirma MARSHALL BERMAN:

“Ser moderno é encontrar-se em um ambiente que promete aventura, poder, alegria, crescimento, autotransformação e transformação

el rasgo definitorio del Estado constitucional es precisamente la existencia de un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de las leyes o, más ampliamente, de control sobre el poder en general.” SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Editorial DYKINSON, 1998.

¹³⁷ Cujo exemplo mais poderoso talvez tenha sido a *República* de Platão. Cf. PLATÃO. *A república*. 8. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

¹³⁸ Toma-se essas datas como início da era moderna com apoio em BERMAN, Marshall. *Tudo o que é sólido desmancha no ar*; a aventura da modernidade. 15. reimp., trad. Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 16 e DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro*; a origem do mito da modernidade. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 8.

¹³⁹ Cf., nesse sentido, SALGADO, Joaquim. “Os Direitos Fundamentais e a Constituinte”. In *Constituinte e a Constituição*. Belo Horizonte: Conselho de Extensão da U.F.M.G., p. 11.

¹⁴⁰ Nesse sentido, a modernidade promove outra grande contradição: a *grande destruidora de mitos* não pôde escapar de criar outros, como o referido conceito absoluto de racionalidade e de ciência.

das coisas em redor – mas ao mesmo tempo ameaça destruir tudo o que temos, tudo o que sabemos, tudo o que somos. A experiência ambiental da modernidade anula todas as fronteiras geográficas e raciais, de classe e nacionalidade, de religião e ideologia: nesse sentido, pode-se dizer que a modernidade une a espécie humana. Porém, é uma unidade paradoxal, uma unidade de desunidade: ela nos despeja a todos num turbilhão de permanente desintegração e mudança, de luta e contradição, de ambigüidade e angústia. Ser moderno é fazer parte de um universo no qual, como disse Marx, ‘tudo o que é sólido desmancha no ar’¹⁴¹.

O chamado *constitucionalismo* não ficou imune a esse poderoso movimento que marca uma visão de mundo, de vida e, por isso, também uma concepção de convivência política. A influência da modernidade nesse âmbito foi tão forte que deu azo à criação da dicotomia entre *constitucionalismo moderno* e *constitucionalismo antigo*.¹⁴² Ainda que se possa sustentar, como o faz MCILWAIN, de que exista um princípio em comum a ambos os constitucionalismos, de que “el rasgo característico más antiguo, constante y duradero del verdadero constitucionalismo continúa siendo, como lo há sido casi desde el comienzo, la limitación del gobierno por el derecho”¹⁴³, é preciso ressaltar que *os modernos* fizeram uma delimitação radical no conceito.

Em verdade, as revoluções inglesas de fins do século XVII e as norte-americana e francesa de fins do século XVIII – os fatos históricos modelos¹⁴⁴ –

¹⁴¹ BERMAN, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴² Sobre esse tema, cf. BADÍA, Juan Ferrndo. *Teoría de la constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992; SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional*; fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998; MCILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Trad. Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991; MATTEUCCI, Nicola. “Constitucionalismo”. In BOBBIO, Norberto *et al.* (org.). *Diccionario de Política*. 11. ed., v. 1, trad. Carmen C. Varriale *et al.*, Brasília: Editora UnB, 1998; DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1999; LINARES QUINTANA, Segundo V.. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Constitucionalismo*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v. 23, ps. 05-62, jul/set, 1986; SOARES, Rogério Ehrardt. *O conceito ocidental de constituição*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ns. 3743 e 3744, 1985.

¹⁴³ MCILWAIN, *op. cit.*, p. 37.

¹⁴⁴ Cumpre citar que há, no entanto, certa divergência na fixação do termo inicial do constitucionalismo, se com a revolução gloriosa na Inglaterra de 1688 ou com as revoluções norte-americana e francesa,

matizaram a consagração da ruptura política com um modo de organização visto como irracional, decadente e opressor, bem como a transição para uma nova forma de convívio estruturada sob a égide do Estado de Direito, esse sim, considerado criação racional e batizado, enfim, pelas águas purificadoras da modernidade.

Como se sabe, tanto o denominado constitucionalismo *antigo* como o *moderno* passaram por diversas e relevantes modificações em seu interior. No caso do primeiro há, por exemplo, diferenças importantes entre o conceito de Constituição no que se refere à sua vinculação ao termo *politeia* usado por Aristóteles ou ao termo *leis fundamentais* tal como utilizado na baixa Idade Média.

Assim, na origem do vocábulo *constituição*, tradução do termo aristotélico *politeia*, pode-se dizer que há um relacionamento expresso com seu significado etimológico: firmar, estabelecer, estruturar.¹⁴⁵ Nesse sentido, o termo significava, descritivamente, a ordem total da *polis*, a estrutura fundamental de uma dada associação política em todos os seus aspectos, inclusive no que tange às relações entre governantes e governados e no que se refere às regras de organização da autoridade, portanto, com um certo sentido também de regulamentação do poder.¹⁴⁶ BADÍA esclarece o termo *politeia* exatamente como a união harmônica que caracteriza o contexto do Estado grego em todos os seus aspectos político, econômico, social e jurídico.¹⁴⁷

Já na Idade Média, para ficar em mais uma das diferenças internas ao constitucionalismo antigo, ainda que o termo tenha praticamente desaparecido da

respectivamente de 1776 e 1789. Cf., e.g., BARACHO, *Teoria geral do constitucionalismo*, op. cit., p. 10; CANOTILHO, op. cit., p. 48; MATTEUCCI, op. cit., p. 255; MCILWAIN, op. cit., ps. 155 e ss.

¹⁴⁵ Cf. CUNHA, Antônio Geraldo da. Verbete "Constituição". In *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. 1. ed., 2. reimp., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 209.

¹⁴⁶ Cf., nesse sentido, DINIZ, op. cit., p. 31.

¹⁴⁷ BADÍA, op. cit., p. 133.

linguagem política da época,¹⁴⁸ há uma associação teórica remota do termo *constituição* tanto com o espectro jurídico de tradição costumeira, como às chamadas *leis fundamentais do reino*, das quais eram modelos escritos as assim denominadas *declarações de estamento*¹⁴⁹, típicos pactos de privilégios entre a aristocracia rural e o governante com o objetivo de definir a regra do uso da autoridade.

O constitucionalismo moderno também não ficou imune ao fluxo da vida e teve substanciais modificações no curso de seu desenvolvimento, tanto que vários teóricos contemporâneos trabalham com os chamados *paradigmas modernos do Estado de Direito* que acompanham, necessariamente, paradigmas de constitucionalismos, cujos principais são: *liberal (clássico)*, *social* e *democrático*.¹⁵⁰ Essa idéia é o que sustenta, por exemplo, a afirmação de CANOTILHO de que “Em termos rigorosos, *não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos*”.¹⁵¹

Várias foram as diferenças marcantes entre a substituição de um modelo antigo para um modelo novo de constitucionalismo. Talvez o principal motivo tenha sido, como visto, o surgimento de um novo “tipo de experiência vital”, na expressão de MARSHALL BERMAN¹⁵², que consubstancia a *era da modernidade* e cujo principal efeito foi a apologia ao fundamento racionalista como vetor impositivo de uma nova ordem social, jurídica e política. MANUEL GARCIA-PELAYO cita como pressupostos teóricos

¹⁴⁸ Cf. BADÍA, *op. cit.*, p. 136.

¹⁴⁹ De que são exemplos os *foros* espanhóis dos séculos XI e XII e as declarações inglesas como a *Magna Carta* de 1215 e o *Bill of Rights* de 1629. Cf., e.g., ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos humanos, do mundo antigo ao Brasil de todos*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, ps. 21 e ss.; LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia...*, ps. 35 e ss.; MATTEUCCI, *op. cit.*, ps. 254 e 255; MCILWAIN, *op. cit.*, ps. 91 e ss..

¹⁵⁰ Cf., e.g., na doutrina brasileira, ainda que com variações temáticas e terminológicas, BARACHO, *Teoria geral do constitucionalismo*, *op. cit.*; BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000; BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980; ROBERT, Cinthia et MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Teoria do estado, democracia e poder local*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

¹⁵¹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 47.

¹⁵² BERMAN, *op. cit.*, p. 15.

desse fundamento: a) a universalidade da razão; b) a identidade da natureza humana; e c) a força estruturadora do preceito legal.¹⁵³

Se o constitucionalismo antigo se caracterizou, em geral, por uma certa concepção organicista e determinista de convivência pública, em que o corpo coletivo se impunha como instância hegemônica face ao indivíduo e cujo amálgama de direitos, advindos seja da tradição costumeira, seja das dispersas *declarações de estamento*, não possuía instrumentos eficazes de proteção, o constitucionalismo moderno vai significar a proposta de fundar o *poder e autoridade* – portanto, também o *Estado* – em bases legais, surgindo a Lei e a Constituição como símbolos de racionalidade aptas ao trabalho hercúleo de proteção à esfera individual.

É o que fica muito claro na perspectiva de NORBERTO BOBBIO ao afirmar, quanto ao novo regime de direitos criados pelo constitucionalismo moderno, a radical inversão conceitual de perspectiva operada na passagem do regime absolutista – último bastião do constitucionalismo antigo – para o Estado Liberal – primeira fase do novo constitucionalismo:

“... sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos. A inversão de perspectiva, que a partir de então se torna irreversível, é provocada, no início da era moderna, principalmente pelas guerras de religião, através das quais se vai afirmando o direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a

¹⁵³ GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1993, p. 70.

gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano (...). Essa inversão é estreitamente ligada à afirmação do que chamei de modelo jusnaturalista, contraposto ao seu eterno adversário, que sempre renasce e jamais foi definitivamente derrotado, o modelo aristotélico”¹⁵⁴.

A Constituição, nesse ambiente, representa, pois, o documento catalisador dos ideais e das exigências modernas no sentido de garantir a racionalização da *disciplina do poder* – sua desmistificação, estruturação, regulamentação e controle – e, via de conseqüência, a garantia do espaço de desenvolvimento do indivíduo – unidade ética por excelência – notadamente pela declaração de seus *direitos fundamentais*.

A Constituição é, portanto, o símbolo dessa nova filosofia política e, como se verá, assumirá a forma escrita como exigência típica dessa nova perspectiva. Ela representa para o espírito entusiástico da época o auge da consagração do ideal de liberdade humana, conquistado, paulatinamente, através dos tempos.¹⁵⁵

Em decorrência, há uma verdadeira idealização da Constituição, no centro de uma poderosa simbologia, como objeto de libertação geral da humanidade, aliada a uma propaganda veemente cuja finalidade era fazer crer que a sua adoção significava a transição do estado de barbárie para o Estado civilizado, a ponto de alcançar, em determinados momentos e circunstâncias, um incrível patamar de mistificação, como nos lembra RAUL MACHADO HORTA:

“Nas manifestações ideológicas do constitucionalismo revolucionário de 1789, a religiosidade impregnou a Constituição e conduziu ao seu culto. A permanência se aliava à transcendência, infundindo na Constituição a sobrenaturalidade da criação divina. O culto idolátrico da Constituição ficou reconstituído na passagem de *Dansette*,

¹⁵⁴ BOBBIO, op. cit., p. 4.

¹⁵⁵ É ela que, nessa época e nos dizeres de MÁRCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ, surge como “realização suprema da idéia de liberdade na história” (DINIZ, op. cit., p. 94).

autor da *História Religiosa da França Contemporânea*, em texto citado por *La Bigne de Villeneuve*, no qual descreve o cerimonial observado na primeira sessão da Assembléia Legislativa. Doze representantes, escolhidos dentre os mais idosos, apresentavam a Constituição aos seus colegas. O representante que carregava o 'livro divino' caminhava lentamente, olhos baixos, a cabeça inclinada. Os Deputados se levantavam enquanto o cortejo passava. A Constituição se assemelhava ao 'Cristo abstrato'.¹⁵⁶

Desse modo, por ocasião do novo constitucionalismo, os indivíduos livres e racionais buscarão formar e conformar a sociedade que reputarem mais adequada ao seu convívio, limitando o arbítrio e declarando o rol de seus direitos, compreendidos como indevassáveis, tal como externado no art. 16, da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "Toda a sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem e nem determinada a separação de poderes, não possui constituição".

Como conseqüência do apelo por certeza e segurança, que traduziam o anseio por previsibilidade no uso do poder do Estado face ao respeito pelo homem, o objetivo era cristalizar a Constituição numa forma que, por oposição ao conjunto incerto e difuso do direito costumeiro, representasse o labor intelectual em sua plenitude, qual seja, a *forma escrita*.

Esse ideal de Constituição escrita foi, então, propagado como o modo adequado de se objetivar as conquistas constitucionais por vários motivos, entre eles, os informados por JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO:

- a) a crença na superioridade da Constituição escrita sobre a Constituição costumeira por, justamente, atribuir maior certeza à conquista dos direitos;
- b) proporcionar a idéia de renovação do Contrato Social;

¹⁵⁶ HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 106.

c) representar um insuperável meio de educação política, difundindo entre os cidadãos o conhecimento de seus direitos.¹⁵⁷

Ou seja, o constitucionalismo moderno é um tipo de filosofia político-jurídica que pretende submeter ao padrão constitucional o modo fundamental de ser do pacto de convivência pública, traçando a disciplina do poder como garantia e à luz de uma determinada concepção de direitos fundamentais.¹⁵⁸ Por isso, a lição de

CANOTILHO:

“**Constitucionalismo** é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. [...]”

O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada *constituição moderna*. Por **constituição moderna** entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*. Este conceito de constituição converteu-se progressivamente num dos pressupostos básicos da cultura jurídica ocidental [...].”¹⁵⁹

¹⁵⁷ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral das constituições escritas*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1985, v. 60/61.

¹⁵⁸ Obviamente, o que seja essa dita *concepção de direitos fundamentais* está longe atingir qualquer consenso teórico. A título de ilustração, há, e.g., um abismo conceitual quanto ao significado desse termo entre a ótica “jusnaturalista” de JOHN LOCKE, que os ata a um conceito prévio e homogêneo de natureza humana, e a ótica “procedimentalista” de PETER HÄBERLE, que os concebe como “fundamento funcional” da democracia nas sociedades pluralistas. Cf., LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Col. Pensadores) e HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Trad. Carlos Ramos et al. San Miguel: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997 e *Idem. Hermenêutica constitucional; a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

¹⁵⁹ CANOTILHO, *op. cit.*, ps. 47 e 48.

II.1.2 A Consagração do Princípio da Supremacia da Constituição: origem da discussão sobre o fundamento da Hermenêutica Constitucional

Em função dessa nova compreensão acerca do modo de convivência política, baseada na conformação jurídica da política, a noção de que a Constituição deva ser protegida face aos abusos contra ela cometidos foi sendo desenvolvida na trilha do constitucionalismo moderno com a consagração do princípio da *supremacia* constitucional. É o que nos esclarece CRISTINA QUEIROZ:

“À imagem outrora da lei, a constituição fixa agora a fronteira entre o lícito e o ilícito, entre o constitucional e o inconstitucional. Provoca com isso uma clara diferenciação entre o direito constitucional e o direito infra-constitucional. O binómio *inovação política/mudança conceptual* reside precisamente nisso: na ideia de *supremacia* da constituição face ao restante ordenamento, a ideia de *uma lei utilizada como critério de legitimidade e/ou ilegitimidade face às demais leis e actos jurídico-públicos*. A constituição atribui-se a si própria a primazia, rompendo com a regra tradicional segundo a qual *lex posterior derogat legi priori*. Esta supremacia constitui em si mesma uma regra de resolução de conflitos. Ela é a própria *forma do direito*.”¹⁶⁰

¹⁶⁰ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*; sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 15. MÁRCIO AUGUSTO VASCONCELOS DINIZ, sustenta dois sentidos do princípio, um político e um jurídico:

“O sentido político do princípio da supremacia constitucional implica que todo o exercício do poder do Estado encontra seus limites na Constituição e deve se realizar de acordo com os parâmetros formais e materiais nela estabelecidos. Por sua vez o sentido jurídico outorga à Constituição o caráter jurídico de norma suprema do ordenamento jurídico, diferenciando-a, formalmente, das normas provenientes da legislação ordinária, editadas em função das competências, procedimentos e conteúdos nela estabelecidos.

A supremacia constitucional, portanto, resulta do fato de que ao transformar Direito e política em fenômenos de mútua implicação, a Constituição representa uma estrutura normativa superior a todas as demais no interior da ordem jurídica, que estrutura juridicamente o Estado por meio das funções pelas quais ele atua e estabelece solenemente os fundamentos para a realização dos direitos fundamentais.” (DINIZ, *op. cit.*, p. 100).

A partir desse princípio, CANOTILHO vai derivar as seguintes relevantes conseqüências: a) *vinculação do legislador à Constituição*; b) *vinculação de todos os atos do Estado à Constituição*; c) *o princípio da reserva da Constituição* que implica a exclusão do tratamento de determinadas questões por leis infra-constitucionais; e d) *a força normativa da Constituição*. CANOTILHO, *op. cit.*, ps. 242 e ss..

Não se pode esquecer no entanto que esse princípio, basilar à idéia de Estado Constitucional, teve, em um primeiro momento, recepções distintas no Novo e no Velho Mundo em virtude de características culturais e políticas distintas.

A discussão original nos Estados Unidos da América sobre o poder geral dos juizes de interpretar as leis e julgar a sua compatibilidade perante a Constituição – o *judicial review*, a forma mais tradicional de garantia da supremacia desta última – foi suscitada desde os primórdios de seu constitucionalismo e se mantém até os dias recentes como um de seus aspectos principais. Como nos afirma JOSÉ ACOSTA SÁNCHEZ:

“De la ‘*judicial review of legislation*’ se há dicho que es ‘piedra angular de toda la estructura constitucional de los Estados Unidos y la más original contribución del genio americano a la ciencia política’. [...] la ‘*judicial review*’ se forma ‘en el silencio de los textos’, tomando cuerpo lentamente, en un primer período, que llega hasta 1789 (año en que se constituye el Tribunal Supremo federal), como mera práctica judicial dentro del ‘*common law*’; en un segundo período, de 1789 a 1861, impulsada por la construcción del Estado Federal y los conflictos en torno a la naturaleza de la Unión creada por la Constitución de 1787; en un tercer período, de 1865 hasta los años treinta de este siglo, estableciéndose ya como sistema frente a todas las leyes, incluidas las federales, por efecto del desarrollo del capitalismo, las transformaciones del federalismo y ‘el problema de definir las relaciones del Estado com el nuevo orden industrial’; y en un cuarto período, comprendido entre 1954 y 1986, expansionándose en respuesta a ‘los nuevos desafíos de justicia social, igualdad y libertad personal’.”¹⁶¹

Por outro lado, na Europa, cujo primeiro tronco constitucional vinha da inspiração francesa,¹⁶² houve uma prática diferenciada, atribuindo originariamente o conceito de supremacia não à Constituição – fruto da Assembléia Constituinte – mas à Lei – obra do Parlamento, Poder Legislativo – com a idéia de que o “governo das leis”

¹⁶¹ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 149. Cf., também, KAY, Richard S.. “American Constitutionalism”. In ALEXANDER, Larry (ed.). *Constitutionalism; philosophical foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

impediria a criação de uma Lei suprema cujo objetivo fosse limitar o Poder Legislativo.¹⁶³ Por isso, a afirmação do mencionado JOSÉ ACOSTA SÁNCHEZ de que no direito europeu teria havido um fenômeno primeiro de *constitucionalismo sem Constituição*.¹⁶⁴ DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE também comunga da mesma opinião, ainda que semanticamente inverta a importância dos termos: “Por outro lado, si bien en el siglo XIX aparecen las primeras Constituciones, no es éste precisamente el siglo del constitucionalismo, sino por el contrario, de su negación, y más aún, de la lucha por implantarlo.”¹⁶⁵

Como se sabe, só houve uma forma concreta e eficaz de jurisdição constitucional na Europa, como garantia da Constituição face aos desvios contra ela praticados, no período entre as Grandes Guerras do século XX, a partir a criação austríaca do sistema concentrado de controle de constitucionalidade, precisamente em sua Constituição de 1º de outubro de 1920.¹⁶⁶

Destarte, essas são as razões imediatas da escassez de estudos e discussões relativos à Hermenêutica Constitucional durante todo o século XIX. As raras exceções da época são tributárias da prática norte-americana, em razão da mencionada consagração primeva do princípio da supremacia constitucional, sobretudo derivadas do

¹⁶² SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 149.

¹⁶³ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 148; CANOTILHO, *op. cit.*, p. 92.

¹⁶⁴ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 149.

¹⁶⁵ BELAÚNDE, Domingos García. “La Interpretación Constitucional como Problema”. In *Simposio Internacional sobre Derecho del Estado* (Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita). Santafé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, t. II, 1993, p. 651.

¹⁶⁶ Cf., BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 230; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves, 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 104; JAYME, Fernando G. *Tribunal constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 38 e SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 176. Mesmo assim, urge sublinhar que o princípio inspirador direto do controle concentrado de constitucionalidade, matriz do constitucionalismo europeu, foi ainda a tese da separação de poderes, justificando a exclusão da possibilidade de controle por parte do Poder Judiciário comum, criando, em consequência, um Tribunal especializado com reserva de competência para julgamento das questões de constitucionalidade e garantia da supremacia da Constituição. Cf., nesse sentido, CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 84.

famoso debate travado no caso *Marbury vs. Madison* de 1803, com a consolidação da tese da *judicial review* pela força dos argumentos do juiz JOHN MARSHALL.¹⁶⁷

Todavia, mesmo nos Estados Unidos, essas discussões tiveram um caráter meramente acidental e marcadamente conservador, justificando a tese geral de que o grande interesse – portanto o maior número trabalhos especializados – pelos problemas da interpretação constitucional só veio a lume no curso da última metade século XX. É o que DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE faz questão de ressaltar:

“Pero há habido exageración al apreciar la labor de Marshall, que aquí no se trata de cuestionar. Pero la Corte Suprema de Estados Unidos, a través de las dos cortes que llenaron prácticamente el siglo XIX, la presidida por Marshall (1801-1836) y luego por Tanney (1836-1857), fue muy cuidadosa en su accionar y en su labor de interpretación, que puede considerarse resrestrictiva y conservadora. En cierto sentido, fueron cautos para no tropezar com el poder público, si bien moldearon – sobre todo bajo Marshall – lo que sería el Derecho Público norteamericano del futuro. Pero Marshall, quien además era hombre de fina sensibilidad política, después de declarar inconstitucional una ley en 1803, no volvió a inaplicar outra norma en los treinta y tres años restantes que le quedaron en la Corte. Y cuando dijo, en frase célebre, que era necesario tener cuidado, pues lo que estaban haciendo era interpretar (o exponer) una Constitución (*We must never forget that is a Constitution we are expounding*, en *McCulloch vs. Maryland*, 4 Wheat316, 1819), lo que hacía en realidad era llamar la atención sobre la fidelidad que había que guardar al texto constitucional y a los padres fundadores. No hay pues en la jurisprudencia norteamericana del siglo XIX, algo resonante y orgánico que dé cuenta, en forma ordenada y metódica, de lo que es la interpretación constitucional y sus problemas, sino tan sólo algunos pronunciamientos aislados.”¹⁶⁸

Esse mesmo autor, traçando o panorama geral do surgimento das discussões sobre a interpretação constitucional, mostra que seu desenvolvimento seguiu linhas

¹⁶⁷ Cf. WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Trad. María Gracia Rubio de Casas et Sonsoles Valcárcel. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 115. Cf., às ps. 64 e ss. da mesma obra, a interessante reconstrução sistemática das regras de interpretação recolhidas dos distintos julgamentos de MARSHALL. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO situa o surgimento debate sobre o problema da especificidade da interpretação constitucional no ativismo judicial norte-americano.

paralelas também na Europa e na América Latina, indicando a década de 70 como o período em que ainda se dá conta do pouco interesse pelo tema.¹⁶⁹

A conclusão a ser tirada é a de que, faticamente, apenas após os problemas advindos da busca de um controle eficaz de constitucionalidade em função da garantia do princípio da supremacia da Constituição é que foram despertados os interesses gerais sobre os mais variados problemas atinentes ao grande espectro de temas envolvidos na Hermenêutica Constitucional.¹⁷⁰

Isso justifica, por exemplo, na expressão de JOSÉ JUAN MORESO, “un énfasis casi obsesivo”¹⁷¹ da doutrina norte-americana pelo estudo da interpretação da Constituição no âmbito restrito do processo judicial (mais especificamente na seara do *judicial review*), como teoria geral de justificativa do relacionamento funcional entre os poderes públicos no seio do Estado de Direito.

Como conseqüência desse conjunto de fatores, um dos grandes debates acerca do tema se dá na tentativa de compreender o relacionamento Lei/Constituição, relacionamento esse que está na base da discussão acerca da natureza, extensão e limites da Hermenêutica Constitucional face à Hermenêutica Jurídica clássica, tradicionalmente construída na seara do Direito Privado.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 98.

¹⁶⁸ BELAÚNDE, *op. cit.*, p. 652.

¹⁶⁹ Cumpre citar a referência que BELAÚNDE faz ao Prof. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO como um dos autores precursores no estudo da temática em virtude da publicação do trabalho *Hermenêutica constitucional*. Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Hermenêutica Constitucional”. In *Revista da Faculdade de Direito da U.F.M.G* (Nova fase), v. 25, ps. 175-216, maio 1977.

¹⁷⁰ Cf., e.g., ENTERRIA, Eduardo Garcia. “Hermeneutica e Supremacia Constitucional; *el principio de la interpretación conforme a la constitución de todo el ordenamiento*”. In *Revista de Derecho Público*, n. 77, jan.-mar., an. XIX, 1986, p. 33.

¹⁷¹ MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 213.

O que se verá no tópico seguinte é que a consagração do princípio da supremacia da Constituição justifica uma visão renovada dessa discussão, refundando o *status* epistemológico da Hermenêutica Constitucional, mas tomando sempre o cuidado de não nos deixarmos envolver por perspectivas metodológicas estruturadas no modelo de racionalidade científica contestado, por exemplo, pelos aportes gadamerianos vistos no primeiro capítulo.

II.1.3 Acerca do Problema Epistemológico da Hermenêutica Constitucional

II.1.3.1 A Situação Geral da Discussão

A consagração desse princípio da *supremacia* da Constituição, em decorrência, como visto, do surgimento dos sistemas de controle de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais, implicou uma verdadeira revolução na Teoria do Direito, sobretudo no campo da interpretação.

Como consequência lógica das discussões inéditas promovidas na seara do Direito Constitucional, influenciadas por essa nova concepção quanto ao relacionamento Lei/Constituição, um dos principais desafios foi – e ainda é – tentar compreender e identificar a natureza da norma constitucional por comparação à natureza da lei ordinária.

A indagação primordial advinda dessa inquietação teórica pode ser assim resumida: é a natureza da Constituição idêntica à da norma infraconstitucional, radicalmente diferente, ou equiparável, porém com algumas particularidades?

O fato é que, dependendo da resposta a essa pergunta, haverá igualmente efeitos distintos na definição do modo de compreensão e aplicação desses padrões normativos. Ou seja, cada resposta suscitará conseqüências diferenciadas para a fixação dos contornos da Teoria hermenêutica, o que impulsionou, por exemplo, autores de Teoria da Constituição rumo à busca frenética por um fundamento científico à disciplina Hermenêutica Constitucional.¹⁷²

Sendo assim, três foram as correntes doutrinárias que buscaram firmar o *status* epistemológico da Hermenêutica Constitucional em uma relação analítico-comparativa com a Hermenêutica Jurídica Clássica.¹⁷³ Sendo essa construída a partir dos questionamentos tradicionais sobre a interpretação no Direito Privado,¹⁷⁴ uma das

¹⁷² Um dos exemplos paradigmáticos dessa discussão é o debate travado na doutrina norte-americana entre os que consideram a Constituição como uma “lei dura” (*Constitution as hard law*) e os chamados “perfeccionistas” que consideram a natureza da Constituição diferente da lei ordinária, eis que concederia ao intérprete um mandato para a realização da justiça (*Constitution as mandate for justice*). Para uma excelente visão desse debate, cf. os seguintes artigos reunidos na revista *Constitutional Commentary* publicada no inverno de 1989: ALEXANDER, Larry. “The Constitution as Law”. In *Constitutional Commentary*. University of Minnesota Law School, v. 6, n. 1, winter, ps. 103-113, 1989; BALKIN, J. M.. “The Rule of Law as a Source of Constitutional Change”. In *Idem*, ps. 21-27; CHEMERINSKY, Erwin. “The Constitution is Not ‘Hard Law’: The Bork Rejection and the Future of Constitution Jurisprudence”. In *Idem*, ps. 29-38; MOORE, Michal S.. “The Constitution as Hard Law”. In *Idem*, ps. 51-67; KAY, Richard S.. “Original Intentions, Standard Meanings, and the Legal Character of the Constitution”. In *Idem*, ps. 39-50; SCHAUER, Frederick. “Rule, The Rule of Law, and the Constitution”. In *Idem*, ps. 69-85; SCHWARZSCHILD, Maimon. “Hard Law and Mandate for Justice”. In *Idem*, ps. 87-90; SUSTEIN, Cass R.. “Six Theses on Interpretation”. In *Idem*, ps. 91-96; TUSHNET, Mark. “The Constitution as Law”. In *Idem*, ps. 97-101. Uma das tentativas mais conhecidas de renovação dessa discussão é a empreendida por RONALD DWORKIN. Cf., principalmente, DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Maria Guastavino. 2. ed., Barcelona: Editorial Ariel, 1989 e *Idem*. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Cf. também outra reunião de debates acerca dos variados meios de interpretação constitucional na doutrina norte-americana em GARVEY, John H et ALEINIKOFF, T. Alexander. *Modern constitutional theory; a reader*. 3. ed., St. Paul: West Publishing Co., 1994, sobretudo às ps. 94 e ss..

¹⁷³ Cf., no mesmo sentido, QUINTERO, César. “Método y Técnica de la Interpretación Constitucional”. In *Simpósio Internacional sobre Derecho del Estado* (Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita). Santafé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, t. II, 1993, p. 605 e ZAKRZEWSKI, Witold. “De l’Interprétation de la Constitution”. In *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* (Neue Folge). Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Band 26, 1997, p. 427. Uma observação necessária: a classificação que será feita não pretende esquecer as importantes diferenças existentes entre os autores citados, no desenvolvimento de suas análises.

¹⁷⁴ Curioso é o ponto de vista de JOSÉ ZAFRA VALVERDE, para quem a confusão gerada pelos variados pontos de vista pertinentes ao estudo da interpretação é culpa dos privatistas! “Es este un inconveniente de que hay que culpar, en definitiva, a los tradicionales estudios sobre interpretación jurídica en general, debidos, principalmente, a los tratadistas del Derecho privado.”. VALVERDE, José

principais questões era, justamente, saber se a sua doutrina a respeito das regras e princípios clássicos de interpretação se aplicava ou não ao domínio constitucional. Vejamos tais vertentes teóricas, aqui denominadas de:

a) **Tese da diferença intrínseca:** *Há duas disciplinas hermenêuticas, pois a Hermenêutica Constitucional possui problemas interpretativos que a diferenciam essencialmente da Hermenêutica Jurídica clássica.* A justificativa principal é a da existência de problemas exclusivos de interpretação em função da originariedade, hierarquia, supremacia da Constituição e o fato dessa ser fonte normativa (*norma normarum*), ou seja, regulamentar a criação das outras leis. Na análise geral da doutrina, poucos são os autores que sustentam essa posição, do qual é exemplo LUIS CARLOS SÁCHICA.¹⁷⁵

b) **Tese da igualdade total:** *Há apenas uma Hermenêutica, pois a interpretação da Constituição não se diferencia da interpretação das demais leis.* O argumento genérico é que, sendo a Constituição *norma jurídica*, não há justificativa para criar uma disciplina hermenêutica autônoma. Nesse sentido, os problemas suscitados tanto na interpretação da Constituição, como na das leis infraconstitucionais, são problemas *jurídicos* e, portanto, idênticos.

Todavia, há um certo nuance entre determinados teóricos que sustentam essa posição. Para alguns, não há diferença substancial entre a Constituição e a Lei,

Zafra. "La Interpretación de las Constituciones". In *Revista de Estudios Políticos*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, n. 180, noviembre-diciembre, ps. 49-94, 1971.

¹⁷⁵ Cf., SÁCHICA, Luis Carlos. *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*. 3. ed., Bogotá: Temis, 1988, p. 01.

como o caso dos autores MAIMON SCHWARZSCHILD,¹⁷⁶ MICHAEL S. MOORE¹⁷⁷ e MARK TUSHNET.¹⁷⁸ Para outros, há diferenças entre as duas espécies normativas, mas as características específicas da norma constitucional face à norma ordinária (principalmente o caráter hierárquico e o de fonte das outras normas) não justificam a criação de uma Hermenêutica diferenciada. Essa é a posição de autores como UADI LAMMÊGO BULOS¹⁷⁹ e MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN.¹⁸⁰

c) **Tese da igualdade com particularidades:** *Há apenas uma Hermenêutica Jurídica geral, muito embora possa-se justificar a existência de uma Hermenêutica Constitucional específica, apta ao estudo de princípios interpretativos próprios, em função das características peculiares da Constituição.* A tese é justamente essa: o gênero Hermenêutica jurídica convive com a espécie Hermenêutica constitucional, cujo principal objetivo é traçar novos critérios de interpretação que advenham da especificidade da natureza da Constituição. O principal autor dessa concepção, que influenciou praticamente todo restante da *doutrina da peculiaridade dos princípios de interpretação constitucional*, foi sem dúvida KONRAD HESSE.¹⁸¹ A força e originalidade de HESSE pode ser percebida, nesse sentido, nas obras de autores que comungam a mesma tese, tais como JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO,¹⁸² LUÍS

¹⁷⁶ SCHWARZSCHILD, *op. cit.*, p. 89.

¹⁷⁷ MOORE, *op. cit.*, p. 61.

¹⁷⁸ TUSHNET, *op. cit.*, p. 98.

¹⁷⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, ps. 14, 20 e 21.

¹⁸⁰ BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *Interpretación de la constitución y ordenamento jurídico*. Madrid: Tecnos, 1997, ps. 17, 25 e 152.

¹⁸¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, ps. 65 e ss.

¹⁸² BARACHO, *Hermenêutica ...*, p. 181.

ROBERTO BARROSO,¹⁸³ INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO,¹⁸⁴ LENIO LUIZ STRECK,¹⁸⁵ RAÚL CANOSA USERA,¹⁸⁶ ANTONIO E. PÉREZ LUÑO,¹⁸⁷ SEGUNDO V. LINARES QUINTANA,¹⁸⁸ LUIS PRIETO SANCHÍS,¹⁸⁹ WITOLD ZAKRZEWSKI,¹⁹⁰ TERESA FREIXES SANJUÁN,¹⁹¹ CÉSAR QUINTERO,¹⁹² JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRIA,¹⁹³ MARIANO GARCÍA CANALES,¹⁹⁴ TORSTEN STEIN,¹⁹⁵ F. DE BORJA LOPEZ-JURADO ESCRIBANO,¹⁹⁶ SANDRA MORELLI

¹⁸³ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, ps. 149 e ss..

¹⁸⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, ps. 17, 25, 53, 75 e ss..

¹⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*; uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999, p. 227.

¹⁸⁶ USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, ps. 55 e ss..

¹⁸⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio E.. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed., Madrid: Tecnos, 1995, ps. 271 e ss.

¹⁸⁸ LINARES QUINTANA, Segundo V.. *Tratado de interpretación constitucional*; principios, métodos y enfoques para la aplicación de las constituciones. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, ps. 115 e ss. e *Idem*, *Reglas para la interpretación constitucional*; según la doctrina y la jurisprudencia. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1985, ps. 41 e ss..

¹⁸⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. "Notas Sobre la Interpretación Constitucional". In *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 9, mayo-agosto, 1991, ps. 176 e ss..

¹⁹⁰ ZAKRZEWSKI, *op. cit.*, p. 434.

¹⁹¹ SANJUÁN, Teresa Freixes. "Una Aproximación al Método de Interpretación Constitucional". In *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* (Segunda época). Valencia: Universitat de València, n. 4, 1993, ps. 37, 42 e ss..

¹⁹² QUINTERO, *op. cit.*, p. 608.

¹⁹³ ECHAVARRIA, Juan José Solozábal. "Notas Sobre Interpretación y Jurisprudencia Constitucional". In *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 69, julio-septiembre, 1990, ps. 175 e 180.

¹⁹⁴ CANALES, Mariano García. "Notas sobre el Método y los Límites de la Interpretación en Derecho Constitucional". In *Estudios de Derecho Constitucional* (Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández-Carvajal), 1997, p. 309.

¹⁹⁵ STEIN, Torsten. "Criterios de Interpretación de la Constitución". In *La Constitución de 1993: Análises y Comentarios III*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1996, p. 137.

¹⁹⁶ ESCRIBANO, F. de Borja Lopez-Jurado. "La Formulación de Criterios de Interpretación de la Constitución en la Doctrina Alemana: Parametros de Admissibilidad". In *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, an. 12, n. 34, enero-abril, 1992, ps. 101 e ss..

RICO,¹⁹⁷ YANN AGUILA,¹⁹⁸ DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE,¹⁹⁹ MANRIQUE JIMÉNEZ MEZA²⁰⁰ e HÉCTOR MASNATA.²⁰¹

Da análise dessa corrente, pode-se dizer que os mais destacados *princípios de interpretação constitucional* por ela sustentados são os formulados originalmente por HESSE, quais sejam:

a) **Unidade da Constituição:** implica a necessidade de conexão dos variados elementos individuais da Constituição, como critério para prevenção de contradições entre as normas constitucionais. Nesse sentido, a interpretação deve evitar os conflitos constitucionais através de um labor de harmonização, preservando a unidade das decisões fundamentais da Constituição,²⁰²

b) **Concordância prática:** verificado o conflito ou a concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, o resultado de sua interpretação não pode significar, no momento de aplicação, a prevalência de um em prejuízo do outro. Eles devem ser coordenados “de tal modo que cada um deles ganhe realidade”,²⁰³

c) **Exatidão funcional:** em virtude da distribuição constitucional de competências entre órgãos públicos, corolária do princípio da separação de poderes, a interpretação efetuada por qualquer deles não pode implicar em usurpação da função dos outros;²⁰⁴

¹⁹⁷ RICO, Sandra Morelli. “Interpretación constitucional y ideología: la neutralidad del juez”. In *Simposio Internacional sobre Derecho del Estado* (Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahíta). Santafé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, t. I, 1993, ps. 237 e 238.

¹⁹⁸ AGUILA, Yann. “Cinq questions sur l’interprétation constitutionnelle”. In *Revue Française de Droit Constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, n. 21, 1995, ps. 10 e 14.

¹⁹⁹ BELAÚNDE, *op. cit.*, ps. 667 e ss..

²⁰⁰ MEZA, Manrique Jiménez. *La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico constitucional*. San José: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1997, ps. 93 e ss..

²⁰¹ MASNATA, Héctor. “Interpretación de la Constitución”. In ITURRASPE, Jorge Mosset (col.). *La reforma de la constitución explicada por miembros de la comisión de redacción*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 23.

²⁰² HESSE, *Elementos...*, p. 65; COELHO, *op. cit.*, p. 91, entre outros.

²⁰³ HESSE, *Elementos...*, p. 66; COELHO, *op. cit.*, p. 91, entre outros.

²⁰⁴ HESSE, *Elementos...*, p. 66; COELHO, *op. cit.*, p. 91, entre outros.

Na doutrina estrangeira, são sensíveis as seguintes posições: KONRAD HESSE, ainda que não teorize claramente sobre tais diferenças, menciona conceitos como *incompletude*, *abertura* e *amplitude* da norma constitucional,²⁰⁸ RAÚL CANOSA USERA faz referência à *funcionalidade diversa* (“funda un Estado y establece, *ex novo*, las pautas de funcionamiento del orden jurídico”), *conteúdo material específico* (“prevén un sistema de garantías para los derechos y libertades), *inclusão em um corpo legislativo superprotegido* e *necessária ambiguidade e esquematismo*.²⁰⁹ LINARES QUINTANA faz alusão ao que pode ser denominado *politicidade* pelo fato da norma constitucional se referir ao problema fundamental da organização política de um povo.²¹⁰

Na doutrina pátria, LUÍS ROBERTO BARROSO sistematizou ditas características singulares, aduzindo quatro peculiaridades da norma constitucional, a saber:

a) a **superioridade hierárquica**: a superlegalidade proveniente da supremacia da Constituição, confirmada pelos mecanismos de controle de constitucionalidade;

b) a **natureza da linguagem**: as normas constitucionais apresentam uma linguagem própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, possuindo uma maior abstração e um maior grau de abertura, com menor densidade jurídica;

c) o **conteúdo específico**: abrangem também normas programáticas que não especificam qualquer conduta a ser seguida pelo Estado, apenas estabelecem diretrizes e programas contendo valores a serem preservados e fins sociais a serem atingidos.

²⁰⁸ HESSE, *Elementos...*, ps. 39 e 40.

²⁰⁹ USERA, *op. cit.*, ps. 59 a 61.

²¹⁰ LINARES QUINTANA, *Tratado...*, ps. 122 e 123.

d) o caráter político: oriundas do Poder Constituinte originário, representam a juridicização dos valores políticos essenciais da sociedade. São, portanto, políticas quanto à sua origem, objeto e aplicação.²¹¹

Também PAULO BONAVIDES anota as especificidades das normas constitucionais, afirmando:

“Dois aspectos de capital importância assomam de imediato à reflexão do intérprete em se tratando de normas constitucionais, conforme veremos a seguir.

Em primeiro lugar, elas são de *superior categoria hierárquica* em face das normas da legislação ordinária, já pela natureza de que algumas se revestem (constitucionalidade material), já em razão do instrumento a que se vinculam ou aderem (constitucionalidade formal). [...]

Em segundo lugar – e este é o outro aspecto que nos vem à reflexão – a norma constitucional é de natureza *política*, porquanto rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre os direitos humanos básicos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta à ação dos governos, visto que no exercício de suas atribuições não podem eles evidentemente ignorá-la.”²¹²

Por outro lado, como prova da inexistência de uniformidade teórica quanto ao assunto, outros autores – geralmente os que sustentam a *tese da igualdade total* – vão direcionar críticas contundentes à maioria dos critérios que supostamente dão azo às diferenças existentes entre a natureza da Constituição face às da Lei. MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN afirma o seguinte:

“Las posiciones favorables a una interpretación constitucional específica, parten generalmente de la singularidad de las normas constitucionales en relación con el ordenamiento jurídico. En especial, se destaca la ambigüedad, el carácter abierto, incluso incompleto de las normas

²¹¹ BARROSO, *Interpretação ...*, p. 101 e ss.; cf. também do mesmo autor: *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*, limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro, Renovar: 1990.

²¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, ps. 419 e 420.

constitucionales, frente a las normas que integran los sectores jurídicos particulares. Esta argumentación olvida, por un lado, la diversidad propia de las normas contenidas en los textos constitucionales, que presentan un grado de concreción variable y, por otro, la existencia de una diversidad similar en las otras normas del sistema jurídico. [...]

Igualmente discutibles son los planteamientos que hacen descansar esa singularidad del Derecho Constitucional en su consideración como un 'Derecho Político' que se opone por ello, en cuanto político, a los otros sectores del ordenamiento, donde la cualidad política estaría totalmente ausente y el carácter jurídico, sería, por tanto, componente exclusivo de las normas.[...] El círculo se cierra y de una sola vez se consiguen (o se pretenden conseguir) dos efectos acumulados: negar sentido político al Derecho vigente, como si por el solo hecho de ser vigente dejara de expresar opciones políticas, y afirmar a la vez la cualidad difícilmente jurídica de la Constitución por entrañar su interpretación y aplicación, riesgos de parcialidad política. La orientación claramente anti-democrática a que pueden conducir tales planteamientos, se compagina con su confrontación inevitable con la normatividad de la Constitución que, por esta vía, se puede reducir a mero documento programático."²¹³

Cumprе registrar também que, independente da posição teórica adotada, grande parte dos autores vai sustentar, ainda que com funções meramente auxiliares, a aplicabilidade dos métodos clássicos de interpretação jurídica, construídos, como se sabe, na seara do Direito Privado (notadamente os métodos *literal, lógico, sistemático, histórico e teleológico*).²¹⁴

Ora, uma das mais fortes sensações que se tem após esse conjunto amplo de informações, debates e conclusões diferenciadas é um certo sentimento de perplexidade e, por que não, de desilusão pela ausência de uniformidade teórica. Uma sensação de "frustración o amargura" na expressão de LUIS PRIETO SANCHÍS,²¹⁵ que não conseguiu ser evitada pela enorme quantidade de trabalhos publicados a respeito da interpretação constitucional.

²¹³ BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, ps. 39 a 41. Em sentido similar, BULOS, *op. cit.*, ps. 14 e 15.

²¹⁴ Cf. uma das sistematizações originais efetuada por SAVIGNY em SAVIGNY, Friedrich C. von. "Los fundamentos de la ciencia jurídica". In SAVIGNY, Friedrich C. von *et ali. La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949, ps. 83 e ss..

²¹⁵ SANCHÍS, *Notas...*, p. 197.

O que se pretende ver, no item subsequente, é que grande parte dessa reação deve-se a um desvio de foco no que se refere à compreensão do que significa, afinal, *status epistemológico* da Teoria Hermenêutica; ou seja, a uma apropriação equivocada da concepção acerca do que seja *fundamento científico* da disciplina, tipicamente influenciada por uma tradição iluminista, discutida e criticada no primeiro capítulo.

Assim, a realocação do problema, efetuada – mesmo que implicitamente – por alguns autores, poderá significar, para além do alívio, uma concepção mais adequada do envolvimento Lei/Constituição e, ato contínuo, dos grandes temas hermenêuticos.

II.1.3.2 Crítica à Concepção Cientificista como Solução para o Problema

O maior dos problemas pertinentes a certas pretensões de grandes setores teóricos da Teoria Hermenêutica, ainda é o da descoberta de métodos e princípios de interpretação que proporcionem a trilha segura para a conquista de um resultado verdadeiro, objetivamente certo e preexistente ao próprio momento de compreensão, muito próximo das “verdades matemáticas” sustentadas pelas antigas teorias científicas no campo do estudo da natureza. Nesse sentido, continuará sendo, sempre, um problema insolúvel.

É essa a dificuldade geral que subsiste por detrás da maioria das discussões acerca do fundamento “científico” da Hermenêutica Jurídica, seja no que se convencionou chamar de Teoria da Interpretação Jurídica Clássica ou de Teoria de Interpretação Constitucional.

A origem direta dessas concepções, por conseqüência, é a compreensão da Hermenêutica como disciplina científica apta, justamente, a desvendar a trilha

metodológica inabalável para os resultados certos, envolvidas pela força do conceito clássico de ciência.

No Brasil, uma construção doutrinária original, inspirada por esse tipo de racionalidade iluminista e que influenciou (e ainda influencia) gerações de operadores jurídicos nacionais e estrangeiros,²¹⁶ foi a diferenciação efetuada por CARLOS MAXIMILIANO entre *Hermenêutica Jurídica* e *Interpretação Jurídica*, na edição original de 1924 da obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Segundo o autor:

“A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. [...]”

Do exposto ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de Hermenêutica, – Interpretação. Esta é aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.”²¹⁷

A marca cientificista dessa concepção de Hermenêutica fica ainda mais clara quando se discute qual a finalidade da interpretação jurídica. Nos dizeres de MAXIMILIANO:

“Em resumo: o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*.”²¹⁸

Como resta claro, o labor interpretativo está associado à função de *descoberta* de um sentido claro, prévio e objetivável, cuja teoria é tributária da clássica separação das correntes de interpretação em *objetivistas* e *subjetivistas*. Ou seja, na separação entre os autores que consideram que o objetivo da interpretação é desvendar o sentido original subjetivamente empregado pelo autor da norma – a *mens legislatoris*,

²¹⁶ Assumida explicitamente, e.g., em LINARES QUINTANA, *Tratado...*, p. 41 e contestada, e.g., em BELAÜNDE, *op. cit.*, p. 650, mencionando ser dita diferenciação interessante, porém artificiosa.

²¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed., Forense: 1994, p. 01.

com o mito do legislador racional – e os autores que consideram ser pertinente à tarefa interpretativa desvendar o sentido objetivo da norma – a *mens legis*, com o mito do sentido prévio e unívoco. LENIO LUIZ STRECK esclarece o âmbito da polêmica:

“Assim, embora as duas correntes não possam ser distinguidas com grande nitidez, didaticamente podem ser separadas, conforme o reconhecimento da vontade do legislador (doutrina subjetivista) ou da vontade da lei (doutrina objetivista) como sede do sentido das normas. A primeira insiste em que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático (a noção de dogma enquanto um princípio arbitrário, derivado de vontade do emissor de norma lhe é fundamental²¹⁸) é basicamente, uma compreensão do pensamento do legislador; portanto, interpretação *ex tunc* (desde então), ressaltando-se, em consonância, o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhe são apropriadas (método histórico). Para a segunda (objetivista), a norma goza de um sentido próprio, determinado por fatores objetivos (o dogma é um arbitrário social), independente até certo ponto do sentido que lhe tenha querido dar o legislador, donde a concepção da interpretação como uma compreensão *ex nunc* (desde agora), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas à sua captação (sociológica).”²¹⁹

Como sopesado várias vezes pela doutrina mais recente, essa classificação tradicional não encontra qualquer alicerce teórico (científico, em uma acepção esclarecida do termo). Com apoio novamente em STRECK, pode-se afirmar que essa discussão está ultrapassada e que, inclusive, “na grande maioria das vezes a adesão a uma corrente ou a outra é feita de maneira *ad hoc*, ocorrendo, não raras vezes, uma imbricação entre ambas.”²²⁰ Ou, segundo a autoridade constitucional de HESSE:

“O objetivo da interpretação pode só limitadamente estar na averiguação de uma ‘vontade’ objetiva ou subjetiva determinada na Constituição. Prescindindo totalmente da duvidosidade das bases dessa tese – ela assenta, ao fim e ao cabo, sobre o dogma da vontade no direito, formado na Ciência das Pandectas do século XIX e assumido pela Ciência

²¹⁸ MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 01.

²¹⁹ STRECK, *op. cit.*, p. 79. Cf., também, BARROSO, *Interpretação...*, p. 106 e ss..

²²⁰ *Ibidem.*, p. 78.

do Direito Estatal daquele tempo, que sozinho não mais possibilita uma compreensão apropriada da Constituição moderna – um tal ponto de partida significa nada mais que um encobrimento da situação de fato real. [...] Considerar a averiguação da vontade objetiva determinada da Constituição ou da vontade subjetiva do constituinte como ‘objetivo’ da interpretação significa, pois, querer assimilar algo que não é preexistente realmente e, com isso, desacertar a problemática da interpretação constitucional já no início.”²²¹

Igualmente, PÉREZ LUÑO:

“Se supera, de este modo, la secular distinción entre la interpretación de la letra o de las palabras de la ley y la interpretación de la voluntad o intención de la propia ley, o del legislador. [...] De ahí que donde no existe una comunicación exteriorizada no quepa inferir ninguna presunta voluntad. La distinción entre la interpretación como estudio de las palabras (*verba*) y la interpretación como averiguación de la intención o voluntad de la ley o del legislador (*mens/voluntas legis o mens/voluntas legislatoris*) resulta, por tanto, artificiosa. La pretendida voluntad o intención de la ley o del legislador para poder ser objeto de interpretación, es decir, para no ser el producto de elucubraciones más o menos arbitrarias o de la imaginación, es preciso que se haya plasmado en determinadas expresiones de un lenguaje normativo.”²²²

Sustentar o contrário, ao menos da forma como tradicionalmente a questão é colocada pela doutrina afim, é vendar os olhos para relevantes contribuições trazidas à lume pela Filosofia, desconhecendo tanto o denominado *giro linguístico*, localizado sobretudo na obra de WITTGENSTEIN,²²³ como o chamado *giro hermenêutico* empreendido por GADAMER, objeto de análise específica no primeiro capítulo.²²⁴

²²¹ HESSE, *Elementos...*, ps. 57 e 58.

²²² PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, ps. 255 e 256.

²²³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 1994.

²²⁴ Para uma versão mais “arejada” da corrente subjetivista tradicional norte-americana, denominada *originalismo*, cf. WHITTINGTON, Keith E.. *Constitutional interpretation, textual meaning, original intent, and judicial review*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

Palavras, frutos de convenções lingüísticas, não possuem um significado unívoco e preexistente. Em verdade, textos cobram sentidos diferenciados conforme o uso empregado, conforme os distintos *jogos de linguagem*, na acepção de WITTGENSTEIN²²⁵. Lado outro, é impossível acercar-se das palavras com uma consciência ahistórica, hábil a “encontrar” a vontade normativa que repousaria estaticamente impregnada no texto. Certo é que GADAMER vai mencionar que o objeto tem algo a nos dizer, mas essa assertiva não pode jamais ser confundida com o dogma da *mens legis* ou da *mens legislatoris*, pois, como visto, a possibilidade de compreensão se dá, exatamente, na fusão de horizontes entre o “mundo” do sujeito e o “mundo” do objeto,²²⁶ nunca como um movimento unilateral do intérprete que, com sua razão absoluta, lançaria luzes no fenômeno observado para que suposta vontade oculta pudesse resplandecer em luminosidade.

Se o termo *Hermenêutica Jurídica* (ou mesmo *Constitucional*), nesses setores clássicos da doutrina, significa *Ciência da Interpretação* – com um sentido, ressalte-se, cientificista tradicional – os chamados *métodos, princípios e regras de interpretação* são concebidos como o instrumental metodológico do fazer científico.

Há, inclusive, a nítida influência dessa concepção mesmo em alguns setores da *Hermenêutica Constitucional* que sustentam, por exemplo, a acima referenciada *tese da igualdade com particularidades*.²²⁷

Importa concluir que a propalada apologia dos métodos de interpretação está, do início ao fim, impregnada da ilusão iluminista. São eles concebidos, geralmente, como *trunfos* – quase mágicos – que, à disposição do intérprete conduzem o

²²⁵ WITTGENSTEIN, *op. cit.*, em vários itens, e.g., 21, 27, 53.

²²⁶ Cf. Capítulo I, acima.

²²⁷ Cf. a já mencionada teoria da interpretação constitucional em LINARES QUINTANA, *Tratado...*, *op. cit.* e *Idem, Regla...*, *op. cit.*

labor interpretativo à conclusão perfeita, evitando que o processo seja “contaminado” pelos momentos subjetivos daquele que interpreta. Em geral, concebe-se a atividade de interpretação como tão somente cognitiva, sem qualquer traço de voluntarismo. De novo, como exemplo, a lição original de MAXIMILIANO:

“Não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico. [...]

Descobertos os métodos de interpretação, examinados em separado, um por um; nada resultaria de orgânico, de construtor, se os não enfeixássemos em um todo lógico, em um complexo harmônico. À análise suceda a síntese. Intervenha a Hermenêutica, a fim de proceder à *sistematização* dos processo aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.”²²⁸

Consoante se percebe na análise tanto da doutrina como da jurisprudência, esse tipo de concepção influencia ainda a maioria dos operadores jurídicos, conformando o *sentido comum teórico* na expressão de STRECK²²⁹ ou, na acepção de THOMAS KUHN, formando um conjunto de pré-compreensões compartilhadas que marca um determinado *paradigma*.²³⁰

Contudo, é preciso criticar essa *tradição* iluminista que nos chega pelo influxo da história do Direito e que nos envolve, tanto na teoria, como na prática jurídica e, por sinal, tanto na chamada Hermenêutica Jurídica Clássica, como em alguns setores da Hermenêutica Constitucional.

Vários autores adotam expressamente a crítica a tais métodos, sobretudo os concebidos no Direito Privado. LUIS PRIETO SANCHÍS faz uma crítica ampla e contundente, demonstrando que a escolha metodológica não está a salvo de valorações:

²²⁸ MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 05.

²²⁹ STRECK, *op. cit.*, ps. 51 e ss..

“Ahora bien, dada la libertad para elegir entre unas u otras técnicas, en la decisión que adopte el juez es evidente que pesará su opinión sobre aspectos tales como la legitimidad del legislador, la oportunidad o justicia de la norma, la importancia o sentido axiológico de las transformaciones sociales operadas desde la promulgación de la ley, etc. [...]

Pero tras la valoración y elección del método o directiva de interpretación no se abre paso tampoco una operación lógica que dé como resultado una decisión cierta o completamente previsible. Para empezar, y pese a una terminología extendida entre los juristas, ninguno de tales métodos se ajusta a reglas de estricta lógica; como vimos al tratar de la analogía, se trata de esquemas de persuasión y justificación, no de inferencia lógica. [...]

De ahí que los métodos de interpretación, elegidos ya sobre la base de una valoración, no conduzcan tampoco a resultados siempre iguales y seguros; entre otros motivos ya indicados, un repaso a la literatura teórica y dogmática, así como a la jurisprudencia, pone de relieve que una misma directiva puede ser entendida de diferente manera y que, en último término, su procedencia en el caso examinado resulta siempre susceptible de ser debatida. Además, en ocasiones su aplicación obedece a una cierta ambigüedad y representa una especie de cobertura técnica de decisiones más o menos plausibles pero que difícilmente pueden someterse a un control de racionalidad.”²³¹

Na mesma direção, JOSEF ESSER:

“Por este motivo, la esperanza de poder presentar un catálogo gradual ‘del orden sucesorio de pasos de interpretación’, está condenada al fracaso.[...]”

Mas lo que hasta ahora no queda claro en estos elementos y criterios de interpretación correcta son las razones para decidir la importancia de cada uno de los criterios de interpretación, teleológico o gramatical, sistemático o también histórico, en el caso particular.[...]

Así queda claro que de hecho, a pesar de todas las explicaciones metodológicas, apenas tenidas en cuenta por la práctica, sobre el rango y el radio de acción de cada uno de los esquemas de interpretación según cual sea la conveniencia de un elemento interpretativo reconocible oficialmente, se utiliza selectivamente características interpretativas históricas o

²³⁰ KUHN, Thomas S.. *A estrutura das revoluções científicas*. 2. ed., São Paulo: Perspectiva, 1975, ps. 67 e ss..

²³¹ SANCHÍS, Luis Prieto. *Ideologia e interpretação jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993, ps. 103 e 104.

gramaticales, sistemáticas o que reflejan el fin, de manera muy arbitraria, o al menos arbitraria en apariencia, es decir, determinadas por el resultado.”²³²

CRISTINA QUEIROZ critica essa concepção metodológica estreita através da recapitulação interessantíssima do exemplo literário sobre a discussão, entre rabinos, acerca de qual a interpretação correta de um trecho bíblico. Pelas suas palavras:

“Quando num debate havido numa sinagoga, a propósito de uma passagem do Deuteronomio, os vários rabinos intervenientes não puderam chegar a acordo, devido a divergências interpretativas irreconciliáveis, o rabino Eleazar, reconhecido pelos seus reputados dotes interpretativos, levanta-se e diz: ‘Se a minha interpretação é a correcta, então a árvore que se encontra diante desta sinagoga deslocar-se-á’. E a árvore deslocou-se. Falando pela maioria, o rabino Josué ergue-se e replica: ‘O deslocamento de uma árvore não constitui meio de prova bastante’. Inconformado, Eleazar, levanta-se, de novo, e diz: ‘Se a minha interpretação é a correcta, então que aumente o caudal das águas até que verguem as paredes desta sinagoga’. E as águas subiram e as paredes vergaram. Indiferente a todos estes acontecimentos, Josué, levanta-se, de novo, e diz: ‘O aumento do caudal das águas e o derrubamento de paredes não constituem meios de prova bastante’. Exasperado e não sabendo mais o que fazer, Eleazar apela directamente para Deus: ‘Se a minha interpretação é a correcta, então que seja o céu a comprová-lo’. De súbito uma voz ecoa: ‘Para que discutis com o rabino Eleazar? Para todos os efeitos a lei é como ele diz’. E Josué erguendo-se, de novo, diz: ‘Não nos demos conta de nenhuma voz divina, já que Tu próprio escreveste na Torá, no Monte Sinai, ser necessário precavermo-nos contra o poder das maiorias’. E rindo, rindo sempre, Deus exclama: ‘Os meus filhos venceram-me, os meus filhos venceram-me’.”²³³

A autora, então, fazendo alusão expressa a GUNTHER TEUBNER, conclui que “o direito não vem determinado nem por uma autoridade externa, nem pela autoridade dos textos, nem pela revelação divina.”²³⁴ Assim, inexistente qualquer pretensão lista de

²³² ESSER, Josef. “La Interpretación”. In *Anuario de Filosofia del Derecho* (Nueva Epoca). Madrid, t. III, 1986, ps. 54 e 56. Cf., também, BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, ps. 24, 43, 165; STRECK, *op. cit.*, ps.

75 e ss.; USERA, *op. cit.*, p. 85.

²³³ QUEIROZ, *op. cit.*, ps. 51 e 52.

²³⁴ *Ibidem*, p. 52.

regras, princípios e métodos que dê conta por si só da interpretação do Direito e que fique à margem da crítica e da necessidade de argumentação.

Nesse sentido, não basta, nem mesmo, a mera afirmação da pluralidade metodológica, contra a pretensão de unicidade na aplicação dos propalados métodos de interpretação. Essa posição foi, sem dúvida, importante, mas restará todavia discutível caso ainda conceba dita pluralidade como o instrumental “científico” que, em uma ilusão metodológica, conduziria à abalada concepção iluminista de resultado previamente determinado.

Essa crítica, obviamente, não se reduz ao campo da chamada Hermenêutica Jurídica Clássica, mas deve ser, obrigatoriamente, estendida para a seara teórica do que se tem denominado Hermenêutica Constitucional, para que não se caia no mesmo equívoco. Não se pode, por isso, atribuir aos chamados métodos, regras e princípios de interpretação o mesmo condão de fórmulas incorruptíveis, como tradicionalmente se tem feito na seara do Direito Privado. Na esteira das críticas já levantadas, e com apoio em LAURENCE TRIBE e MICHAEL DORF, o operador jurídico que espera encontrar ferramentas decodificadoras que resolverão todos os quebra-cabeças constitucionais ficará sempre desapontado.²³⁵

Interessante é que, em uma análise mais precisa, pode-se afirmar que a maioria desses “consagrados” métodos, princípios e regras interpretativas representam tão somente verdadeiras *obviedades*, quando vistos à luz da Teoria do Direito e da Teoria da Constituição que os sustentam. Dizer, *e.g.*, que a atividade interpretativa deva ser *sistemática* significa, geralmente, apenas ressaltar algo que deriva da própria estrutura da *compreensão*, notadamente do conceito de *círculo hermenêutico*. Por outro

²³⁵ TRIBE, Laurence H. et DORF, Michael C.. *On reading the constitution*. Massachusetts: Harvard University Press, 1991, p. 05.

lado, se se concebe a Constituição como um repositório das intenções dos constituintes, o efeito será uma apropriação do *método histórico* como caminho para descoberta da vontade original.

Em verdade, há uma conclusão fundamental: o conceito e o uso de tais métodos, regras e princípios de interpretação variam conforme a concepção prévia que se tem de Direito e de Constituição. Ou seja, a Teoria Hermenêutica está indissociavelmente ligada à Teoria do Direito e à Teoria da Constituição. Nas palavras de CRISTINA QUEIROZ:

“O recurso a um conceito pressuposto de ‘constituição’ no quadro de um sistema constitucional individual e concreto (: ordem jurídico-constitucional) coloca-se como *questão prévia* de toda a interpretação constitucional. Só *depois* de fixada essa vinculação a uma ‘teoria da constituição’ no constitucionalismo [sic] é que se poderá partir para a questão da delimitação dos princípios *próprios* de interpretação constitucional, tendo sempre presente a necessidade, aqui e agora, de ajustar o resultado prático alcançado quer com o equilíbrio de poderes previsto a nível constitucional (uma questão a que é estranha a interpretação das leis no direito privado) quer com as aspirações de justiça e equidade inerentes a todo o sistema constitucional que pressupõe, como pano de fundo, um *conceito próprio de constituição* como *projecto político a ganhar e a construir*. No limite, um problema não de ‘interpretação’ em sentido estrito, mas de *legitimidade política*.”²³⁶

De tudo o que foi dito, não significa abandonar o problema epistemológico da Hermenêutica Constitucional tão caro aos estudos contemporâneos, mas certamente tal objetivo não pode tropeçar com as ilusões de uma racionalidade estreita, tão criticada pela tese gadameriana discutida no capítulo anterior. Essa conclusão nos abre dois

²³⁶ QUEIROZ, *op. cit.*, ps. 335 e 336. Interessante a menção que essa autora faz a três modelos interpretativos, o primeiro, o *modelo de Júpiter*, associado ao Estado Liberal, o segundo, o *modelo de Hércules*, associado ao Estado Social e o terceiro, o *modelo de Hermes*, associado ao Estado contemporâneo. *Ibidem*, ps. 38 e 39. Cf., também, BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, ps. 19 e 166; MORESO, *op. cit.*, p. 185; MOORE, *op. cit.*, p. 53 e SCHAUER, Frederick. “The Occasions of

caminhos: *primeiro*, repensar a relação entre Hermenêutica Jurídica e Hermenêutica Constitucional em função de uma compreensão mais ampla do *princípio da supremacia* da Constituição, refundando seu *status* epistemológico na medida em que possa ser considerada (o que se chamará de) *locus* hermenêutico e, *segundo*, repensar o próprio âmbito do fazer hermenêutico.

II.1.3.3 A Unidade da Hermenêutica Jurídica na Hermenêutica Constitucional: A Constitucionalização da Hermenêutica

A opção contemporânea pelo *constitucionalismo* como modo de regulamentação do pacto de convivência política, aliado ao assentamento do princípio da supremacia da Constituição face a todos os demais atos normativos, importa, certamente, reconsiderar o relacionamento entre a Hermenêutica Jurídica Clássica e a Hermenêutica Constitucional.

Como consequência do grande arroubo analítico empreendido pela modernidade, foram consagrados, no Direito, fenômenos como o do surgimento e expansão dos movimentos de codificação típicos do início do século XIX, do qual é produto mais famoso o Código Civil de Napoleão de 1808. Inspirada por esse novo desafio, a doutrina se empenhou na imensa tarefa de separar e, ato contínuo, definir os limites e a extensão dos diversos ramos jurídicos.

Todavia, a principal desvantagem advinda desse movimento foi uma certa perda do sentimento da unidade do Direito, sobretudo no que tange à interpretação,

Constitutional Interpretation". In BRISON, Susan J. et SINNOTT-ARMSTRONG, Walter (eds.). *Contemporary perspectives on constitution interpretation*. San Francisco: Westview Press, p. 29.

compreensão e aplicação²³⁷ dos preceitos normativos, que ficaram “confinados” nos distintos campos temáticos, gerando a impressão do compartilhamento do fenômeno jurídico.

Somente após a consagração de efetivos sistemas de controle da constitucionalidade dos atos infraconstitucionais é que, como visto, pôde-se garantir a situação de primazia da Constituição face às demais leis e, como consequência direta, o resgate da “unidade” do Direito sob o pálio da constitucionalidade.

Por força dessa característica, a Constituição vai, então, “*refundar*” todo o Direito, implicando uma incisão compreensiva nos limites e extensão das possibilidades significativas de todo o resto do ordenamento. Ela passa a representar, portanto, o que aqui tem-se denominado *locus* hermenêutico: o ‘lugar’ a partir do qual há uma conformação das possibilidades de sentido de todas as normas inferiores, não tendo como, pois, compreender, interpretar e aplicar o Direito independentemente do padrão constitucional.

Esse o sentido empregado por RAMÓN PERALTA quando afirma ser a Constituição *a norma interpretativa, o critério hermenêutico fundamental de todo o ordenamento jurídico*²³⁸. Ela exerce, assim, uma *função de irradiação* sobre o Direito, tal qual nos diz MARÍA LUIZA BALAGUER CALLEJÓN:

“La Constitución ocupa una posición central en el ordenamiento jurídico, en virtud de la cual puede decirse que la relación entre Constitución y normas infraconstitucionales no es de mera jerarquía sino de supremacía. Esta diferenciación nos manifiesta cómo, además de su condición jerárquicamente superior sobre el resto de las normas, la

²³⁷ A distinção desses termos aqui feita não significa que sejam os mesmos compreendidos como movimentos estanques e independentes. Cf., acima, o que foi mencionado sobre a fusão desses momentos no ato de compreender.

²³⁸ PERALTA, *op. cit.*, p. 57.

Constitución desarrolla una función de irradiación sobre el resto del ordenamiento jurídico.”²³⁹

Em uma direção similar, LENIO LUIZ STRECK:

“Conseqüentemente, a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico*. A Constituição é, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico.”²⁴⁰

Desse modo, o debate acerca das diferenças entre a Hermenêutica Constitucional e a Hermenêutica Jurídica perde sua razão de ser. Ora, se não é possível compreender o texto da lei sem a pré-compreensão constitucional, não é possível haver duas Teorias e Práticas Hermenêuticas distintas.

Ainda que possam ser sustentadas certas diferenças entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional (sobretudo a situação hierárquica e a condição de fonte normativa), isso também não é motivo para a suposta dicotomia, eis que o processo de interpretação do Direito é, nesse sentido, sempre unitário. Ou seja, para cada problema (real ou imaginário), em todo e qualquer ramo jurídico, o Direito concorre integralmente para sua solução, através do filtro constitucional.²⁴¹

Por outro lado, isso significa sublinhar igualmente o caráter *normativo* da Constituição. A importância dessa assertiva é precavendo-nos contra o perigo da

²³⁹ BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, p. 42.

²⁴⁰ STRECK, *op. cit.*, p. 215. Essa posição é refletida também na afirmação de PETER HÄBERLE de que a “Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade. Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz. Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente.” HÄBERLE, *Hermenêutica...*, p. 34.

²⁴¹ Obviamente, não se quer dizer com isso que todo o Direito é *diretamente* aplicável ao caso. Como se verá em seguida, alguns preceitos normativos o são e outros não, em função da *pertinência temática* e da chamada *coerência normativa*.

dissolução constitucional promovido por determinadas concepções que sustentam uma diferença em essência entre a Lei e a Constituição, baseando-se, geralmente, na afirmação do caráter fundamentalmente político desta por contraposição ao caráter jurídico daquela. Novamente a lição de BALAGUER CALLEJÓN:

“Naturalmente, esta incidencia sobre el ordenamiento jurídico, incluido el ámbito de la interpretación del Derecho, se explica sólo desde la consideración normativa de la Constitución. Pero, a su vez, la condición normativa implica que la Constitución há de ser interpretada como una regla del Derecho positivo. Esto nos plantea, junto al problema de la interpretación constitucional, el de la interpretación de la Constitución. El debate permanente en este ámbito, se centra en determinar si es posible utilizar criterios hermenéuticos comunes al resto del ordenamiento jurídico, o sí por el contrario, es necesario recurrir a técnicas específicas, elaboradas especialmente para adaptarse a las peculiaridades de las normas constitucionales.

La opción por una hermenéutica constitucional [independiente, específica] no deja de ser una vía discutible en su fundamento y en sus consecuencias. En cuanto a lo primero, porque se basa en una diferenciación entre normas constitucionales e infraconstitucionales que no parece que tenga alcance suficiente como para exigir una diferenciación hermenéutica sustancial. En cuanto a lo segundo, por trazar una línea de separación entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, que puede perjudicar la propia normatividad de la Constitución.²⁴²

Ou, como afirma LUIS PRIETO SANCHÍS:

“Ciertamente, esta relevancia del capítulo hermenéutico descansa en una concepción constitucional implícita o que no siempre se subraya con suficiente énfasis, pero que resulta indispensable para que pueda desarrollarse una auténtica labor interpretativa. Me refiero a la idea de la Constitución como verdadera norma jurídica, como fuente de derechos y obligaciones susceptibles de generar controversias que han de ser dirimidas por un órgano jurisdiccional.”²⁴³

²⁴² BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, ps. 42 e 43.

²⁴³ SANCHÍS, *Notas...*, *op. cit.*, p. 175.

Por isso, deve-se afirmar que existe apenas uma Hermenêutica: a Hermenêutica Constitucional que promove, por assim dizer, uma verdadeira “absorção” da chamada Hermenêutica Jurídica clássica.

Nesse sentido, é possível sustentar igualmente que toda jurisdição é necessariamente jurisdição constitucional. Mesmo nos países que adotam o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, há tão somente uma cláusula de reserva para determinados juízes – os do Tribunal Constitucional – para o exercício do juízo de compatibilidade da lei face à Constituição.

Os denominados juízes ordinários fazem, ou pelo menos deveriam fazer, a todo momento, uma compreensão e aplicação dos atos infraconstitucionais à luz do padrão constitucional, apenas excetuando-se de sua competência, por uma característica intrínseca ao sistema, o julgamento sobre a vigência ou não de preceito normativo cuja abertura semântica seja vazia por completo de sentido constitucionalmente adequado em tese ou mesmo no caso concreto. Ou seja, confunde-se em geral a peculiaridade do intérprete – Tribunal Constitucional – com a peculiaridade da jurisdição.

Quanto aos denominados métodos, regras e princípios de interpretação, sejam os tradicionalmente construídos na seara privatista ou os derivados das discussões no Direito Constitucional, deve-se dizer que os mesmos não poderão jamais ser utilizados como portadores de verdades intrínsecas. No máximo, cumprirão, apenas, funções auxiliares no processo hermenêutico, desde que argumentativamente justificados à luz de todas as características desse processo, que demanda, como demonstrado, uma determinada Teoria do Direito e da Constituição.²⁴⁴

²⁴⁴ Esse trabalho não tem por objeto imediato discutir qual seria essa concepção adequada de Direito e de Constituição, pois fugiria ao corte metodológico apresentado. De qualquer modo, ela figura implicitamente como precompreendida no que tange ao debate acerca do âmbito do fazer hermenêutico que será discutido no próximo item.

Um exemplo importante ilustra essa assertiva: o *princípio da interpretação conforme*, acima referenciado, só passou a ser justificável após a existência dos mecanismos de controle de constitucionalidade. Em outras palavras, só se justifica em virtude do *princípio da supremacia da Constituição*.²⁴⁵

II.2 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM BUSCA DE SEGURANÇA E RACIONALIDADE

Discutidas essas questões metodológicas, voltemos os olhos para a seguinte pergunta: o que significa e como se dá o *fazer hermenêutico* no Direito?

Sabe-se que o constitucionalismo, para fazer jus à sua tradição, deve continuar buscando respostas a duas ansiedades humanas: o esquadrinhamento do poder e, como consequência, a realização da liberdade do homem. Essas *diretivas* irão influenciar, por derivação, o próprio processo hermenêutico, eis que só serão atingidas caso se consubstancie uma compreensão, interpretação e aplicação constitucionalmente adequada dos preceitos jurídicos.

Algumas conclusões prévias devem ser lembradas sobre a *atividade interpretativa*, à luz do que fora visto no capítulo primeiro, para que não se tenha mais a ilusão de um modelo hermenêutico jurídico tradicionalista. Recorremo-nos ao auxílio de PEREZ LUÑO que apresenta as seguintes características, em uma referência direta a GADAMER:

a) *lingüisticidade*: caráter essencialmente lingüístico de toda interpretação;

²⁴⁵ Cf., e.g., ENTERRIA, *op. cit.*, p. 33.

b) *necessariedade*: todo processo de interpretação é uma atividade necessária para a atribuição de um sentido aos preceitos normativos, importando, de certo modo, uma complementação em sua elaboração;

c) *contextualização*: a interpretação não se realiza em abstrato, mas em um conjunto de circunstâncias sociais e históricas que determinam os usos lingüísticos a partir dos quais realizam-se as atribuições de sentido;

d) *limitação e controle*: caráter limitado e controlado da interpretação em função de sua própria contextualização;

e) *caráter unitário*: toda atividade interpretativa reúne suas diferentes fases em uma unidade de compreensão, como momentos necessários.²⁴⁶

Lado outro, devem ser ressaltados dois aspectos do pensamento contemporâneo que igualmente irão lançar novos desafios para o delineamento de um fazer hermenêutico hábil à sua própria superação.

O primeiro diz respeito à queda do *mito da Lei* como obra perfeita e fruto da vontade incorruptível do Legislador, bem como ao movimento que levou à conquista gradual da normatividade dos *princípios*, sobretudo constitucionais, até a consideração plena de sua *força jurídica*.²⁴⁷

O segundo, apontado em considerações prévias, refere-se expressamente à mencionada temporalidade intrínseca à *compreensão*. Essa historicidade do acontecer compreensivo, como visto, leva à inexistência de um padrão prévio e absoluto de verdade, delimitando as possibilidades de segurança e de racionalidade jurídica no acontecimento dialógico.

²⁴⁶ PEREZ LUÑO, *op. cit.*, ps. 255 e ss..

²⁴⁷ Os *princípios* aqui mencionados não são, obviamente, os *princípios de interpretação* mais acima referenciado. Neste contexto, significam espécies de normas jurídicas, ao lado das *regras*.

Isto é, se toda compreensão é situada na História, somente no diálogo argumentativo é que será possível compreender e realizar a Constituição – e, em um plano mais amplo, também a convivência política –, atendendo a suas exigências de previsibilidade (controle do arbítrio) e de racionalidade (legitimidade das opções interpretativas).²⁴⁸

Desse modo, são importantes os apontamentos de JÜRGEN HABERMAS que nos chama a atenção para essas duas dimensões da validade jurídica que conformarão duas exigências a serem satisfeitas pela prática da decisão judicial. Nas suas palavras:

“O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; de outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas [...]. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente. E, uma vez que ambas nem sempre estão de acordo, é necessário introduzir duas séries de critérios na prática da decisão judicial.

De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. [...] De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito.”²⁴⁹

²⁴⁸ Isso significa, em última instância, rever os conceitos de *constitucionalismos clássico e social*, rumo à busca por um *constitucionalismo democrático* que não se contente em afirmar a liberdade como fruto de uma igualização formal perante a lei – típica do Estado Liberal –, nem com a materialização da Justiça – típica do Estado social –, mas que buscará, na democracia, meios para a inclusão, no jogo do poder, das diversas concepções de mundo. Muito embora, como ressaltado anteriormente, não seja o objetivo desse trabalho tentar traçar de modo explícito os contornos desse constitucionalismo democrático, há a sua influência clara na concepção da *Hermenêutica constitucional* que buscaremos resgatar.

²⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. V. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, ps. 245 e 246. Pode parecer estranho a conjugação nesse tópico entre as posições de JÜRGEN HABERMAS e as posições, desenvolvidas anteriormente, de HANS-GEORG GADAMER. Deve-se lembrar que, como sustentado no primeiro capítulo, há uma *complementariedade* entre ambas as posições e não uma *superposição* da Teoria Crítica sobre a Hermenêutica Filosófica: na medida em que essa reforça posteriormente a necessidade da racionalidade crítica como justificativa da autoridade e da tradição, ela funda o acontecer da verdade na prática dialógica, lançando com isso até mesmo as bases teóricas que implicarão o desenvolvimento

O tema que se pretende desenvolver aqui é, pois, o que sustenta a conclusão de que somente com a revisão do conceito de *preceito normativo* constitucional – que implica a revisão do próprio conceito de *norma* – e com a atenção redobrada na delimitação do significado de *segurança jurídica* é que se poderá ter a definição de um processo hermenêutico apto a prover o respeito à *previsibilidade e controle* das opções interpretativas, bem como sua legitimidade no quadro de um constitucionalismo que se pretenda *democrático*.

II.2.1 A Conquista da Normatividade dos Princípios Constitucionais

Um dos movimentos teóricos mais fantásticos ocorrido nas Teorias do Direito e da Constituição contemporâneas foi, sem dúvida, a afirmação da força normativa dos *princípios constitucionais*, com a superação da miopia positivista na consideração de um Direito formado apenas por *regras estritas*, vistas como únicos preceitos dotados de juridicidade.

posterior das teorias discursivas. Entretanto, é importante registrar, como o faz JOSÉ LAMEGO, o equívoco de uma “recepção ‘linear’” da hermenêutica gadameriana: “Nesta ordem de ideias, uma ‘recepção’ linear da hermenêutica de Gadamer acarretaria a indiferenciação de problemas específicos da interpretação jurídica dogmática, implicando a diluição da função normativa do ordenamento jurídico. [...] Mas tal não pode ser levado em conta como crítica às teses de Gadamer. Tão só deverá prevenir contra apressadas transposições de teses filosóficas para o âmbito da teoria do método jurídico.” (LAMEGO, José. “Hermenêutica e Jurisprudência; o alcance da recepção da hermenêutica filosófica para uma concepção de ‘jurisprudência de valoração’”. In *Revista Jurídica* (Nova Série). Lisboa: AAFDL, n. 6, abril/junho, 1986, p. 82). Não há como deixar de criticar, portanto, a assimilação unilateral que HABERMAS faz ao equiparar, *tout court*, a Hermenêutica gadameriana com a Hermenêutica de JOSEF ESSER (Cf. HABERMAS, *Democracia...*, ps. 247 e 248), para postular que a posição de DWORKIN importa uma *superação* do que denomina “teoria hermenêutica”. Isso significa, além de restringir GADAMER a ESSER, afastar essencialmente DWORKIN de GADAMER, o que não é correto, eis que a teoria dworkiana pode ser também razoavelmente coerente com as teses gadamerianas, desde que essas últimas sejam vistas “à sua melhor luz”.

PAULO BONAVIDES, em um esforço magistral de síntese, vai demonstrar o desenvolvimento lento e gradual da conquista da normatividade dos *princípios*, distinguindo três concepções distintas acerca de sua natureza. Vejamos:

a) **Jusnaturalismo**: é a primeira e mais antiga teoria acerca da natureza dos princípios. A presença marcante das idéias filosóficas e políticas que firmaram o Estado Liberal fez com que os princípios fossem considerados a expressão desses novos valores, possuindo, pois, um peso fortemente ético e não jurídico. Os princípios estavam, então, impregnados de um ideal próprio de Justiça, sendo verdadeiros axiomas jurídicos, normas que tinham valores deduzidos pela “reta razão” e, por isso, pairavam em um nível abstrato, valorativo, meramente informador e carente por completo de juridicidade – mero extrato de valores informadores da ordem jurídica.²⁵⁰

b) **Positivismo**: representa uma etapa intermediária na afirmação da juridicidade dos princípios. Esses passam a figurar nos códigos jurídicos ao lado das demais normas e, por isso, não podem ser considerados, como antes, instância supra-legal. Decorrem, outrossim, do próprio Direito Positivo na medida em que são considerados generalizações das regras jurídicas e não de um fictício Direito Natural descoberto pela razão. Entretanto, são denominados *princípios gerais do direito* e integram o ordenamento jurídico no mais baixo grau de hierarquia, eis que sua função se reserva a impedir o vazio normativo na ausência de regra estrita: são fontes normativas secundárias, verdadeiras “válvulas de segurança” do sistema, com funcionalidade meramente supletiva.²⁵¹

²⁵⁰ BONAVIDES, *Curso...*, ps. 232 e ss..

²⁵¹ *Ibidem*, ps. 235 e ss..

c) **Pós-positivismo**: Princípios passam a ter força normativa plena, ou seja, são considerados normas dotadas de juridicidade idêntica à das regras jurídicas. Não são mais tratados como valores abstratos, nem como fonte supletiva e, sim, como Direito, em toda a latitude do termo, na medida em que integram cada vez mais as Constituições criadas após as grandes guerras mundiais. Reconfigurando todo o sistema jurídico, alçam foro de norma constitucional em duas fases distintas: a) *fase programática*: em que possuem aplicabilidade diferida e, portanto, normatividade mínima, eis que são vistos como programas normativos a serem concretizados aos poucos pelos operadores jurídicos, e b) *fase não programática*: onde há a reversão do conceito, pelo que os princípios passam a ser considerados em sua dimensão objetiva e concretizadora, tendo, pois, aplicação direta e imediata.²⁵²

Esse ganho de normatividade dos princípios, na expressão de BONAVIDES, é consequência clara, segundo o mesmo autor, da sua migração dos Códigos jurídicos para a inserção nas Constituições, marcando o tratamento juspublicista dos mesmos por oposição ao tratamento jusprivatista típico da fase positivista. Ou seja, para além de *princípios gerais do direito*, passam a *princípios constitucionais*.²⁵³ Resumidamente:

“Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra

²⁵² BONAVIDES, *Curso...*, ps. 237 e ss.; 245 e ss..

²⁵³ *Ibidem*, ps. 260 e ss..

sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.²⁵⁴

A influência dessas concepções pós-positivistas é tão marcante que acabou por gerar uma unanimidade no pensamento atual acerca da qualidade jurídica dos princípios constitucionais.²⁵⁵ Na visão de CANOTILHO, a importância desse posicionamento mostra-se da seguinte maneira:

“Esta perspectiva teórico-jurídica do ‘sistema constitucional’, tendencialmente ‘principlista’, é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos [...], mas também porque permite *respirar, legitimar, enraizar e caminhar* o próprio sistema. A respiração obtém-se através da ‘textura aberta’ dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescreta-se na *referência sociológica* dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos *processuais e procedimentais adequados*, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição.”²⁵⁶

²⁵⁴ BONAVIDES, *Curso...*, p. 265.

²⁵⁵ É o que afirma, e.g., RUY SAMUEL ESPÍNDOLA. Cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 1. ed., 2. tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 55. Em verdade, trata-se de uma quase unanimidade já que existem posições teóricas consideráveis em rota de colisão com as assertivas pós-positivistas. É o caso, e.g., de ALFONSO GARCÍA FIGUEROA que realiza uma crítica pungente ao que denomina “não positivismo principlista” advogando a tese da inexistência de quaisquer diferenças entre as *regras* e os *princípios* e, com isso, a insustentabilidade de dita corrente. Chega a afirmar que a *concepção de princípios* é uma verdadeira Caixa de Pandora, de onde têm surgido todo tipo de males. (Cf., FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998). Todavia, as exceções vêm confirmar a regra da adesão da maioria da doutrina à existência dos *princípios* como espécie do gênero norma. Isso fica muito claro na medida em que a quase totalidade dos críticos de certas teses pós-positivistas vai sustentar suas divergências não necessariamente quanto à natureza normativa dos princípios, mas sobretudo quanto à ideia de decisões interpretativas absolutamente vinculadas, sem qualquer traço de subjetivismo ou discricionariedade. É a posição, e.g., de outro grande autor espanhol, assumidamente normativista, LUIS PRIETO SANCHÍS, para quem a *principiologia* não conseguiu superar o indezessável momento de discricionariedade decisória, restando ainda ilusória a utopia exegética do juiz vinculado e imune à discricionariedade decisória. (Cf., SANCHÍS, *Ideologia...*, *op. cit.*; *Idem*, *Notas...*, *op. cit.*; *Idem*, *Ley...*, *op. cit.*).

²⁵⁶ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1089.

Pode-se afirmar serem dois os autores principais a consagrar essa importante modificação na Teoria da Norma Constitucional e, via de consequência, na Teoria do Direito e na própria Hermenêutica Constitucional, quais sejam, o alemão ROBERT ALEXY e o norte-americano RONALD DWORKIN.

ALEXY parte de uma constatação geral da imprecisão das posições teóricas na definição de uma teoria dos direitos fundamentais que faça justiça às conclusões pela qualidade jurídica dos princípios, bem como da necessidade de uma teoria da argumentação jurídica que possibilite tratar, racionalmente, o grande dilema da aplicação das normas.

Afirmando a “vaguez de las formulaciones del catálogo de derechos fundamentales”,²⁵⁷ percebe a nítida influência da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão na definição do conteúdo e da aplicabilidade de tais direitos, a ponto de afirmar que “la ciencia de los derechos fundamentales [...] se há convertido, en una apreciable medida, en una ciencia de la jurisprudencia constitucional.”²⁵⁸

Todavia, face à indeterminação do próprio conjunto de decisões do Tribunal, tanto em função de velhas questões não solucionadas como em virtude da ambigüidade corrente ao tratar dos temas referidos, ALEXY vai concluir pela inexistência de uma teoria que trate o fenômeno em toda a sua extensão: “A la vaguedad de la normación de los derechos fundamentales se suma, pues, la vaguedad de la jurisprudencia sobre los mismos. Ciertamente, la jurisprudencia há reducido en algo la vaguedad de la normación de los derechos fundamentales pero, en ningún caso, puede decirse que la haya eliminado.”²⁵⁹

²⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 21.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 23.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 24.

Sendo assim, seu propósito geral será construir uma ciência dos direitos fundamentais que consiga dar respostas racionalmente fundamentadas quanto aos problemas surgidos na abordagem de tais direitos e que congregue as três dimensões da dogmática:²⁶⁰ a) *a analítica*: cuja ótica é a consideração sistemático-conceitual do direito válido, tal como a análise dos conceitos fundamentais (norma, direito subjetivo, etc.), da construção jurídica, da estrutura do sistema jurídico e da fundamentação;²⁶¹ b) *a empírica*: relativa tanto ao conhecimento do direito positivamente válido como à utilização de premissas empíricas na argumentação jurídica; ou seja, não basta reduzir a análise ao direito legislado, mas deve haver, igualmente, a descrição e o prognóstico também do direito (da *praxis*) judicial;²⁶² e, por fim, c) *a normativa*: com a superação da mera descrição empírica rumo à formulação de critérios de orientação e crítica da *praxis* jurídica, exurgindo de modo claro o problema da valoração, na medida em que se torna imprescindível “la cuestión de saber cuál es, en el caso concreto y sobre la base del derecho positivo válido, la decisión correcta.”²⁶³

A Teoria dos Direitos Fundamentais que propõe, pois, é uma teoria integrativa de tais dimensões e que, vista de um modo adequado, conduz a uma teoria estrutural desses Direitos. Para ALEXY isso significa afirmar um cuidado especial com a *dimensão analítica*, eis que somente a partir do esclarecimento da estrutura das normas, bem como dos conceitos e formas de argumentação relevantes é que se poderá ter uma fundamentação racional dos juízos de dever ser relativos à aplicação de referidos direitos.²⁶⁴

²⁶⁰ Entendendo-se por dogmática uma teoria jurídica sobre o direito positivo de um determinado ordenamento.

²⁶¹ ALEXY, *Teoria...*, p. 30.

²⁶² *Ibidem*, p. 30.

²⁶³ *Ibidem*, p. 32.

²⁶⁴ *Ibidem*, ps. 39 e ss.; 45.

Como consequência desse destaque da *dimensão analítica*, o autor vai dizer-se tributário da tradição da *jurisprudência dos conceitos*.²⁶⁵ Contudo, cumpre ressaltar que, apesar disso, o autor a supera, pois, fazendo referência expressa às outras duas *dimensões*, vai criticar a redução da Ciência do Direito à dimensão puramente analítica, como concebida por tal corrente. Assim, apresenta também uma forte divergência quanto à restrição da fundamentação racional do Direito ao método puramente lógico. Como afirma:

“Justamente el análisis lógico muestra que la decisión en todos los casos medianamente problemáticos no puede obtenerse exclusivamente com los medios de la lógica a partir de las normas y conceptos jurídicos que hay que presuponer. Para ello se requieren evaluaciones adicionales y, como fundamento de las mismas, conocimientos empíricos. Una forma de consideración que pretenda obtener resultados sin tales premisas adicionales y, en este sentido, quiera ser *productiva*, puede ser sólo un método seudológico [...].”²⁶⁶

Igualmente interessante em ALEXY é o seu conceito de *norma*, cujas observações irão conduzir à mencionada consideração dos *princípios* como uma de suas espécies. O autor sustenta o que denomina *concepção semântica* de norma ao fazer a diferenciação entre os termos *norma* e *enunciado normativo*, afirmando ser aquele o significado deste: “Una norma es, pues, el significado de un enunciado normativo.”²⁶⁷

Por outro lado, ALEXY deixa claro como *qualidade fundamental da norma* o fato dessa expressar-se nas chamadas modalidades deônticas, quais sejam, *mandado*,

²⁶⁵ “En este sentido, la teoría estructural que aquí se persigue continúa la gran tradición analítica de la jurisprudencia de conceptos.”. ALEXY, *Teoria...*, p. 46.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 45.

²⁶⁷ ALEXY, *Teoria...*, ps. 50 e 51. MARCELO CAMPOS GALUPPO esclarece o exemplo dado por ALEXY: “Por exemplo, o enunciado normativo do artigo 16, parágrafo 2, frase 1 da Lei Fundamental Alemã diz que ‘Nenhum alemão pode ser extraditado ao estrangeiro’ e, portanto, contém uma norma segundo a qual ‘está proibida a extradição de um alemão ao estrangeiro’ (Alexy, 1993b, p. 51), norma esta que poderia ser expressa através de outros enunciados, como por exemplo ‘Está proibido extraditar alemães ao estrangeiro’ ou ainda ‘Os alemães não podem ser extraditados ao estrangeiro’. Segundo Alexy, todos eles significam aquela mesma norma apontada acima.”. GALUPPO, Marcelo Campos.

proibição e permissão,²⁶⁸ o que significa afirmar que a sua característica fundamental é a de exprimir um dever ser. Ora, se esse é o conceito correto de norma, a conclusão inexorável é a inclusão dos *princípios*, ao lado das *regras*, como espécies do gênero. Pelas palavras do autor:

“Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.”²⁶⁹

Desse modo, muito embora o autor faça questão de assinalar que sua teoria representa a parte geral da dogmática dos direitos fundamentais alemães,²⁷⁰ pode-se afirmar que seu trabalho ultrapassa o próprio direito positivo alemão, vez que importa conclusões consubstanciadoras de um corpo teórico com aplicação geral. Uma das mostras da universalidade de sua teoria é a seguinte afirmação: “Habrá que mostrar que no es posible una dogmática adecuada de los derechos fundamentales sin una teoría de los principios.”²⁷¹ Lado outro, a própria preocupação com modos de fundamentação racional das decisões hermenêuticas do Direito também o insere no rol dos autores que fizeram a superação do conceito de atividade interpretativa como *conhecimento da norma* para a sua consideração como *processo de argumentação*.

“Princípios Jurídicos e a Solução de Seus Conflitos; a contribuição da obra de Alexy”. In Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas, v. 1, n. 2, 2º sem., 1988, p. 136.

²⁶⁸ ALEXY, Teoria..., p. 52.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 83.

²⁷⁰ *Ibidem*, ps. 25 e 29.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 25.

Um dos propósitos centrais na obra de RONALD DWORKIN é construir uma teoria que busque fornecer uma justificativa geral para o exercício do poder coercitivo do Estado, assentada em uma perspectiva de legitimidade que refuja às concepções convencionalistas e pragmatistas do direito, construídas na tradição jurídica norte-americana.²⁷²

Elege o autor como modelo a ser estudado a prática da decisão judicial – a forma como os juízes interpretam e decidem os casos jurídicos a eles submetidos – de modo a condensar a estrutura de sua teoria em uma esfera específica de aplicação.²⁷³

Funda a crítica no convencionalismo pelo fato deste descrever o direito como fruto de determinadas convenções estabelecidas no passado pelas instituições, as quais se configuram como os únicos fundamentos do direito.

Para os autores adeptos de tal concepção, a prática jurídica se dá na medida em que sejam respeitadas e observadas irrestritamente tais convenções (leis, precedentes, etc.), o que gera decisões à maneira do *tudo ou nada*: ou a convenção se aplica ao caso regido, por incorporar a circunstância fática em sua hipótese de aplicação, ou não se aplica.

O problema maior detectado por DWORKIN a fundamentar sua crítica, diz respeito exatamente à possibilidade da não aplicação da convenção, geralmente associada à solução dos chamados *hard cases*. Isso porque esses casos difíceis surgem exatamente quando não há uma convenção prevista para sua solução ou quando há uma profunda divergência a respeito da interpretação e aplicação de qual convenção é a pertinente. A solução que o convencionalismo propõe é vista por DWORKIN como

²⁷² Ou, para outros autores, guardadas algumas especificidades, concepções positivistas e realistas. Cf., nesse sentido, HABERMAS, *Democracia...*, p. 252 e BONAVIDES, *Curso...*, p. 237.

²⁷³ “Meu projeto também é limitado em outro sentido. Concentra-se na decisão judicial, nos juízes togados (...)”. DWORKIN, *O império...*, p. 16

inadmissível, eis que resvala para a pura discricionariedade do ato de julgamento, liberto de quaisquer outras exigências.²⁷⁴

Contra o pragmatismo, afirma ser este insubsistente por significar, ao contrário do convencionalismo, a negação do dever de observância de qualquer decisão política do passado que signifique prejuízo ao futuro bem-estar da coletividade. Desse modo, se para o convencionalista a convenção é a fonte exclusiva do direito, para o pragmático esta só é fonte jurídica se voltada para a consecução de uma melhor comunidade no futuro.

Resultado desta postura é a completa indeterminação do Direito, transformado em mero instrumento para a realização de uma promessa de felicidade diferida e aplicável pelos juízes apenas na medida em que otimizem esse objetivo.²⁷⁵

Contra tais concepções, busca forjar uma doutrina que reconstrua racionalmente o direito vigente, oferecendo uma visão coerente de sua estrutura à luz de uma concepção principiológica e fraternal²⁷⁶ de comunidade política, aproximando a teoria jurídica da teoria moral. Aproximação esta descrita e explicitada por VERA

KARAM DE CHUEIRI:

“A jurisprudência²⁷⁷ atual se vincula, inexoravelmente, à teoria e à filosofia moral, posto que as questões que se lhe insurgem, são, no seu âmago, questões de princípios morais e não meramente fatos jurídicos. [...]

²⁷⁴ DWORKIN. *O império...*, p. 141 e ss.. É, e.g., o resultado típico da atividade hermenêutica em KELSEN em que essa serve, no máximo, para a fixação do quadro de interpretações possíveis. A solução a ser dada depende, então, da discricionariedade do intérprete, inexistindo qualquer preocupação teórica em discutir padrões racionais de decidir. Cf. o capítulo sobre *interpretação* em KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

²⁷⁵ DWORKIN. *O império...*, p. 185 e ss.

²⁷⁶ Este termo é aqui utilizado na concepção própria do autor que, no contexto de sua obra, se aproxima mais das palavras *agremiação*, *confraria*, denotando certa solidariedade entre os membros componentes. Cf. *Ibidem*, p. 228, n. 13.

²⁷⁷ Jurisprudência no sentido empregado pela autora significa, na tradução do termo em inglês, filosofia do direito. Por suas palavras: “o termo jurisprudência (*jurisprudence*) será utilizado conforme o sentido da tradição jurídica anglo-americana, qual seja, o de filosofia do direito.” Cf. CHUEIRI, Vera Karam de.

Uma jurisprudência sensível, que enfatiza a questão dos princípios (da moral) deve não só mostrar as ligações que se estabelecem entre a prática jurídica e a prática social, mas, também, empreender um programa contínuo de exame e crítica à prática social. A relação entre princípios morais e prática jurídica (entre ética e direito), [...], sofisticada, ao redimensionar, a análise a que são, usualmente, submetidas as questões cotidianas do direito, na medida em que se estabelece um ponte entre a teoria jurídica e a teoria moral, a justificar uma coerente tomada de decisão.²⁷⁸

O ponto central é a idéia de *integridade* que se baseia em dois pressupostos vinculados: em primeiro lugar, a pressuposição de que a comunidade política está fundada no assentimento a princípios de convivência em comum e, em segundo lugar, que o Direito se faz a partir da reconstrução interpretativa das fontes normativas à luz de tal amálgama de princípios.

DWORKIN afirma que uma verdadeira sociedade política existe a partir do reconhecimento de determinados princípios em comum, atinentes a concepções compartilhadas de justiça, equidade e justo processo legal; princípios esses retores da política e do Direito. Recusa, portanto, todas as demais idéias correntes que visam definir diferentemente o modo de ser próprio da comunidade sócio-política, notadamente as que se fundamentam na imperatividade natural do fato associativo ou na pressuposição de uma negociação contratual, estabelecadora de regras estritas pertinentes aos interesses (geralmente antagônicos) em jogo.²⁷⁹

Filosofia do direito e modernidade; Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM Editora, 1995, p. 15, n. 12.

²⁷⁸ CHUEIRI, op. cit., p. 69.

²⁷⁹ Discorda, assim, da noção de *comunidade como uma questão de mera circunstância fática*, eis que este modelo "supõe que os membros de uma comunidade tratam sua associação apenas como um acidente de fato da história e da geografia, entre outras coisas, e, portanto, como uma comunidade associativa que nada tem de verdadeira" (DWORKIN, *O império...*, p. 252), e por isso, "não acrescenta nada, em termos de atitudes especiais de interesse, às circunstâncias que definem uma comunidade política básica. Admite a comunidade entre pessoas que não se interessam umas pelas outras, a não ser como meio de atingir seus objetivos egoístas." (*Ibidem*, p. 255).

Lado outro, também refuta o que denomina *comunidade como uma questão de regras* nos seguintes termos: "Elas [as pessoas] obedecem às regras que aceitaram ou negociaram como uma questão de

O que se tem, em verdade, é a força da criatividade do argumento do autor: a afirmação de que uma sociedade política se cria e se projeta no futuro em função não de uma obrigação mercantil ou de uma evidência natural, mas sim de uma co-responsabilidade fraternal, em que os associados se vêem unidos pelo reconhecimento de princípios que estabelecem o vínculo da dignidade e do respeito mútuos. É a lição de DWORKIN:

“[O modelo acima descrito] Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. [...] Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.”²⁸⁰

Prossegue o autor:

“O modelo de princípios satisfaz todas as nossas condições, pelo menos tão bem quanto qualquer modelo poderia fazê-lo numa sociedade moralmente pluralista. Torna específicas as responsabilidades da cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular [...]. Faz com que essas responsabilidades sejam inteiramente pessoais: exige que ninguém seja excluído; determina que, na política, estamos todos juntos para o melhor ou o pior; que ninguém pode ser sacrificado, como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total. [...] sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa.”²⁸¹

obrigação, e não de mera estratégia, mas admitem que o conteúdo dessas regras esgota sua obrigação. Não consideram que as regras foram negociadas com base em um compromisso comum com princípios subjacentes que são, eles próprios, uma fonte de novas obrigações; pensam, ao contrário, que essas regras representam um acordo entre interesses ou pontos de vista antagônicos. Se as regras são o produto de um negociação especial, como no caso do contrato, cada parte tentou ceder o menos possível para obter o máximo possível em retorno, e seria portanto injusto, e não apenas equivocado, que cada uma delas afirmasse que o acordo abrange tudo que não foi explicitamente acordado.” (DWORKIN, *O império...*, p. 253).

²⁸⁰ DWORKIN, *O império...*, p. 254.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 256.

Nesse caso, há um âmbito peculiar de eticidade ínsito à idéia de comunidade, que a faz responsável em conjunto com seus “associados” pelo desenrolar da vida em comum e das instituições, inspirada pelo escopo da fraternidade. Ou seja, a *integridade* aqui resulta da própria estrutura da convivência política, da essência do estar-se em comunidade e não como mero ideal externo a ser atingido por instituições paralelas tais como o Estado ou o mercado.²⁸² Em verdade, Estado, Direito, Constituição constituem-se, mantêm-se e legitimam-se a partir desta idéia de *integridade*.²⁸³

Obviamente, tal concepção alia-se a uma tematização própria do fenômeno jurídico e da própria filosofia do direito. É justamente neste ponto que se instaura o peculiar rompimento com o positivismo, ao se abandonar por vez o fetichismo legal, afirmando-se que o Direito não se reduz a regras estritas, mas se compõe também de princípios gerais hauridos deste modo de ser próprio da comunidade política e que se encontram de modo especial na Constituição. Ou seja, prevalece “a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global,

²⁸² Neste ponto, torna-se imprescindível negar qualquer tentativa de associar o pensamento de DWORKIN à uma justificativa *organicista* de sociedade. O autor escreve em tempos atuais e professa, obviamente, a obsessão moderna pelo respeito ao *indivíduo*, não como mero membro engendrado em um corpo político superior, mas como célula primeira ao redor da qual gravitam as ordens política e jurídica.

²⁸³ É exatamente devido a esse fato que o autor elenca determinadas obrigações que devem ser observadas por todos, quais sejam:

“Primeiro, devem considerar as obrigações do grupo como *especiais*, dotadas de um caráter distintivo no âmbito do grupo, e não como deveres gerais que seus membros devem, igualmente, a pessoas que não pertencem a ele. Segundo, devem admitir que essas responsabilidades são *pessoais*: que vão diretamente de um membro a outro, em vez de percorrerem o grupo todo em um sentido coletivo. [...]

Terceiro, os membros podem ver essas responsabilidades como decorrentes de uma responsabilidade mais geral, o interesse que cada um deve ter pelo bem-estar de outros membros do grupo; devem tratar as obrigações específicas que surgem apenas em circunstâncias especiais, como a obrigação de ajudar um amigo com graves problemas financeiros, como decorrência e expressão de uma responsabilidade mais geral, que se manifesta de diferentes maneiras através da associação. [...]

Quarto, os membros devem pressupor que as práticas do grupo mostram não apenas interesse, mas um *igual* interesse por todos os membros. Nesse sentido, as associações fraternais são conceitualmente *igualitárias*.” DWORKIN, *O império...*, p. 242.

fundado em princípios. Uma comunidade de princípios, fiel a essa promessa, pode reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade associativa [...].²⁸⁴

Trilhando os argumentos acima dispostos, justifica o autor, pois, a pretensão primeira de legitimar o uso da força, cujo fundamento, se ainda não estiver claro, resta explicado por VERA KARAM DE CHUEIRI:

“A comunidade personificada como um agente moral confere legitimidade para o uso da força, na medida em que *executantes* e *executados* repartem o mesmo sentimento de respeito perante o todo, o qual é pautado pela virtude política da integridade. [...]

Os cidadãos internalizam a comunidade, suas relações serão governadas pelos padrões públicos. Isto significa que cada cidadão deve buscar um esquema de princípios (padrões públicos), a que deve se manter fiel, identificado como o esquema da comunidade.²⁸⁵

Nesse contexto, a função do operador do Direito é perscrutar, dentre as fontes normativas que regem o caso em análise, a estrutura correta em que se conjugam regras e princípios jurídicos para fazê-los conexos com o que disciplina o modelo ideal de comunidade política descrito acima e, com isso, realizar a justiça no caso.

Como visto, tanto ALEXY como DWORKIN ressaltam a peculiar característica dos *princípios* como *normas jurídicas*. Entretanto, pode-se afirmar que sua mais importante contribuição foi, ao discutir as diferenças entre as duas espécies de norma, lançar diretrizes no que tange ao modo de aplicabilidade destas na solução de conflitos concretos.

Ambos escrevem quando já estão razoavelmente assentadas as conclusões pela juridicidade dos *princípios*, restando, então, enfrentar a seguinte pergunta: se tanto as regras como os princípios são tipos de norma, qual a diferença entre ambos,

²⁸⁴ DWORKIN, *O império...*, p. 258.

²⁸⁵ CHUEIRI, op. cit., p. 124.

principalmente no que toca ao âmbito do fazer hermenêutico? Ou seja, como se deve interpretar e aplicar esses preceitos?²⁸⁶

Vejam, pois, discussão a respeito das diferenças entre as *regras* e os *princípios* que leva, obrigatoriamente, ao debate sobre sua aplicabilidade e, com isso, ressalta o vínculo entre a Hermenêutica Constitucional e a Teoria da Argumentação Jurídica.

II.2.2 A Distinção entre Regras e Princípios e a Questão de sua Aplicabilidade

Na doutrina, variadas são as tentativas de distinção entre as *regras* e os *princípios*, haja vista as diferentes concepções a respeito desses, consubstanciadas nos três paradigmas interpretativos – jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo – acima demonstrados. CANOTILHO reúne os critérios de distinção em cinco itens, a saber:

“Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre *regras* e *princípios*, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.

a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.

²⁸⁶ MARCELO CAMPOS GALUPPO define esse novo desafio quanto à ALEXY, mas que influencia igualmente a DWORKIN, nos seguintes termos: “O problema já não é sobre sua normatividade, questão superada há muito tempo, mas acerca de sua aplicação. Admite-se, de forma geral, que os princípios jurídicos, mesmo não expressos, são aplicáveis para a solução de conflitos jurídicos. Mas o problema é: como os aplicar? E o que fazer em caso de um conflito na aplicação de princípios divergentes?”. GALUPPO, *Princípios jurídicos e a solução...*, p. 135.

c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) *'Proximidade' da ideia de direito*: os *princípios* são 'standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'ideia de direito' (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

f) *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.²⁸⁷

A grande importância de ALEXY e DWORKIN foi renovar a discussão a respeito dessa diferença, sobretudo quanto à concepção de que os princípios se distinguiriam das regras por serem generalizações das mesmas, aplicáveis igualmente a todas as situações jurídicas. Ambos vão sustentar uma forte distinção entre essas espécies normativas não mais baseada em tal critério de generalidade, mas em virtude de sua aplicabilidade. Ou seja, regras e princípios são aplicáveis às situações concretas de maneira distinta.²⁸⁸

²⁸⁷ CANOTILHO, *op. cit.*, ps. 1086 e 1087. Cf., também a análise que MENELICK DE CARVALHO NETTO faz quanto às diferenças e aplicabilidade das normas no paradigma do Estado Democrático de Direito. NETTO, Menelick de Carvalho. "Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito". In *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da U.F.M.G., v. 3, 1999.

²⁸⁸ Quanto a isso ALEXY é extremamente claro ao mencionar as três teses relacionadas ao tema: "Sobre la base de este tipo de criterios son posibles tres tesis totalmente diferentes sobre la distinción entre reglas y principios. La primera reza: todo intento de dividir las normas en dos clases, la de las reglas y la de los principios, es vano debido a la pluralidad realmente existente. Esto se mostraría, por ejemplo, en el hecho de que los criterios propuestos, de los cuales algunos sólo permiten distinciones de grado, son combinables entre si de la manera que se desee. Así, no habría ninguna dificultad en imaginar una norma que tuviera un alto grado de generalidad pero que no fuera aplicable sin más, que no hubiera sido establecida expresamente, que lleve en la frente su contenido valorativo, presente una estrecha relación com la idea del derecho, tenga gran importancia para el ordenamiento jurídico y encuentre aplicación como fundamento de reglas y como criterio para la evaluación de argumentos jurídicos. A ello se agregaría el hecho de que aquello que estos criterios, tomados en sí mismos, separan es, a su vez, de un tipo muy heterogéneo. Por ello, habría que dirigir la atención a las numerosas similitudes y diferencias, analogías y desemejanzas que se encuentran dentro de la clase de las normas, algo que podría ser captado mejor com el concepto wittgensteiniano de *parecido de familia* que com la división en dos clases. La

ALEXY, em sua expressão, contradiz a “tese fraca da separação” (diferença de grau), para sustentar a “tese forte da separação” (diferença de tipo qualitativo).²⁸⁹ Para o autor as *regras* são “normas que sólo pueden ser cumplidas o no” e por isso, contém “*determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible*”.²⁹⁰ Ou seja, sendo válidas, há de se realizar o que determinam de uma maneira absoluta. Por outro lado, os *principios* são “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” e, por isso, são considerados *mandados de otimização*. Ou seja, diferentemente das regras, podem ser cumpridos em graus diferentes dependendo do contexto (fático e jurídico) em que se aplicam.²⁹¹

Segue o autor demonstrando que tais diferenças se mostram de uma maneira mais clara nas hipóteses de confronto normativo para a regência de um caso concreto, ou seja, quando duas normas, ao serem aplicadas ao caso, conduzem a resultados contraditórios. O *conflicto de regras*, pelo fato de conterem *determinações* absolutas para cumprimento, só pode ser resolvido de duas maneiras: a) introduzindo uma cláusula de exceção em uma das regras, ou b) declarando uma delas inválida.²⁹² Um exemplo hipotético é a existência de duas normas, uma *proibindo* determinada conduta

segunda tesis es sostenida por quien considera que las normas pueden dividirse de una manera relevante en la clase de las reglas y la de los principios pero, señala que esta distinción es sólo *de grado*. Partidarios de esta tesis son, sobre todo, los numerosos autores que piensan que el grado de generalidad es el criterio decisivo. La tercera tesis dice que las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe no sólo una diferencia gradual sino *cualitativa*. Esta tesis es correcta. Existe un criterio que permite distinguir con toda precisión entre reglas y principios. Este criterio no se encuentra en la lista presentada pero, explica la mayoría de los criterios en ella contenidos como típicos de principios, aun cuando no sean los decisivos. Cabe presentarlo ahora.” ALEXY, *Teoria...*, ps. 85 e 86.

²⁸⁹ ALEXY, *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993, p. 11. Cf., igualmente, para uma descrição dessa diferenciação entre *regras* e *principios*, bem como a questão de sua aplicabilidade, HABERMAS, *Democracia...* e GALUPPO, Marcelo Campos. “Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação”. In *Revista de Informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, an. 36, n. 143, ps. 191-209, julho/setembro, 1999.

²⁹⁰ ALEXY, *Teoria...*, p. 87.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 86.

²⁹² *Ibidem*, p. 88.

e outra *obligando* o mesmo comportamento. Todavia, o mesmo não pode ser aduzido quanto às *colisões de princípios*. Nestas, em função das circunstâncias concretas, não serão necessárias nem a inclusão de uma cláusula de exceção, nem a declaração da invalidez de um dos princípios concorrentes. Em verdade, deflagrada a colisão, um princípio deve ceder lugar ao outro em virtude desse possuir maior “peso” em relação ao contexto e, portanto, firmar uma relação de *preferência condicionada ao caso*.²⁹³

Desse confronto de princípios, ALEXY vai derivar dois outros conceitos centrais em sua teoria: o da *ponderação* e o da *lei de colisão*, explicitados com a ajuda do exemplo fornecido pelo próprio autor. Imagine-se a seguinte situação: a necessidade da realização de uma audiência oral para a instrução de um determinado processo penal e a possibilidade de morte do intimado pelo fato de ser premente a ocorrência de seu enfarto dada a tensão resultante dessa obrigação (colisão entre o princípio da instrução processual integral e o do direito à vida). Como os princípios não possuem uma relação de prioridades absolutas e, sim, relativas, *condicionadas* ao contexto, o aplicador deverá *ponderar* os distintos interesses em jogo para saber qual deles possui maior *peso* no caso concreto.²⁹⁴

Importa sublinhar que o autor faz questão de ressaltar que essa *ponderação* deve ser feita de modo discursivamente racional²⁹⁵ e, por isso, faz referência explícita à

²⁹³ ALEXY, *Teoria...*, ps. 89 e ss..

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 90.

²⁹⁵ Para ALEXY, a idéia de um discurso racional se apresenta da seguinte forma: “Un discurso racional práctico es un procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos. La racionalidad del discurso se define por un conjunto de reglas del discurso. Estas reglas garantizan el derecho de cada ser humano a participar en el discurso y el derecho de cada participante de presentar y criticar cualquier argumento. Otras reglas, por ejemplo las que prohíben contradicciones o las que exigen claridad lingüística, la verdad empírica, la consideración de las consecuencias y la investigación de la génesis de las convicciones normativas, no son de especial interés aquí. Para el argumento que quiero presentar ahora, sólo necesito la idea de libertad e igualdad *en los argumentos*, que es la base normativa de la teoría del discurso. La teoría del discurso sostiene que una argumentación que excluye o suprime personas o argumentos – excepto por razones pragmáticas que tienen que ser justificadas- no es una argumentación racional, y que las justificaciones que se obtienen de la misma son defectuosas.”. *Idem, Derecho...*, p. 34. Cf., también, *Ibidem*, p. 553 e ss..

vinculação da teoria dos princípios com a *regra* (ou *máxima*) da *proporcionalidade*, concebendo-a como um dos critérios centrais na configuração de dita racionalidade. Essa regra vai implicar a necessidade de observação de três sub-regras derivadas, a saber: *regra da adequação*, *regra da necessidade* e *regra da proporcionalidade em sentido estrito*. Toda *ponderação de interesses*, pois, para ser considerada *racional* na solução de uma colisão de princípios, deve ser, ao mesmo tempo, *adequada*, *necessária* e *proporcional*.²⁹⁶

Se a ponderação leva, no contexto específico, a uma relação justificada de preferência condicionada de um princípio sobre o outro, então, para o autor, esse *status quo* pode ser traduzido formalmente em uma *lei*, chamada *lei de colisão*:

Se um determinado Princípio P1 (e.g., direito à vida), em relação a certas circunstâncias C (e.g., intimação para audiência oral, risco comprovado de enfarto, etc.), precede ao Princípio P2 (e.g., instrução processual integral) e disso resulta a consequência R (e.g., aplicabilidade do P1 com seus efeitos práticos no caso, como cassação do mandado de intimação, etc.), pode-se afirmar que C é o pressuposto fático e R a consequência jurídica. Portanto, a Lei de Colisão pode ser assim enunciada: ocorridas as circunstâncias concretas C o resultado específico será R (C → R). Ou, de modo menos técnico: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a outro

²⁹⁶ “[...] los derechos fundamentales basados en principios implican una estructura racional de argumentación orientada a través del concepto de ponderación, y que una estructura racional de argumentación jurídica implica que los derechos fundamentales tienen que basarse en principios.”. ALEXY, *Derecho...*, p. 34; *Idem, Teoria...*, p. 111.

constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.”²⁹⁷

Para o autor, as principais conseqüências da afirmação dessa *lei de colisão* podem ser definidas da seguinte maneira: a) comprovar o caráter dos princípios como mandados de otimização, o que significa afirmar, *a uma*, a inexistência de relações absolutas de preferências e, *a duas*, a impossibilidade de quantificação das ações e relações a que se referem,²⁹⁸ e b) auxiliar a decisão de novos casos.²⁹⁹

Em resumo, tanto as *regras* quanto os *princípios* são consideradas *razões normativas* (mandados) para juízos concretos de dever ser (razões para decisões), mas de tipos qualitativamente diferentes: as *regras* são consideradas *razões definitivas*,³⁰⁰ eis que “exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena”,³⁰¹ e os *princípios* são vistos como *razões prima facie*,³⁰² pelo fato de ordenarem “que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas”.³⁰³

Outra conclusão de ALEXY derivada da análise da colisão de princípios – em nítido confronto com a teoria de DWORKIN, como se verá mais abaixo – é que para ele a ponderação, ainda que como procedimento racionalmente justificado, não leva à possibilidade de definição de uma única solução correta para cada caso, mas apenas a uma solução discursivamente aceitável.³⁰⁴ Denomina sua posição de “teoria fraca dos

²⁹⁷ ALEXY, *Teoria...*, p. 94. O autor vai afirmar inclusive que “como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental adscripta con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso”. *Ibidem*, p. 98.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 95.

²⁹⁹ *Idem*, *Derecho...*, p. 17.

³⁰⁰ *Idem*, *Teoria...*, p. 103; *Idem*, *Derecho...*, p. 27.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 99.

³⁰² *Ibidem*, p. 103; *Idem*, *Derecho...*, p. 27.

³⁰³ *Ibidem*, p. 99.

³⁰⁴ *Idem*, *Derecho...*, ps. 15, 19 e ss., 34; *Idem*, *Teoria...*, p. 551.

princípios”, muito embora afirme categoricamente a funcionalidade da manutenção do postulado da única resposta certa como ideal regulador. De acordo com ele:

“Las reflexiones anteriores muestran que es imposible una teoría fuerte de los principios de forma que determine para cada caso precisamente una respuesta.[...] Pero de todos modos es posible una teoría débil de los principios. Esta, sin embargo, no determina para cada caso una única respuesta correcta. Sin embargo, la idea de una única respuesta correcta no tiene por qué ser abandonada.”³⁰⁵

Em outra passagem, reforça a posição:

“En todo caso, está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga sin embargo a renunciar a la idea de la única respuesta correcta, sino que únicamente da ocasión para determinar su *status* com más precisión. El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, independientemente de sí existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta. Las respuestas que se encuentren, en el marco de este intento, sobre la base del nivel de la regla y de los principios, de acuerdo com los criterios de la argumentación jurídica racional, que incluyen los de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos relativamente correctas.”³⁰⁶

Provavelmente a maior crítica ao pensamento de ALEXY deriva de sua concepção dos princípios como mandados de otimização, o que, para alguns

³⁰⁵ ALEXY, *Derecho...*, p. 19.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 22.

doutrinadores, demonstra não ter o autor conseguido delimitar as fronteiras que separam *normas jurídicas de valores*.

ALEXY chega a mencionar que os *princípios*, na medida em que são mandados (ordens), impõem um dever ser e por isso são conceitos *deontológicos*, ao passo que os *valores*, eis que relativos à categoria do *bom*, são conceitos axiológicos.³⁰⁷ Não obstante a diferenciação, muitos teóricos vão postular a ausência de uma definição estreita entre ambos, em virtude de várias passagens das obras do autor.³⁰⁸

A crítica mais contundente vem sem dúvida de JÜRGEN HABERMAS para quem, concepções como a de ALEXY, acabam por diluir a Constituição em uma “ordem concreta de valores” com a flagrante perda de segurança jurídica e acréscimo do relativismo. Consoante nos diz:

“Essa interpretação [como a proposta de ALEXY] vem ao encontro do discurso da ‘ponderação de valores, corrente entre jurista, o qual, no entanto, é frouxo. Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraído da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim. E, uma vez que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional perante outros valores, a interpretação ponderada do direito vigente se transforma numa *realização* concretizadora *de valores*, referida a casos [...].

Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico ao passo que os

³⁰⁷ ALEXY, *Teoria...*, ps. 139 e ss.

³⁰⁸ Passagens que poderiam ser citadas como exemplo dessa hesitação: “Es fácil reconocer que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores.” (*Idem, Teoria...*, p. 138) e “Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. La única diferencia consiste en que la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto *deontológico*, y en outro caso bajo un aspecto *axiológico*. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de los valores.” (*Idem, Derecho...*, p. 16).

valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação a proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo 'sim' ou 'não', ou abster-nos do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor. A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim).[...]

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.[...]

Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes.³⁰⁹

Não obstante, ALEXY tem uma posição de destaque no que se convencionou chamar de “concepções principialistas” do Direito, sobretudo com a afirmação de que os princípios não são normas generalíssimas que se aplicam a todas as situações, mas apenas a determinados circunstâncias.

³⁰⁹ HABERMAS, *Democracia...*, ps. 315 e ss.. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*; por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, ps. 138 e ss. e GALUPPO, *Os princípios jurídicos no Estado...*, p. 195. Para uma discussão sobre o *contrapeso de valores* face à

Assim, MARCELO CAMPOS GALLUPO lista duas conclusões a serem extraídas

do pensamento de ALEXY

“Há algumas conclusões que podemos tirar de todas estas idéias de Alexy. A primeira delas é que os princípios jurídicos, entendidos como mandados de otimização, não se diferenciam das regras por serem mais genéricos, mas por serem normas de tipos diferentes. Os princípios são normas *prima facie* que se aplicam na maior medida possível. As regras, normas definitivas que se aplicam ou não. Isto quer dizer, por sua vez, que as regras se aplicam em qualquer contexto em que ocorrerem as condições (fáticas e jurídicas) previstas pela própria regra para sua aplicação, e que se duas regras conflitantes são aplicáveis no mesmo contexto, então uma delas deve ser tida por revogada (integral ou parcialmente). Já o conflito de princípios no caso concreto não implica a revogação de um deles. Apenas o juiz terá que justificar porque, naquele caso, um princípio tem precedência sobre o outro, tendo em vista as condições envolvidas pela questão.

A outra conclusão, certamente muito mais radical, é que, ao contrário do que pensavam Del Vecchio e Bobbio, os princípios jurídicos não são normas que se aplicam em todos os contextos. Ao contrário, como a precedência de um princípio sobre outro depende das condições fáticas e jurídicas envolvidas, isto significa que os princípios não se aplicam em todos os contextos que, à primeira vista, regulam, mas têm sua aplicação condicionada em certa medida pelo contexto.”³¹⁰

DWORKIN, ao afirmar, como visto, o conceito de *Integridade* no Direito, também filia-se aos autores que sustentam a normatividade dos *princípios*, porém apresenta uma justificação diferenciada para a questão da aplicabilidade dos mesmos.

Utiliza o autor a noção de interpretação construtiva como modo adequado de realizar a grandiosa tarefa de arquitetar as fontes normativas, a fim de que possam representar a melhor justificativa para a aplicação do direito ao caso concreto e, assim, determinar a única resposta correta ao mesmo. Afirma DWORKIN:

jurisprudência de interesses e à concretização, cf. ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, ps. 413 e ss..

³¹⁰ GALUPPO, *Princípios jurídicos e a solução...*, ps. 141 e 142.

“Defenderei aqui uma solução diferente: a de que a interpretação criativa não é conversacional, mas *construtiva*. [...] Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam.”³¹¹

Observe-se que a noção de reconstrução interpretativa do Direito resgata a continuidade histórica das tradições e decisões jurídicas, na medida em que estas sejam adequadas aos princípios regentes da comunidade política. Interessante são as duas analogias que DWORKIN cria para exemplificar essa idéia.

A primeira delas é a identificação do juiz ideal com a figura mítica de Hércules devido a relevância e a grandiosidade do modelo de prestação jurisdicional que fundamenta³¹² e, a segunda, é o “romance em cadeia”, analogia em relação ao modo como deve o juiz decidir o caso concreto. Pelas suas palavras

“Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”³¹³

Nesse gênero o resultado final da decisão judicial deve ser afinada com a história do direito produzida ao longo do tempo no interior da comunidade política, desde que reconstruída à luz de seus princípios informadores.³¹⁴ Certamente, isso não significa uma submissão dogmática à história, mas a possibilidade de sua renovação a partir da vinculação da idéia de *integridade* com o conceito de *coerência*. Ressalte-se,

³¹¹ DWORKIN. *O império...*, p. 65.

³¹² Cf., principalmente, DWORKIN, *Los derechos...*, ps. 177 e ss. e *Idem*, *O império...*, ps. 379 e ss..

³¹³ DWORKIN. *O império...*, p. 276.

também, que essa coerência não se restringe apenas a decidir casos semelhantes de modo igual. Como afirma:

“Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira)? Se um instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é ao mesmo tempo, mais e menos. 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. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.”³¹⁵

Nesse sentido, a exigência de integridade e coerência no julgamento importa considerar o Direito como um todo e não como uma série desconexa de decisões que possam ser tomadas de modo desvinculado,³¹⁶ para com isso requerer que “nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios [...]”³¹⁷

O direito aplicável será, pois, resultado não de uma observação miope de regras restritas a reduzidas hipóteses de incidência, nem de uma utilização frouxa de seus preceitos tendente a prejudicar a segurança jurídica em prol de uma diferida e questionável promessa de bem-estar, mas fruto de uma concepção que presta deferência à segurança jurídica e, lado outro, consagra sua legitimidade.

Para JÜRGEN HABERMAS:

³¹⁴ É o que chama de dimensão da adequação e dimensão do ajuste à melhor leitura da obra analisada, considerados todos os aspectos em questão. Cf., *Idem, O império...*, ps. 277 e 278.

³¹⁵ *DWORKIN, O império...*, ps. 263 e 264.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 203.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 261.

“Uma tal teoria reconstrutiva do direito deve ser suficientemente seletiva, a fim de permitir precisamente uma decisão correta, a qual define quais as pretensões que um partido pode fazer valer no quadro da ordem jurídica existente, o que equivale a dizer quais os direitos que lhe competem objetivamente. A teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional no presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça.”³¹⁸

A importância fundamental é que, com essa noção de *coerência*, DWORKIN afasta-se da concepção de *princípios como mandados de otimização*, associados a uma natureza gradual, mas reafirma a natureza dos mesmos como *mandados deontológicos*, ou seja, dotados de uma natureza binária: aplicam-se ou não ao caso concreto, inexistindo qualquer relação de hierarquia – de *preferência condicionada* – entre eles. Vejamos.

Para DWORKIN as *regras* aplicam-se de maneira disjuntiva (“ou tudo ou nada”) e, portanto, regulam a própria hipótese de sua aplicação, ao passo que os *princípios*, ao contrário, não podem estabelecer as suas condições de aplicabilidade, eis que enunciam apenas uma razão em determinada direção, sem exigir uma decisão concreta. Como afirma:

“La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. [...]

Pero no es así como operan los principios mostrados anteriormente. Ni siquiera los que más se asemejan a normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. [...]

³¹⁸ HABERMAS, *Democracia...*, p. 264.

Un principio como 'Nadie puede beneficiarse de su propio delito' no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más, bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular. Si un hombre tiene algo o está a punto de recibirlo, como resultado directo de algo ilegal que hizo para conseguirlo, ésa es una razón que la ley tendrá en cuenta para decidir si debe o no coservarlo. Pude haber otros principios o directrices que apunten en dirección contraria; por ejemplo, una directriz de aseguramiento de derechos o un principio que limite la pena a lo estipulado por la legislación. En tal caso, es posible que nuestro principio no prevalezca, pero ello no significa que no sea un principio de nuestro sistema jurídico, porque en el caso siguiente, cuando tales consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo. Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a incliarse en uno u otro sentido.³¹⁹

Deve-se tomar o cuidado, sobretudo quanto a algumas conclusões extraídas dessa diferença, de não se precipitar em concluir pela identidade de posições entre DWORKIN e ALEXY. Esse perigo resta ainda mais latente quando DWORKIN afirma categoricamente que os *princípios* têm uma dimensão de *peso* e que, na resolução de seus conflitos, importa ter em conta os pesos relativos de cada um dos que se aplicam à situação.³²⁰

Não se pode confundir essa *dimensão relativa de pesos* com a qualidade dos princípios como *mandado de otimização*, próximos da estrutura dos valores, como acima se descreveu. Isso porque, para DWORKIN, o conflito de *princípios* não se resolve a partir do estabelecimento de *prioridades* como na teoria de ALEXY, e sim, por um critério de *coerência*. Ou seja, tal conflito não é verdadeiramente uma *colisão*, porque não se trata de *contradição* entre princípios válidos, mas de *concorrência* dos mesmos para a regência do caso. De acordo com ele:

³¹⁹ DWORKIN, *Los derechos...*, ps. 74 e ss..

“Força-nos a considerar um aspecto da exigência de adequação que deixei para mais tarde, a distinção fundamental entre competição e contradição entre princípios. [...]

Esses são princípios independentes, e considerá-los contraditórios seria um grave mal-entendido da lógica dos princípios. Não é incoerente reconhecê-los como princípios; pelo contrário, qualquer ponto de vista moral seria falho se negasse um dos dois impulsos. Em alguns casos, porém, vão entrar em conflito, e a coerência então exige um sistema não arbitrário de prioridade, avaliação ou acomodação entre eles, um sistema que reflita suas fontes respectivas em um nível mais profundo de moral política.

[...] Nenhuma interpretação geral que negasse qualquer um deles seria plausível; a integridade não poderia ser atendida se um deles fosse totalmente desautorizado.”³²¹

Outro aspecto interessante é que DWORKIN lança mão de outro *standard* normativo ao lado das *regras (rules)* e dos *princípios (principles)*: são os chamados *argumentos políticos (policies)*. Suas características diferenciais dão-se do seguinte modo: a) os *argumentos políticos* “justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo”³²² e, por isso, propõe um objetivo (econômico, político, social) coletivo;³²³ b) os *argumentos de princípios* “justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo”³²⁴ e, por isso, devem ser observados, não porque se refiram a algum projeto coletivo de interesse da comunidade como um todo, mas porque é uma exigência da justiça, da equidade ou outra dimensão da moral.³²⁵

Como consequência dessa diferenciação, DWORKIN vai sustentar que para a solução dos chamados casos difíceis (*hard cases*), em que não há claramente uma

³²⁰ DWORKIN, *Los derechos...*, p. 77.

³²¹ *Idem*, *O império...*, p. 238.

³²² *Idem*, *Los derechos...*, p. 148.

³²³ *Ibidem*, ps. 72.

³²⁴ *Ibidem*, p. 148.

³²⁵ *Ibidem*, p. 72. De um modo mais sintético: “Los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo colectivo. Los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos.” *Ibidem*, p. 158.

norma que dite uma decisão em determinado sentido,³²⁶ só poderão ser invocados pelo juiz os argumentos de *princípios* e não os de *política*.³²⁷ Essa *tese dos direitos* representa no conjunto da teoria uma reverência à proteção da dimensão individual face às pretensões do corpo coletivo, uma das características basilares do constitucionalismo moderno, prova mais uma vez das relevantes contribuições desse autor ao estudo de tais temas.³²⁸

KLAUS GÜNTHER segue a tradição de DWORKIN a fim de desenvolver o que chama de *senso de adequabilidade*: nominalmente a necessidade de adequabilidade do discurso normativo na situação de aplicação que traduz a obrigatoriedade de seguir os *princípios* corretos e aplicá-los imparcialmente na medida em que são consideradas todas as circunstâncias particulares do caso.³²⁹

A preocupação inicial é demonstrar a existência de dois níveis discursivos no Direito que demandam a observação de dois tipos de racionalidade diferentes:

a) *os discursos de justificação*, tipicamente legislativos, cuja dimensão de *validade* é afirmada a partir da sua possibilidade de universalização face à abstração artificial das diferentes situações de aplicação (“*under unchanging circumstances*” – “*others things being equal*”); e

b) *os discursos de aplicação*, tipicamente jurisdicionais e executivos, cuja dimensão de *adequabilidade* é afirmada a partir da possibilidade de sua

³²⁶ Cf., e.g., DWORKIN, *Los derechos...*, ps. 146 e 149; *Idem*, *O império...*, p. 306.

³²⁷ Cf., e.g., *Idem*, *Los derechos...*, p. 150.

³²⁸ Em sentido similar, MARCELO GALUPPO, ao vincula essa *tese dos direitos* com a exigência democrática: “Na prática, por causa da exigência de Integridade, apenas os argumentos de princípio podem desempenhar a tarefa de resolver os casos difíceis sem se comprometer a democracia. [...] Não que os argumentos de orientação política não justifiquem direitos: apenas não podem fazê-lo nos casos difíceis, quando não existe uma regra clara à disposição da aplicação judicial, pois, nas democracias contemporâneas, o estabelecimento de políticas não é competência primária do poder judiciário, cuja função é a decisão sobre a controvérsia acerca de *direitos*.” GALUPPO, *Os princípios jurídicos no Estado...*, p. 199.

individualização face à consideração de todas as circunstâncias concretas envolvidas no momento de aplicação (“*considering all the circumstances*” – “*all things considered*”).³³⁰

Consoante se percebe, há uma atenção redobrada ao contexto concreto, à situação de aplicação, eis que a adequabilidade ou não das normas que em tese podem reger o caso só pode ser verificada após a descrição completa, integral, do contexto particular de aplicação.³³¹ Ou seja, essa assertiva sustenta a tese de que a análise detida de todas as características envolvidas no caso concreto leva inevitavelmente a um conflito de normas que concorrem entre si para a sua solução.³³²

Nesse ponto, GÜNTHER vai pautar sua descrição da diferença específica entre *regras* e *princípios* recorrendo a KURT BAIER, para definir ambos como tipos diferenciados de razões, as *primeiras* como *razões prima facie* e os *segundos* como *razões comparativas*:

“The difference between the two stages is expressed in the two corresponding types of reasons: *prima facie* reasons and reasons on balance. The first type simply justifies the presumption that an action ought (not) to be carried out [...]. Baier designates reasons on balance as those which propose that, *all things considered*, we ought or ought not to do something. In this way, the proponent expresses the conviction that ‘no other contrary reason could be offered capable of overriding the reason or reasons on which he bases his judgment.’”

Baier extends this distinction between the two types of reasons to the meaning of their validity. A norm which is a *prima facie* reason has, accordingly, only the character of a ‘*prima facie* ought’, whereas the predicate of balance characterizes na ‘*ought on balance*’.”³³³

³²⁹ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993, p. xvii.

³³⁰ *Ibidem*, ps. 219 e ss..

³³¹ *Ibidem*, p. 217.

³³² *Ibidem*, p. 204.

³³³ *Ibidem*, p. 208.

Portanto, o problema da concorrência entre tais normas apenas tem sentido em função do discurso de aplicação e não em função do discurso de justificação, ou seja, trata-se de uma questão de *adequabilidade* e não de *validade*.³³⁴ Desse modo, pelo fato dos princípios, ao contrário das regras, não regulamentarem sua própria situação de aplicação e em virtude da necessária concorrência normativa advinda da completa descrição do contexto situacional, *todos os juízos de adequabilidade* – portanto, todos os discursos de aplicação – devem ser argumentativamente *justificados*.

GÜNTHER, assim, dá um passo além de ALEXY, pois os princípios não são vistos como normas que se aplicam previamente a contextos específicos: toda aplicação de princípios, presente em toda decisão de litígios concretos, deve ser *necessariamente justificada*. Ou melhor – de modo ainda mais inovador – todo discurso de aplicação deve justificar a adequabilidade das normas – tanto *regras* como *princípios* – que concorrem para a sua solução em virtude da consideração de todas as circunstâncias envolvidas no processo. É o que pode ser extraído da seguinte passagem, em que GÜNTHER deixa claro que a possibilidade de aplicação de qualquer norma a um determinado contexto depende menos dela do que da descrição apropriada das circunstâncias peculiares do caso:

“It remains unclear why this type of appropriateness argumentation should be prescribed by the structure of principles. That certain norms require appropriateness argumentation only becomes apparent in application situations themselves. The requirement that a norm be applied relative to the actual and normative (legal) possibilities in a situation can however be directed at *every* norm. It does not depend on the norm itself whether we apply it with or without consideration of the particular circumstances of a situation.”

³³⁴ GÜNTHER, *op. cit.*, p. 212.

Para tanto, o autor vai ressaltar o que denomina “elementos da lógica da argumentação de adequabilidade”,³³⁵ a fim de que se possa fazer justiça na solução de problemas concreto em respeito à racionalidade da decisão, a saber:

a) *Completa descrição da situação*: como anteriormente mencionado, significa uma atenção redobrada na composição dos elementos fáticos e jurídicos que compõem o caso concreto. Isso importa, ao mesmo tempo, exaurir a variação semântica (de significados) das normas em função dessa descrição e, como consequência, justificar a seleção dos fatos relevantes ao caso. Como afirma:

“For this, we need a complete description of the situation – even though it is often the case that this can only be *discovered* by our determining the extension of possible semantic variantes. Precisely because selecting this or that feature of a case’s circumstances is always connected with the determination of a meaning, this decision on selection has to be able to be justified with respect to all the other features of the situation.

[...] The principle of impartial norm application thus states in this case that the norm is to be applied on exhausting all the semantic possibilities which can be obtained in a complete description of the situation.”³³⁶

b) *Coerência normativa*: o conflito de normas para a regência do caso resolve-se não pela predeterminação de um conteúdo material que seja hierarquicamente superior (*otimizado*) e por isso, dotado de uma preferência para aplicabilidade, mas em virtude de sua *adequabilidade* ao caso. O postulado é, novamente, ausência de contradição entre as normas, mas plena *concorrência* para saber-se qual (is) é (são) a (s) mais adequada (s) à regência. GÜNTHER, então, propõe um critério formal para a justificação da racionalidade da decisão:

³³⁵ GÜNTHER, *op. cit.*, p. 229.

³³⁶ *Ibidem*, ps. 235 e 236.

“If this description of the logic of appropriateness argumentation is correct, then a norm can be applied in consideration of all the circumstances if it is compatible with the application of all the other norms in a situation and with all the semantic variants possible in a situation. Thus, the formal criterion for appropriateness can only be the coherence of the norm with all the other norms and semantic variants applicable in the situation.”³³⁷

Os efeitos relacionados a essa contribuição de GÜNTHER podem ser descritos, com o auxílio de MARCELO GALUPPO, como exigências de respeito ao pluralismo insito às Democracias constitucionais contemporâneas:

“A concorrência entre os princípios constitucionais revela uma característica fundamental da sociedade em que existe um Estado Democrático de Direito: não é possível hierarquizar os princípios constitucionais porque são, todos eles, igualmente valiosos para a auto-identificação de uma sociedade pluralista. É o conjunto deles, e não um ou outro, que revela quem somos e quem queremos ser. A concorrência dos princípios deriva do fato que nossa identidade é uma identidade pluralista.”³³⁸

II.2.3 A Hermenêutica como Concretização

Em consonância ao que foi delineado em todo esse capítulo, podemos redefinir o âmbito da Hermenêutica Constitucional (o âmbito do fazer hermenêutico no Direito) como *concretização*, ou seja: processo de reconstrução do Direito aplicável ao caso, à luz do padrão constitucional e através de um procedimento argumentativo e racionalmente controlável.³³⁹

³³⁷ GÜNTHER, *op. cit.*, p. 242.

³³⁸ GALUPPO, *Os princípios jurídicos no Estado...*, p. 205.

³³⁹ Duas observações necessárias: *primeira*, muito embora seja certo que, no plano institucional do Estado, todos os poderes públicos realizam compreensão, interpretação e aplicação do Direito, vamos nos restringir, por questões metodológicas, à análise do fazer hermenêutico na esfera específica da jurisdição.

Na intenção de que se possa desenvolver melhor esse conceito, será necessário sublinharmos algumas observações importantes, notadamente quanto ao conceito de *norma* a ser utilizado e quanto à qualidade do intérprete, ou melhor, do operador evolvido.

A preocupação geral com o caso concreto, com a situação de aplicação, é, como se sabe, uma nota corrente nas posições que postulam uma concepção principialista do Direito.³⁴⁰ A importância disso pode ser vista, *e.g.*, na afirmação de certos autores de que as próprias circunstâncias fáticas integram o conceito de *norma*. Aqui, então, devemos ressaltar a relevância dessas conclusões originais, sobretudo na obra de FRIEDRICH MÜLLER.

MÜLLER faz uma distinção importantíssima entre *texto* e *norma* que gera uma diferença entre *validade* e *normatividade*. Para ele, a norma não se identifica com o texto do preceito jurídico, mas é o resultado de um processo de *concretização*, metodologicamente estruturado, em que atuam outros elementos definidores da normatividade, notadamente, as circunstâncias fáticas relacionadas ao caso concreto.³⁴¹

Por outro lado, há também uma justificativa pragmática deste corte epistemológico: se realmente, como nos diz PIERO CALAMANDREI, “o juiz é o direito feito homem”, importa, então, observar a prática judicial com um pouco mais de cuidado (CALAMANDREI, Piero. *Eles os Juizes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 11). Para a análise da questão hermenêutica em relação aos outros poderes, cf., *e.g.*, FISHER, Louis. *Constitutional dialogues; interpretation as political process*. New Jersey: Princeton University Press, 1988. *Segunda, concretização* nesse contexto, não pode ser restringida apenas onde existirem dúvidas acerca da interpretação, como afirma KONRAD HESSE (HESSE, *Elementos...*, p. 53) ou como descreve ENRIQUE ALONSO GARCÍA: “unión de la norma no unívoca com la realidad a ordenar” (ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 447). Não se trata ao certo de questões relativas a supostas “clarezas” ou “obscuridades” dos comandos jurídicos, mas da busca por *coerência normativa* na solução do caso que demanda concretização – e, portanto, interpretação – em toda e qualquer situação.

³⁴⁰ A influência aqui sentida pode ser relacionada em grande parte com as discussões originais empreendidas pela tópica, revividas em meados do século XX por THEODOR VIEHWEG, com a sua “técnica do pensamento problemático”, a ressaltar a importância do pensar a partir de problemas concretos. (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Federal, 1979). Quer se dizer com isso que há uma certa influência da tópica e não uma determinação da mesma em relação aos autores pós-positivistas. Cf., *e.g.*, no mesmo sentido, BONAVIDES, *Curso...*, ps. 446 e 447.

³⁴¹ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

Para tanto, utiliza o autor os seguintes conceitos: *programa normativo*, *âmbito (campo) normativo*, *norma jurídica* e *norma-decisão*:

a) *programa normativo*: é o conjunto de domínios lingüísticos resultantes da abertura semântica proporcionada pelo texto do preceito jurídico,³⁴² ou seja, a diversidade de sentidos semanticamente possíveis do comando lingüístico insculpido no texto;

b) *âmbito normativo*: é o conjunto de domínios reais, fáticos, abrangidos em função do *programa normativo*³⁴³, ou melhor, é “cette portion de la réalité sociale prise dans sa structure fondamentale et que le programme normatif autorise à découper dans le domaine général de réglementation”,³⁴⁴

c) *norma jurídica*: resultado do conjunto formado pelo *programa normativo* e o *âmbito normativo* e que deve ser formulada de maneira genérica e abstrata (e.g., “Dans un cas tel que celui-ci vaut telle norme juridique...”),³⁴⁵

d) *norma-decisão*: resultado final do trabalho do jurista em função da individualização da norma jurídica geral na norma que irá decidir o caso (e.g., “Considérant que ces éléments sont réunis en l’espèce, la demande doit être rejetée”).³⁴⁶

Com essas delimitações conceituais, resta claro que o conceito tradicional de norma sofre um grande abalo: é o resultado de um processo complexo de concretização e, por isso, não pode mais ser confundida ingenuamente com o referencial lingüístico do comando jurídico. Esse é apenas o ponto de partida para a normatividade, ou seja, apenas um dos seus elementos, ainda que o mais importante. De acordo com o autor:

³⁴² MÜLLER, *op. cit.*, p. 45.

³⁴³ *Ibidem*, p. 46.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 191.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 46.

“Les textes des prescriptions que l’on trouve dans les journaux officiels ou les compilations législatives, les textes de normes donc, ne sont pas normatifs. Ils sont incapables d’apporter une solution obligatoire au cas juridique concret. Ce sont des données de départ non (encore) normatives du processus de concrétisation. Le juriste soumis à la loi et à la Constitution est obligé de les introduire au départ de ce processus dans la mesure où il les tient pour appropriés à l’espèce.”³⁴⁷

Outro efeito igualmente relevante é o reforço das críticas, aqui já desenvolvidas, às teorias que vislumbram a norma como repositária de um sentido predeterminado (o ultrapassado debate *mens legis vs. mens legislatoris*). Como visto, não existe sentido normativo antes da ocorrência do caso concreto e, em um aspecto mais amplo, antes da interferência do intérprete. Por isso, como também visto no primeiro capítulo, a atividade hermenêutica não é um mero ato de reconhecimento, mas também um ato de vontade, portanto, de atribuição de significado.³⁴⁸

MÜLLER esclarece, assim, que o texto não possui *normatividade*, mas *validade*.³⁴⁹ Entretanto, como pode ser descrita essa normatividade? Para responder a essa pergunta o autor recorre, ainda que não expressamente, ao esquema do *círculo hermenêutico*. Na seguinte passagem, são definidos ambos os conceitos:

“La normativité désigne la propriété dynamique d’une norme, c’est-à-dire d’un modèle d’ordre structuré et concrètement déterminé (*sachgeprägt*), propriété d’ordonner la réalité qui lui est sous-jacente en même temps que d’être conditionnée par cette réalité. Par contre, la *validité* est attribuée au ‘droit en vigueur’ (*geltendes Recht*) c’est-à-dire à la masse des textes de normes (à la totalité des textes de normes que l’on trouve dans les codes).”³⁵⁰

³⁴⁶ MÜLLER, *op. cit.*, p. 46.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 186.

³⁴⁸ Cf. *Ibidem*, p. 42.

³⁴⁹ *Ibidem*, ps. 46 e 187.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 187. Também HABERMAS refere-se descreve esse círculo hermenêutico no relacionamento norma (preceito jurídico) e fato: “Uma norma ‘abrange’ seletivamente uma situação complexa do mundo da vida, sob o aspecto da relevância, ao passo que o estado de coisas por ela constituído jamais esgota o vago conteúdo significativo de uma norma geral, uma vez que também o faz valer de modo seletivo.” HABERMAS, *Democracia...*, p. 247.

Contudo, não nos deixemos equivocar. MÜLLER também preocupa-se com a racionalidade desse processo de concretização, tanto é que procura estabelecer uma *metódica estruturante* que dê conta do fenômeno em toda sua latitude: dizer que as circunstâncias fáticas (campo normativo) integram o conceito de norma, não significa, para o autor, afirmar a diluição da juridicidade na faticidade, como se o Direito sucumbisse à força das circunstâncias da “realidade”. O autor faz questão de afirmar justamente o contrário:

“Le champ normatif n’est pas une somme de faits, mais un enchaînement d’éléments de structure qui sont dégagés de la réalité sociale selon la perspective sélective et évaluative du programme normatif, des éléments qui sont, en général, au moins partiellement formés par le droit. Du fait de sa configuration également juridique et de sa sélection à travers la perspective du programme normatif, le champ normatif dépasse la simple facticité d’une portion de la réalité extra-juridique. [...] La législation, l’administration et les tribunaux qui traitent en pratique le champ normatif comme un facteur normatif ne succombent dès lors pas à une apocryphe normativité de la facticité.”³⁵¹

Com o auxílio dessas noções, explicita-se toda a grandiosidade da tarefa hermenêutica: determinar a decisão normativa relativa a um problema concreto, a partir da coerência dos preceitos jurídicos adequados (programas normativos), à luz do conjunto de circunstâncias fáticas (âmbito normativo) e em virtude de um processo argumentativamente justificado que proporcione, ao mesmo tempo, segurança jurídica (controle do arbítrio) e legitimidade do juízo (racionalidade na adequabilidade).

E qual a medida da racionalidade desse processo decisório? Necessariamente uma racionalidade que, consciente do caráter dialógico da

³⁵¹ MÜLLER, *op. cit.*, ps. 196 e 197.

compreensão, não estabelece um padrão prévio de verdade, mas admite que a possibilidade de sua correção advém da necessidade de inclusão dos diferentes pontos de vista no processo decisório.³⁵²

Exsurge também, em função dessas assertivas, a obrigatoriedade da motivação das sentenças por parte dos órgãos do Poder Judiciários. Aliás, nesse contexto, a motivação é condição de validade da decisão: se não há padrão prévio de verdade, a cientificidade da decisão só pode ser medida em função de sua capacidade de superação de argumentos contrários, demonstrada e controlada pelo rigor em sua fundamentação.³⁵³ De acordo com SANCHÍS, se o Poder Judiciário não deve ser controlado pela eletividade de seus membros, como garantia da própria constitucionalidade, deve ser controlado em seu exercício: não na *designação*, mas no *comportamento*.³⁵⁴

Para MENELICK DE CARVALHO NETTO essas novas exigências ao Poder Judiciário configuram uma das características principais do Estado Democrático de Direito:

“Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.[...]

Assim podemos concluir que, sob as exigências da hermenêutica constitucional ínsita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a texto, que jamais a veja como

³⁵² Aqui há uma aproximação expressa do conceito gadameriano de racionalidade dialógica com a idéia habermasiana de uma ética do discurso.

³⁵³ POPPER, Karl R.. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix e Editora da USP, 1975, ps. 41 e ss.. Para a preocupação com a racionalidade das decisões e com a fundamentação no Direito, cf., e.g., BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, ps. 52 e ss.; COELHO, *op. cit.*, p. 23; ECHAVARRIA, *op. cit.*, p. 186; HABERMAS, *Democracia...*, ps. 245 e ss.; QUEIROZ, *op. cit.*, ps. 162 e ss.,

³⁵⁴ SANCHÍS, *Ideologia...*, p. 126.

algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos e com a doutrina e jurisprudência constitucionais que a história nos incumbe hoje de produzir.”³⁵⁵

Outra conclusão derivada é que o âmbito do fazer hermenêutico não pode se restringir, pois, às instâncias oficiais, mas é um assunto que diz respeito a todos; conclusão essa derivada da tese sustentada por PETER HÄBERLE acerca da chamada *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*.³⁵⁶

Esse autor parte da constatação de que a teoria da interpretação constitucional esteve até então vinculada a um círculo demasiado restrito de intérpretes, cujo âmbito de investigação se concentrava basicamente na interpretação constitucional dos juizes e dos procedimentos formalizados. Por isso, o sentido e o alcance do texto constitucional havia sido o resultado da interpretação daqueles que estavam formal e oficialmente nomeados para exercerem a função.³⁵⁷

Tendo em vista uma teoria da interpretação que se deva adequar à teoria da democracia, afirma que a interpretação constitucional é fruto não apenas dos intérpretes oficiais:

“Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.”³⁵⁸

A interpretação constitucional deve, então, ser realizada pela e para uma sociedade aberta, eis que “toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional

³⁵⁵ NETTO, *op. cit.*, ps. 482 e 486.

³⁵⁶ HÄBERLE, *Hermenêutica...*, *op. cit.*.

³⁵⁷ *Ibidem*, ps. 12 e 13.

antecipada.”³⁵⁹ A interpretação constitucional não é um “evento” exclusivamente estatal e a ampliação do círculo dos intérpretes consagra a necessidade da integração da realidade no processo interpretativo, caracterizando a Constituição enquanto processo público.

Nesse sentido, as forças oficiais, sociais e privadas deixam de ser encaradas como meros objetos para transformarem-se em sujeitos do processo de interpretação constitucional, confirmando a tese de que a Constituição estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública. Ou seja, tais forças “representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição”, “são elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição”.³⁶⁰

Presentes esses fatores e a contribuição desses grandes autores, pode-se novamente apostar na possibilidade de convivência política pela renovação do respeito e da confiança no *constitucionalismo*. Em última instância significa apostar na viabilidade do projeto humano de vida em comum, baseada não na desistência da autonomia individual, mas na capacidade de sua auto-realização em um ambiente em que a própria garantia do indivíduo é correlata à afirmação da solidariedade política, traduzida no respeito à alteridade.

Assim, a responsabilidade dos operadores jurídicos traduz-se em um permanente debate público das razões de decidir, em um constante repensar os fundamentos da convivência política, pautada por um ato de respeito às distintas visões de mundo, como marca do caráter inclusivo da cidadania no postulado do Estado Democrático de Direito.

³⁵⁸ HÄBERLE, *Hermenêutica...*, p. 13.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 13.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 33.

CONCLUSÕES

Sem dúvida alguma, todas as inúmeras considerações contemporâneas acerca do fenômeno hermenêutico trouxeram enormes desafios aos operadores jurídicos. Já se vai longe o tempo em que os mesmos podiam afirmar a existência de verdades transcendentais que descortinariam a trilha rumo à descoberta de um suposto sentido estático, prévio e intrínseco aos preceitos jurídicos e, com isso, definir de modo inequívoco a subsunção da norma aplicável ao fato concreto.

As reviravoltas no pensamento filosófico ocorridas no século há pouco findo mostram claramente a insustentabilidade dessas concepções que, ao mesmo tempo, superestimam e subestimam a capacidade humana no curso de seu projeto de vida. Superestimam por atribuírem ao indivíduo uma qualidade racional que, vista como absoluta, ilhada e ahistórica, escapa à sua própria condição, torna-o inconsciente da temporalidade do mundo que o cerca e cria a ilusão dos fáceis e perigosos conhecimentos “verdadeiros”. Subestimam, pois vendam os olhos à nossa vocação de, mesmo imersos na contradição entre ser finito e ser dado à racionalidade, superar a circunstancialidade e estabelecer patamares adequados e rigorosos de conhecimento. Ou seja, a Hermenêutica não pode fugir à nossa própria condição demasiadamente humana: a liberdade de ser, o impulso em conhecer e a inexistência de padrão de verdade imediatamente apreendido.

Por isso, a análise sobre a compreensão, interpretação e aplicação do Direito não pode ser isolada do estudo dessas teses que, como dito, renovam e tornam mais complexas as responsabilidades dos operadores jurídicos. Em última instância significa reiterar não ser possível compreensão do Direito sem se tentar compreender a própria estrutura do acontecimento compreensivo.

Nesse contexto, diversas são as conclusões a serem apresentadas. A compreensão é necessariamente um fenômeno dotado de uma temporalidade intrínseca, eis que não ocorre em abstrato, mas sempre em virtude de uma dada situação hermenêutica historicamente situada. O acesso aos objetos que nos rodeiam é feito a partir de uma antecipação prévia de sentido que vai, no desenrolar do processo, sendo modificada em virtude da própria autonomia daquilo que se observa.

Dessa maneira, compreendemos apenas a partir de um conjunto de *pré-compreensões* que nos proporcionam um acesso mediato à coisa e, assim, torna o acontecer compreensivo como o encontro entre dois horizontes distintos: o horizonte no qual se formou o objeto e o horizonte no qual se insere o sujeito. Toda compreensão, então, é fruto de questões que se nos postam no presente, justificando a assertiva de sua indissociabilidade em relação aos conceitos de interpretação e de aplicação.

Por outro lado, se só compreendemos através e pela comunicação, a linguagem deve ser considerada o meio universal no qual se realiza o evento da compreensão: nela vivemos e participamos, pois nosso mundo é sempre linguisticamente definido. Uma das principais conseqüências dessa afirmação é a crítica à esgotabilidade do sentido: se toda linguagem reflete certas convenções, a palavra em si possui uma virtualidade indefinida de significados possíveis, só densificáveis em relação a contextos referenciais.

Sublinhe-se que o fato da nossa compreensão ser historicamente situada não importa em desistir da busca por padrões racionais que distingam os *preconceitos legítimos* (que produzem compreensões adequadas) dos *preconceitos ilegítimos* (que nos impelem em direção ao mal-entendido) e com isso situarmo-nos criticamente dentro de nossa própria tradição.

Todavia, não será a pretensão iluminista de uma razão maniqueísta que nos fornecerá o caminho. Se os conceitos de “realidade” e de “verdade” não podem ser acessados em sua pureza e imediaticidade, dada a nossa própria temporalidade, só podemos alçar patamares mais profundos e adequados de conhecimento abrindo-nos à alteridade, à “verdade” que o outro nos mostra. Ou melhor, se a compreensão é necessariamente dialógica, então a possibilidade do acontecer da verdade só ocorre quando consideramos todas as posições em jogo, todas as tradições envolvidas, todos os argumentos expendidos.

Por derivação, o reconhecimento daquilo que nos advém pela tradição na qual nos inserimos – pelo raio de visão que forma nosso mundo da vida – nunca deve ser feito de modo dogmático, mas sempre crítico. Em última instância impulsiona a atitude de sempre suspender a validade de nossos preconceitos face à pretensão de validade daquilo que o outro, em sua diferença, nos traz. Assim, reconhece-se que tanto a *pré-compreensão*, quanto a *crítica*, são momentos ontológicos da compreensão.

O âmbito do fazer hermenêutico no Direito, então, reflete exatamente essas conclusões. Não há padrão de verdade fixo, nem caminho absoluto, nem sentido prévio. O que não significa dizer que não haja segurança jurídica, nem legitimidade das decisões interpretativas. Muito pelo contrário, somente cientes dessas questões é que poderemos traçar parâmetros adequados que superem a ilusão dessas pretensões

estéreis, bem como evite o perigo de um labor interpretativo que imponha determinados resultados tidos como verdades-em-si.

Dando curso a essa pretensão, importa primeiramente postular a seguinte assertiva: a Constituição é o *locus* hermenêutico do Direito; é o “lugar” a partir do qual se define a amplitude dos significados possíveis dos preceitos jurídicos infraconstitucionais. Isso não poderia ser de maneira diferente face à afirmação do *constitucionalismo moderno* como modo de regulamentação da convivência política, bem como da consagração do princípio da *supremacia constitucional*.

O constitucionalismo é, assim, a aposta entusiástica da modernidade na possibilidade humana de uma vivência em conjunto que não seja fruto da submissão determinista, mas do reconhecimento racional, cuja criação mais fantástica é a idéia de Constituição como documento escrito disciplinador do poder e da autoridade e, por isso, garantidor do espaço de liberdade, tanto privada quanto pública.

Contudo, a garantia da própria Constituição face aos arroubos dos poderes públicos, principalmente frente ao legislador constituinte derivado e ao legislador ordinário, só foi efetivada em função do assentamento mundial dos sistemas jurisdicionais de controle da constitucionalidade após o fim das grandes guerras no século passado. A partir de então, passa a ser corrente a pretensão de excluir do ordenamento aquele preceito que contrarie o padrão constitucional. Em outras palavras, a presunção de que a norma legal só será válida caso seja compatível com a Constituição.

Ato contínuo, não é mais possível estabelecer diferenças entre o fazer hermenêutico em relação às leis infraconstitucionais e em relação aos preceitos constitucionais. Toda compreensão, interpretação e aplicação – que são momentos

conexos, não nos esqueçamos – de preceitos legais são simultaneamente compreensão, interpretação e aplicação de preceitos constitucionais, ainda que indiretamente. Convém, portanto, redefinir o relacionamento entre a chamada Hermenêutica Constitucional e a Hermenêutica Jurídica Clássica, sabendo-se que as discussões originais quanto às peculiaridades daquela vieram a lume após a afirmação do referido *princípio da supremacia* como uma contribuição importantíssima e original do Direito Constitucional.

Três são as teses que, nesse sentido, procuram firmar o *status* epistemológico da Interpretação constitucional por comparação à tradicional Interpretação jurídica, construída na seara do Direito Privado, chamadas aqui de: *a) tese da diferença intrínseca*, pelo que haveria duas disciplinas hermenêuticas essencialmente distintas; *b) tese da igualdade total*, postulando a unidade da Hermenêutica no Direito; e *c) tese da igualdade com particularidades*, pelo que a Hermenêutica Constitucional seria espécie do gênero Hermenêutica Jurídica Clássica.

Ora, em consonância à afirmativa de que a Constituição é o *locus* hermenêutico do Direito, a conclusão a ser extraída é pela unicidade do fenômeno que leva, pois, à assertiva de que o processo de compreensão, interpretação e aplicação dos preceitos jurídicos (constitucionais e infraconstitucionais) é essencialmente unitário – processo esse que será descrito posteriormente como *concretização*. Há, em verdade, uma constitucionalização de toda interpretação jurídica; em outras palavras, uma absorção da Hermenêutica Jurídica Clássica pela Hermenêutica Constitucional.

Uma observação importantíssima: com isso não se quer dizer que devemos assumir o viés cientificista que em geral domina essa discussão. Não se pretende aqui reduzir o debate à afirmação ou negação da prestabilidade dos chamados métodos de

interpretação clássicos em um suposto âmbito de interpretação propriamente constitucional. Restringir o foco dessa maneira é cair novamente na ilusão iluminista. Princípios, regras e métodos de interpretação, sejam clássicos ou constitucionais, não carregam verdades intrínsecas, nem são caminhos hábeis em-si para a fundamentação jurídica. Para que possam ter qualquer função na interpretação devem entrar no jogo argumentativo, sendo seu uso necessariamente justificado.

No âmbito do fazer hermenêutico, o desafio manifesta-se da mesma forma, a começar pela queda do mito da lei como único sinônimo de *norma* (em um sentido tradicional). Com as chamadas correntes pós-positivistas, os *princípios*, sobretudo constitucionais, atingem o patamar de juridicidade, figurando, ao lado das *regras*, como espécie de *preceito jurídico* dotado de um comando obrigatório de validade binária. A diferença essencial é que as *regras* disciplinam a sua situação de aplicação e os *princípios* não. Em verdade, toda aplicação no Direito demanda um *juízo de adequabilidade* a fim de determinar qual o conjunto normativo que, respeitando o dever de *coerência*, deve regular o problema concreto.

Desse modo, não se pode afirmar serem os princípios *hierarquizáveis* na solução do caso e, sim, que concorrem entre si para a regência do mesmo. Concebê-los como *mandados de otimização* aproxima-os por demais da estrutura gradual dos valores que, atendendo à lógica da preferência e não à do dever-ser, corre sempre o risco de resvalar para a diluição da ordem constitucional.

Cumpram igualmente sustentar um conceito de norma que faça jus às exigências dessas novas reflexões. Não se pode dizer que haja norma-em-si, portadora de um significado primeiro e isolada da situação de aplicação, pelo que, norma e fato, ou melhor, *comando jurídico* e *domínio fático* são conceitos complementares. Dessa

maneira, a estrutura do relacionamente entre ambos deve ser descrita de modo circular e não unilateral. Ou seja, os fatos compõem o conceito de norma, eis que a mesma não existe como previamente dada, mas exsurge somente após o resultado do processo que leva em conta tanto o *programa normativo* como o *âmbito normativo*.

Se é equivocado confundir o labor hermenêutico no Direito com a mera apreensão de um sentido prévio da norma e a conseqüente subsunção lógica da circunstância fática, devemos, pois, dar conta da integralidade do fenômeno sem esquecermos das exigências de sua validade: segurança jurídica e legitimidade, controle e racionalidade.

Nesse sentido, podemos defini-lo como *concretização*: o processo de reconstrução do Direito coerentemente aplicável ao caso, à luz do padrão constitucional e através de um procedimento argumentativo e racionalmente controlável. Não se identifica, portanto, como forma simples de *conhecimento da norma*, mas como *processo de argumentação*.

A segurança jurídica ganha em importância, pois, conscientes da complexidade do processo, corre-se menos o risco da utopia dos resultados “óbvios”, bem como passa-se a ressaltar a necessidade de fundamentação rigorosa e integral como requisito de validade da decisão, implicando assim a exigência de inclusão de todos os pontos de vista pertinentes. A racionalidade dessa passa a ser medida pela sua competência em superar argumentos contrários e realizar o dever de coerência normativa.

Lado outro, o arejamento proporcionado pelos *princípios* faz com que possamos continuar inseridos no padrão de juridicidade sem cairmos em posições míopes que reduzam a regulamentação dos casos concretos às hipóteses restritas das

regras. Nesse contexto, a Constituição mostra-se, mais uma vez, como fonte de toda legitimidade por representar a extensão e o limite de qualquer atividade hermenêutica.

Por fim, quer-se afirmar que, em um sentido amplo, a atividade de compreensão, interpretação e aplicação do Direito é o reflexo de uma renovação na tradição do constitucionalismo por pretender sublinhar o respeito ao pluralismo – matizando a regulamentação da convivência pública – não só como afirmação plena da *juridicidade*, mas, também, como fruto da solidariedade *política*. Solidariedade essa que preserva tanto a autonomia individual como a virtuosidade do debate entre as distintas concepções de mundo, entre os distintos projetos de vida plasmados na ordem constitucional concreta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILA, Yann. "Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle". In *Revue Française de Droit Constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, n. 21, ps. 09-46, 1995.
- AGUIRRE ORAA, José Maria. *Raison critique ou raison herméneutique?* Paris: Les Éditions du Cerf et Editorial Eset, 1998;
- ALEJANDRO, Roberto. *Hermeneutics, citizenship, and the public sphere*. New York: State University of New York Press, 1993, p. 74.
- ALEXANDER, Larry. "The Constitution as Law". In *Constitutional Commentary*. University of Minnesota Law School, v. 6, n. 1, winter, ps. 103-113, 1989.
- ALEXY, Robert *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993.
- , *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- AMARAL, Maria Nazaré de Camargo Pacheco (cur.). *Período Clássico da hermenêutica filosófica na Alemanha*. São Paulo: Edusp, 1994.
- ANDRADE, Carlos Drummond. *Contos plausíveis*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1985.
- ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos humanos; do mundo antigo ao Brasil de todos*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- BADÍA, Juan Ferrndo. *Teoría de la constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *Interpretación de la constitución y ordenamento jurídico*. Madrid: Tecnos, 1997.

- BALKIN, J. M. "The Rule of Law as a Source of Constitutional Change". In *Constitutional Commentary*. University of Minnesota Law School, v. 6, n. 1, winter, ps. 21-27, 1989.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Hermenêutica Constitucional". In *Revista da Faculdade de Direito da U.F.M.G (Nova fase)*, v. 25, ps. 175-216, maio 1977.
- , *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- , *Teoria geral das constituições escritas*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1985, v. 60/61.
- , *Teoria Geral do Constitucionalismo*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v. 23, ps. 05-62, jul/set, 1986.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- , *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas; limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro, Renovar: 1990.
- BELAÚNDE, Domingos García. "La Interpretación Constitucional como Problema". In *Simposio Internacional sobre Derecho del Estado (Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita)*. Santafé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, t. II, ps. 647-676, 1993.
- BERMAN, Marshall. *Tudo o que é sólido desmancha no ar; a aventura da modernidade*. 15. reimp., trad. Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- BLEICHER, Joseph. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992.
- BOBBIO, Norberto. "Política". In BOBBIO, Norberto *et al.* (org.). *Dicionário de Política*. 11. ed., v. 1, trad. Carmen C. Varriale *et al.*, Brasília: Editora UnB, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- , *Do estado liberal ao estado social*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

- CALAMANDREI, Piero. *Eles os Juizes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997
- CANALES, Mariano García. “Notas sobre el Método y los Límites de la Interpretación en Derecho Constitucional”. In *Estudios de Derecho Constitucional* (Homenaje al Profesor Rodrigo Fernandez-Carvajal), ps. 287-314, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves, 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- CHEMERINSKY, Erwin. “The Constitution is Not ‘Hard Law’: The Bork Rejection and the Future of Constitution Jurisprudence”. In *Constitutional Commentary*. University of Minnesota Law School, v. 6, n. 1, winter, ps. 29-38, 1989.
- CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade; Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM Editora, 1995.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de Hermenêutica*. São Paulo: E. P. U., Editora da Universidade de São Paulo, 1973.
- CORSET, Paul. “Wilhelm Dilthey; le pacte moderne entre épistémologie et herméneutique”. In GREISCH, Jean (cur.). *Comprendre et interpréter; le paradigme herméneutique de la raison*. Paris: Beauchesne, 1993.
- COURTINE, Jean-François. “Phénoménologie et/ou Ontologie Herméneutiques”. In GREISCH, Jean (cur.). *Comprendre et interpréter; le paradigme herméneutique de la raison*. Paris: Beauchesne, 1993.
- CUNHA, Antônio Geraldo da. Verbete “Constituição”. In *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. 1. ed., 2. reimp., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.
- DILTHEY, Wilhelm. “The rise of hermeneutics”. In ORMISTON, Gayle L. et SCHRIFT, Alan D. (ed.). *The hermeneutic tradition; from Ast to Ricoeur*. New York: State University of New York Press, ps. 101-114, 1990.

- , *Introduction à l'étude des sciences humaines*. Trad. Louis Sauzin. Paris: Presses Universitaires de France, 1942.
- DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.
- DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro; a origem do mito da modernidade*. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Maria Guastavino. 2. ed., Barcelona: Editorial Ariel, 1989.
- , Trad Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ECHAVARRIA, Juan José Solozábal. "Notas Sobre Interpretación y Jurisprudencia Constitucional". In *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 69, julio-septiembre, ps. 175-188, 1990.
- ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997;
- ENTERRIA, Eduardo Garcia. "Hermeneutica e Supremacia Constitucional; *el principio de la interpretación conforme a la constitución de todo el ordenamiento*". In *Revista de Direito Público*, n. 77, jan.-mar., an. XIX, ps. 33-38, 1986.
- ESCRIBANO, F. de Borja Lopez-Jurado. "La Formulación de Criterios de Interpretación de la Constitución en la Doctrina Alemana: Parametros de Admissibilidad". In *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, an. 12, n. 34, enero-abril, ps. 99-125, 1992.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 1. ed., 2. tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- ESSER, Josef. "La Interpretación". In *Anuario de Filosofia del Derecho* (Nueva Epoca). Madrid, t. III, ps. 41-73, 1986.
- FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- FISHER, Louis. *Constitutional dialogues; interpretation as political process*. New Jersey: Princeton University Press, 1988.
- FLEURY, Philippe. "Lumières et tradition; Jürgen Habermas face à Hans-Georg Gadamer". In GREISCH, Jean (cur.). *Comprendre et interpréter; le paradigme herméneutique de la raison*. Paris: Beauchesne, 1993.

- FRUCHON, Pierre. "Préface". In GADAMER, Hans-Georg. *L'art de comprendre; herméneutique et tradition philosophique*. Paris: Aubier Montaigne, 1982.
- , *L'herméneutique de Gadamer; platonisme et modernité*. Paris: Les Éditions du Cerf, 1994.
- GADAMER, Hans-Georg. "A Incapacidade para o Diálogo". In ALMEIDA, Custódio Luís Silva, FLICKINGER, Hans-Georg et ROHDEN, Luiz (eds.). *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- , *L'art de comprendre; herméneutique et tradition philosophique*. Paris: Aubier Montaigne, 1982.
- , *Verdade e Método; traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed., Petrópolis: Editora Vozes, 1998.
- GALUPPO, Marcelo Campos. "Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação". In *Revista de Informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, an. 36, n. 143, ps. 191-209, julho/setembro, 1999.
- , "Princípios Jurídicos e a Solução de Seus Conflitos; a contribuição da obra de Alexy". In *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas, v. 1, n. 2, 2º sem., ps. 134 a 142, 1988.
- GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1993.
- GARVEY, John H et ALEINIKOFF, T. Alexander. *Modern constitutional theory; a reader*. 3. ed., St. Paul: West Publishing Co., 1994.
- GRABNER-HAIDER, Anton. *Somiotica y teologia; el lenguaje religioso entre la filosofia analítica y hermenéutica*. Estella (Navarra): Editorial Verbo Divino, 1976.
- GREISCH, Jean. "Herméneutique et Métaphysique". In GREISCH, Jean (cur.). *Comprendre et interpréter; le paradigme herméneutique de la raison*. Paris: Beauchesne, 1993.
- GRONDIN, Jean. *L'université de l'hermeneutique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.
- GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. John Farrell. Albany: State University of New Yorck Press, 1993.
- GUSDORF, Georges. *Les origines de l'herméneutique*. Paris: Éditions Payot, 1988;

- HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Trad. Carlos Ramos *et al.*. San Miguel: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- . *Hermenêutica constitucional; a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica; para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Porto Alegre: L&PM, 1987. GADAMER, *L'art de comprendre; herméneutique et tradition philosophique*. Paris: Aubier Montaigne, 1982.
- . *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. V. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1988.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- . *Elementos de direito constitucional da república federal da alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- JAYME, Fernando G.. *Tribunal constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.
- KAY, Richard S.. "American Constitutionalism". In ALEXANDER, Larry (ed.). *Constitutionalism; philosophical foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- . "Original Intentions, Standard Meanings, and the Legal Character of the Constitution". In *Constitutional Commentary*. University of Minnesota Law School, v. 6, n. 1, winter, ps. 39-50, 1989.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

- KUHN, Thomas S.. *A estrutura das revoluções científicas*. 2. ed., São Paulo: Perspectiva, 1975.
- LAMEGO, José. “Hermenêutica e Jurisprudência; o alcance da recepção da hermenêutica filosófica para uma concepção de ‘jurisprudência de valoração’”. In *Revista Jurídica* (Nova Série). Lisboa: AAFDL, n. 6, abril/junho, ps. 61-83, 1986.
- LINARES QUINTANA, Segundo V.. *Reglas para la interpretación constitucional; según la doctrina y la jurisprudencia*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1985.
- .. *Tratado de interpretación constitucional; principios, métodos y enfoques para la aplicación de las constituciones*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- .. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Col. Pensadores).
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder Municipal; paradigmas para o estado constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- MASNATA, Héctor. “Interpretación de la Constitución”. In ITURRASPE, Jorge Mosset (col.). *La reforma de la constitución explicada por miembros de la comisión de redacción*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- MATTEUCCI, Nicola. “Constitucionalismo”. In BOBBIO, Norberto *et al.* (org.). *Dicionário de Política*. 11. ed., v. 1, trad. Carmen C. Varriale *et al.*, Brasília: Editora UnB, 1998.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed., Forense: 1994.
- MCILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Trad. Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- MEZA, Manrique Jiménez. *La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico constitucional*. San José: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1997.
- MOORE, Michal S.. “The Constitution as Hard Law”. In *Constitutional Commentary*. University of Minnesota Law School, v. 6, n. 1, winter, ps. 51-67, 1989.
- MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

- NETO, João Cabral de Melo. *Antologia poética*. Rio de Janeiro: Ed. Sabiá, 1967
- NETTO, Menelick de Carvalho. “Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito”. In *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da U.F.M.G., v. 3, ps. 473-486, 1999.
- ORMISTON, Gayle L. et SCHRIFT, Alan D. . “Editor’s Introduction”. In ORMISTON, Gayle L. et SCHRIFT, Alan D. (ed.). *The hermeneutic tradition; from Ast to Ricoeur*. New York: State University of New York Press, 1990.
- ORTIZ-OSÉS, Andrés. *La nueva filosofía hermenéutica; hacia una razón axiológica posmoderna*. Barcelona: Anthropos, 1986.
- PALMER, Richard E.. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1997.
- PERALTA, Ramon. *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del estado*. Madrid: Universidad Complutense, 1994.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E.. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed., Madrid: Tecnos, 1995.
- PLATÃO. *A república*. 8. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- POPPER, Karl R.. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix e Editora da USP, 1975.
- POTEPA, Maciej. “Herméneutique et Dialectique chez Schleiermacher”. In GREISCH, Jean (cur.). *Comprendre et interpréter; le paradigme herméneutique de la raison*. Paris: Beauchesne, 1993.
- QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial; sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- QUINTERO, César. “Método y Técnica de la Interpretación Constitucional”. In *Simposio Internacional sobre Derecho del Estado* (Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita). Santafé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, t. II, ps. 593-615, 1993.
- RICO, Sandra Morelli. “Interpretación constitucional y ideología: la neutralidad del juez”. In *Simposio Internacional sobre Derecho del Estado* (Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita). Santafé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, t. I, ps. 219-243, 1993.
- ROBERT, Cinthia et MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Teoria do estado, democracia e poder local*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

- SÁCHICA, Luis Carlos. *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*. 3. ed., Bogotá: Temis, 1988.
- SALGADO, Joaquim. "Os Direitos Fundamentais e a Constituinte". In *Constituinte e a Constituição*. Belo Horizonte: Conselho de Extensão da U.F.M.G.,
- SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional; fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.
- SANCHÍS, Luis Prieto. "Notas Sobre la Interpretación Constitucional". In *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 9, mayo-agosto, ps. 175-198, 1991.
- , *Ideologia e interpretação jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993.
- , *Ley, principios, derechos*. Madrid: Editorial DYKINSON, 1998.
- SANJUÁN, Teresa Freixes. "Una Aproximación al Método de Interpretación Constitucional". In *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* (Segunda época). Valencia: Universitat de València, n. 4, ps. 37-49, 1993.
- SAVIGNY, Friedrich C. von. "Los fundamentos de la ciencia jurídica". In SAVIGNY, Friedrich C. von *et ali. La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.
- SCHAUER, Frederick. "Rule, The Rule of Law, and the Constitution". In *Constitutional Commentary*. University of Minnesota Law School, v. 6, n. 1, winter, ps. 69-85, 1989.
- , "The Occasions of Constitutional Interpretation". In BRISON, Susan J. *et SINNOTT-ARMSTRONG, Walter* (eds.). *Contemporary perspectives on constitution interpretation*. San Francisco: Westview Press.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E.. *Hermenêutica; arte e técnica da interpretação*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1999.
- SCHWARZSCHILD, Maimon. "Hard Law and Mandate for Justice". In *Constitutional Commentary*. University of Minnesota Law School, v. 6, n. 1, winter, , ps. 87-90, 1989.
- SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- SOARES, Rogério Ehrardt. *O conceito ocidental de constituição*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ns. 3743 e 3744, 1985.

- STEIN, Ernildo. "Dialética e Hermeneutica: uma Controvérsia sobre o Método em Filosofia". In Apêndice a HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*; para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: L&PM, 1987.
- *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.
- STEIN, Torsten. "Criterios de Interpretación de la Constitución". In *La Constitución de 1993: Análisis y Comentarios III*. Lima: Comisión Andina de Juristas, ps. 131-141, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*; uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999.
- SUSTEIN, Cass R.. "Six Theses on Interpretation". In *Constitutional Commentary*. University of Minnesota Law School, v. 6, n. 1, winter, , ps. 91-96, 1989.
- TRIBE, Laurence H. et DORF, Michael C.. *On reading the constitution*. Massachusetts: Harvard University Press, 1991.
- TUSHNET, Mark. "The Constitution as Law". In *Constitutional Commentary*. University of Minnesota Law School, v. 6, n. 1, winter, ps. 97-101, 1989.
- USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- VALVERDE, José Zafra. "La Interpretación de las Constituciones". In *Revista de Estudios Políticos*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, n. 180, noviembre-diciembre, ps. 49-94, 1971.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr.. Brasília: Imprensa Federal, 1979.
- VIETO, Aurélio Agostinho Verdade. *Da hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- WARNKE, Georgia. *Gadamer: hermeneutics, tradition and reason*. Cambridge: Polity Press, 1987.
- *Justice and Interpretation*. Cambridge: Polity Press, 1992.
- WEINSHEIMER, Joel C.. *Gadamer's hermeneutics; a reading of Truth and Method*. New York: Yale University Press, 1985.
- WHITTINGTON, Keith E.. *Constitutional interpretation, textual meaning, original intent, and judicial review*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 1994.

WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Trad. María Gracia Rubio de Casas et Sonsoles Valcárcel. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

ZAKRZEWSKI, Witold. "De l'Interprétation de la Constitution". In *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* (Neue Folge). Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Band 26, ps. 427-437, 1997.