

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA HERMENÊUTICA E DESAFIOS DO JUIZ NO PÓS-POSITIVISMO

PHILOSOPHICAL BASES OF HERMENEUTICS AND CHALLENGES FOR JUDGES IN POSTPOSITIVISM

RESUMO: Desde que o homem existe, dotado de razão, ele conhece e, por conseguinte, interpreta. Os fundamentos filosóficos da Hermenêutica comprovam que o sentido a ser captado de qualquer objeto cognoscível é filosoficamente inesgotável. No âmbito do Direito, vive-se a fase do pós-positivismo, na medida em que os princípios assumem patamar de norma jurídica, juntamente com as regras, tendo como conteúdo os valores. Amplia-se, pois, o papel do intérprete do Direito, em especial o do juiz, na medida em que os princípios jurídicos não necessitam estar expressos para ter validade normativa. O objetivo deste trabalho é, pois, investigar os fundamentos filosóficos da Hermenêutica para constatar quais os desafios do juiz no atual contexto do pós-positivismo. A metodologia utilizada é bibliográfica, teórica, descritiva, exploratória e dialética com predominância indutiva. Tudo depende da lente pela qual se vê. A lente influencia o intérprete e é por ele influenciada. Constata-se, pois, a necessidade de técnicas interpretativas adequadas para o preenchimento das molduras deontológicas pelo magistrado ao decidir um caso concreto. Não se pode cair no subjetivismo e no decisionismo, havendo de se incorporar uma dimensão crítica e racional que permita aos julgadores manterem uma postura de vigilância. Assim, os resultados poderão ser justificados perante a sociedade, na forma exigida pelos postulados do Estado de Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: HERMENÊUTICA; FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS; INTERPRETAÇÃO; PÓS-POSITIVISMO; DESAFIOS; JUIZ.

ABSTRACT: Ever since humankind exists, humans, as rational creatures they are, resort to interpretation. Philosophical bases of Hermeneutics are an evidence to the fact that sense is philosophically inexhaustible. In postpositivism, principles, whose content are the values, become juridically binding. In this context, the role of Law interpreters, like the judges, becomes more significant, as juridical principles do not need to be explicit to be valid as juridical norms. The aim of this paper is therefore to examine the philosophical bases of Hermeneutics, in order to find out what are the challenges judges have to face in the present postpositivist age of Law. Methodology employed by the author is bibliographical, theoretical, descriptive, exploratory, dialectic and mainly inductive. In interpretation, everything depends on the point of view used, which influences the activity of the interpreter, but which is also influenced by the interpreter. The author also establishes the requirement that appropriate interpretation techniques be used, in order that the judge may fill up the deontological frames related to a concrete case. Actually, judges cannot refer to subjectivism and decisionism, needing to incorporate a critical and rational dimension that allows them to adopt a cautious attitude when interpreting, in which case the results of their activity may be justified to the society, as demanded by Rule of Law principles.

KEY-WORDS: HERMENEUTICS; PHILOSOPHICAL BASES; INTERPRETATION; POSTPOSITIVISM; CHALLENGES; JUDGE.

INTRODUÇÃO

Desde que o homem existe, dotado de razão, ele conhece e, por conseguinte, interpreta. Tudo é interpretável, porque tudo clama pelo ato ou atividade de apreensão do sentido, cujo estudo é fundamental para o fenômeno hermenêutico.

Os processos de conhecimento existentes nas relações intersubjetivas modificam-se, repetem-se ou reconstróem uma nova forma de ver o fato que envolve os sujeitos da relação. Nesse ínterim, o homem, a partir de sua racionalidade, satisfaz sua pretensão e estuda o objeto, podendo, no decorrer dessa intelecção, inovar, reconstruir ou modificar o sentido captado inicialmente. Sujeito e objeto estão em constante fusão de horizontes, em uma troca reflexiva e simbiótica, o que influencia, dessa forma, o sentido e a interpretação.

No âmbito do Direito, vive-se a fase do pós-positivismo, na medida em que os princípios assumem patamar de norma jurídica, juntamente com as regras, tendo como conteúdo os valores. Amplia-se, pois, o papel do intérprete do Direito, em especial o do julgador, na medida em que os princípios jurídicos não necessitam estar expressos para ter validade normativa.

O objetivo deste trabalho é investigar os fundamentos filosóficos da Hermenêutica para constatar quais os desafios do juiz no atual contexto do pós-positivismo. A metodologia utilizada é bibliográfica, teórica, descritiva, exploratória e dialética com predominância indutiva.

Em um primeiro momento desse estudo, serão avaliados os fundamentos filosóficos da Hermenêutica, iniciando-se pela teoria do conhecimento. Em seguida, analisa-se a relação entre interpretação e Hermenêutica para discorrer sobre os elementos que compõem a inesgotabilidade do sentido. Após se debruçar pelos aspectos filosóficos, passa-se a discorrer sobre as peculiaridades da Hermenêutica Jurídica para, por fim, apontar alguns desafios e inquietações da atividade de julgar no pós-positivismo.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO CONHECIMENTO

O conhecimento apresenta uma tríade na qual seus elementos estão, necessariamente, ligados entre si, a partir da seguinte ordem: *sujeito cognoscente, atividade e objeto cognoscível*.¹ Por meio da interação entre eles, o homem participa da atividade intelectual na construção do sentido.

A cognição possibilita que o homem interfira e participe do processo de conhecimento. Nessa interação, o sujeito encontra o objeto cognoscível que, ao passar por transformações no tempo e no espaço, devido às novas significações, trará ao sujeito um novo olhar e, conseqüentemente, outra análise interpretativa.

A razão é a condição fundamental do sujeito em sua atividade cognitiva. Segundo a maioria da doutrina, o único destinatário da razão é o homem.² A partir dela, o ser humano procura organizar a sociedade por meio dos seus elementos culturais, econômicos e políticos, utilizando-se do Direito enquanto instituto positivo para sistematizar e aprimorar seus interesses políticos e sociais.

A conduta humana designa o agir, o fazer, o pensar, dentre diversos comportamentos seqüenciados pela mente humana que sistematizam a relação homem e objeto. Assim, o ato de conhecer não foge a semântica dos verbos que exprimem a ação do sujeito numa determinada frase. Por isso, conhecer é também estabelecer ao objeto critérios que promovem a este uma utilidade passiva. Nessa linha, observa-se que a curiosidade para conhecer o novo ou de modificar um conceito hermético existente no mundo do ser, faz com que o sujeito ativo do processo de conhecimento alcance novas formas para possibilitar o acompanhamento da vida frente ao dinamismo social.

Por outro lado, a atividade do sujeito como elemento dessa tríade é imprescindível, pois é o liame que une os outros elementos. Para Hessen, “na acção o objecto não determina o sujeito, mas sim o sujeito ao objecto. O que se altera não é o sujeito, mas sim o objecto. Aquele já não se conduz receptiva, mas sim espontânea e activamente, enquanto que este se conduz passivamente”.³ Conforme alude o autor alemão, o sujeito conduz-se de forma proativa para conhecer o objeto por ele pretendido.

No processo de conhecimento, o objeto atua como passivo e o sujeito na qualidade de ativo na citada relação. Ambos se interceptam por meio da “fusão de horizontes”, ou seja, o sujeito capta o sentido do objeto que, ao se fundir com o

horizonte de compreensão do sujeito, recebe um novo sentido.⁴ O sujeito só procura conhecer o objeto porque ele existe e a interação desses elementos é o que proporciona à ciência uma nova descoberta. Logo, de acordo com a teoria de Hessen, um não existe sem o outro.⁵

Ainda sobre o tema, Falcão preceitua que “o objeto é tudo aquilo que pode ser termo da atividade consciente do eu que conhece, isto é, do sujeito cognoscente”.⁶ Destaca o autor que o “sujeito pode atuar como objeto”, uma vez que o eu pode se auto-observar, em um processo de autoconhecimento. Nesse caso, estará atuando como um objeto cognoscível.⁷ Como se vê, todo sujeito pode ser objeto, porém nem todo objeto pode ser sujeito, na medida em que para ser sujeito é preciso ter racionalidade; já para ser objeto, basta ser perceptível pelo juízo lógico humano.

2 SENTIDO, INTERPRETAÇÃO E HERMENÊUTICA

Em um primeiro momento, importa destacar que a complexidade da questão hermenêutica contemporânea aborda três correntes: *teoria hermenêutica*, protagonizada por Dilthey e Betti, de natureza procedimental e impõe-se como opção metodológica para a interpretação das ciências humanas, priorizando o objeto do conhecimento; *hermenêutica filosófica*, fundamentada no ser, na ontologia, no sentido, segundo as teorias de Heidegger e Gadamer; e a *hermenêutica crítica*, podendo citar como adeptos Habermas e Apel, ao objetivar uma teoria crítica de cunho prático relevante.⁸ Para o presente trabalho, adotar-se-á a hermenêutica filosófica e, em alguns momentos, invocar-se-á a hermenêutica crítica como complementação da filosófica.

De acordo com Salgado, “tudo o que existe e passa pela mente do homem, isto é pensado, submete-se à interpretação”.⁹ Já Diniz¹⁰ sustenta que todo processo de conhecimento é uma interpretação da realidade, constituindo-se como uma elevação, ao plano do pensar, da percepção imediata do que é real.

No entender de Falcão, a interpretação é “a atividade ou o simples ato de captação do sentido”.¹¹ Percebe-se, dessa forma, que a interpretação está intrinsecamente ligada ao conhecimento, na medida em que o homem se utiliza dela para captar o sentido. Então, inicialmente, tem-se o conhecimento; após isso, com a captação do sentido do objeto cognoscível, vislumbra-se a interpretação.

Sobre o estudo racional do sentido realizado pela Hermenêutica alemã, expõe Costa:

A articulação racional do sentido tem sido uma mediação para ajudar o ser humano ocidental a se situar no mundo e, portanto, ajudá-lo a orientar racionalmente sua autocompreensão e conduta e, com isso, ajudá-lo a construir uma realidade humana pautada pelos ideais racionais da verdade e do bem.¹²

A interpretação é exatamente o dinamismo captador do sentido, inerente ao ser humano, pelo simples fato de ser racional. Logo, o sujeito da relação de conhecimento é o mesmo sujeito que interpreta. Conclui-se, portanto, que apenas o homem é capaz de interpretar.

Viver é interpretar constantemente. Desde que o homem existe, como ser dotado de razão, conhece e, por conseguinte, interpreta. Tudo é interpretável, porque tudo clama pelo ato ou atividade de apreensão do sentido. A diferença entre as ciências da natureza e as ciências sociais radica-se mais no grau de relevância que o sentido tem para a verificação ou esclarecimento do “verdadeiro” do que na ausência ou presença propriamente ditas da captação do sentido. A interpretação da natureza é mais explicativa, enquanto que a da cultura (incluindo aqui o Direito) é mais compreensiva.¹³

Desde as origens do homem, há interpretação. Porém, não há hermenêutica, com foros de cientificidade como se vê hoje. Logo, a interpretação precede à hermenêutica, pois onde existe o homem, há interpretação.

A hermenêutica alcançou notável proeminência no campo religioso. O ato de interpretar corretamente a palavra de Deus era comum ao povo judeu em relação ao Antigo Testamento; aos cristãos, ao Novo Testamento; e aos protestantes, em relação à Reforma. Explica Camargo ¹⁴que, durante a Idade Média, a análise sistemática sobre a evidência da revelação divina deu origem à teologia, assumindo a hermenêutica o aspecto exegético da correta interpretação dos textos sagrados. Isto, portanto, deu ensejo ao desenvolvimento no campo filológico.

Em sua origem etimológica, o termo *hermenêutica* deriva do verbo grego *hermeios*, que se referia ao sacerdote do oráculo de Delfos. O verbo *hermeneuein* e o substantivo *hermeneia*, podem ser traduzidos, em geral, por interpretação. Por conta disso, hermenêutica releva-se como “o processo de ‘tornar compreensível’, especialmente enquanto tal processo envolve a linguagem, visto ser a linguagem o meio por excelência neste processo”.¹⁵

Observa Gomes a existência da “proximidade da idéia de Hermenêutica com a Filosofia”, haja vista que a “hermenêutica tem a ver com a busca do sentido de tudo

aquilo que é percebido pelo homem como capaz de se converter em tema de indagação, de formulação de pergunta”.¹⁶ Posto isso, coaduna-se com a teoria de Heidegger, quando vê “a própria filosofia, enquanto interpretação”.¹⁷ A hermenêutica, em regra, faz parte da filosofia. Na medida em que ela vai se especializando, possui a flexibilidade de se adequar ao objeto que está sendo interpretado, cujo sentido pretende ser captado.

Na lição de Gadamer, a hermenêutica deve ser vista como “a arte do compreender”¹⁸, não estando limitada ao conjunto de métodos de interpretação. Inspirado na teoria gadameriana, Gomes afirma que “a proposta da Hermenêutica consiste na busca da compreensão de tudo aquilo que se põe como objeto de interpretação, isto é, de tudo o que demanda um esforço humano em busca de significado e de sentido para o que se quer compreender”.¹⁹

Hermenêutica, dessa forma, é o conjunto de regras pelas quais a interpretação se opera, cuidando do entendimento da suas estruturas e do seu funcionamento. De uma forma bem objetiva, a hermenêutica estabelece regras para interpretar. A interpretação é aqui ilimitada, já que é inerente à captação de sentido oriunda da racionalidade humana, atuando em todas as áreas de conhecimento.

A escolha entre as diversas possibilidades de interpretação há de estar voltada para o alcance social que a aplicação do sentido, assim captado, possa ter. Isso é bem interessante porque não é todo sentido captado que se presta à ordenação social, sendo que alguns levariam mesmo à desorganização da sociedade, com todo um conjunto de efeitos negativos para a convivência e para a paz social.

O homem é um ser axiológico, e os valores, por sua vez, é que determinam a conduta humana. Logo, a interpretação é subjetiva, relativa, dependendo do sujeito cognoscente. É exatamente aí que entra o papel da hermenêutica, para orientar a interpretação e a captação de um sentido para a organização social.

É de se notar, pois, a relevância da hermenêutica na extração do sentido na norma, pois a hermenêutica é existencial, ou seja, é fato. Sobre a temática, aduz Streck:

A hermenêutica é existência. É faticidade. É vida. O intérprete não é um *outsider* do processo hermenêutico. Há um já-sempre-compreendido em todo processo de compreensão. No conto está o contador. É por isto que Heidegger vai dizer que o mensageiro já vem com a mensagem. E é por isto que não se pode falar, de forma simplista, em “textos jurídicos”. *O texto não existe em si mesmo*. O texto como texto é inacessível, e Isto é incontornável! O texto não segura, por si mesmo, a interpretação que lhe será dada. Do *texto sairá, sempre, uma norma*. A norma será sempre o produto da interpretação do texto.²⁰ (Destaque no original)

O sujeito, ao interpretar o objeto, já leva para o seu plano de conhecimento uma prévia atribuição para designá-lo. O conhecimento está intimamente correlacionado com a ciência, pois esta, para existir, apresenta requisitos essenciais como: um método próprio para o desenvolvimento do ato de conhecer do sujeito, um objeto específico no qual se vincula a atividade cognitiva do observador e uma aceitação universal que demonstra a realização empírica de uma experiência para algumas ciências. Isto ocorre no âmbito das exatas.

A norma, independente de sua natureza, é o sentido que se extrai do texto no momento de sua interpretação. Com isso, o sentido será sempre reconstruído, podendo apresentar-se de várias formas a depender dos fatores envolvidos no contexto, dentre estes, tem-se a atividade intelectual do intérprete.

3 PRÉ-COMPREENSÃO E CÍRCULO HERMENÊUTICO

O círculo hermenêutico se dá no instante em que o sujeito, por meio da pré-compreensão, participa da construção do sentido do objeto, devidamente moldado, ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete.²¹

Na verdade, trata-se mais propriamente de uma espiral hermenêutica, na medida em que o movimento de compreensão formado por dita relação vai, ao longo do processo, estabelecendo patamares mais corretos de interpretação, que, por sua vez, exprimirão novas luzes sobre os preconceitos em direção a um entendimento mais conveniente. Sobre o círculo vicioso, é oportuno o pensamento de Heidegger:

Se, porém, a interpretação já sempre se movimenta no já compreendido e dele se deve alimentar, como poderá produzir resultados científicos sem se mover no círculo, sobretudo se a compreensão pressuposta se articula no conhecimento comum de homem e mundo? Segundo as regras mais elementares de lógica, no entanto, o *círculo* é um *circulus vitiosus*. [...] *Mas, ver nesse círculo um vício, buscar caminhos para evitá-lo e também 'sentilo' apenas como imperfeição inevitável, significa um mal-entendido de princípio acerca do que é compreensão.* ²²(Destaque no original)

Caso o movimento fosse geometricamente circular, o intérprete sairia do movimento da mesma forma que entrou, ou seja, com os mesmos preconceitos originais, o que não se coaduna com o fenômeno hermenêutico, cuja pré-compreensão exerce papel fundamental.²³

A pré-compreensão assume especial importância em Gadamer, para quem pré-juízo funciona como pressuposto que preside toda a compreensão. O círculo da

compreensão não se trata de um cerco em que se movimenta qualquer tipo de conhecimento, devendo pertencer, necessariamente, à estrutura do sentido.²⁴ Ilustra Luño que o processo hermenêutico tem, necessariamente, pressupostos subjetivos (pré-compreensão) e objetivos (contexto), estando ambos inter-relacionados no círculo hermenêutico.²⁵

O sentido atua de forma difusa, pois não é estanque e nem hermético. Ao contrário, apresenta-se como um aglomerado de moléculas vibrantes em um recipiente no estado físico de ebulição, ora aproxima-se de determinadas interpretações ora distancia-se destas, pois os valores modificam-se e, por conseqüência, a interpretação também. Logo, a cada novo sentido tem-se uma nova interpretação; com isso, o sentido atua como a mola mestra do ato de interpretar. É, portanto, nesse plano tridimensional que a geometria da espiral hermenêutica pode ser visível. É o que se denomina de fusão de horizontes:

A fusão de horizonte seria a fusão do horizonte do intérprete com o do texto, já que, diferentemente de Schleiermacher, Gadamer não dava importância à perspectiva psicológica do autor. O horizonte de do texto seria a riqueza de sentido nele incorporado por sucessivas interpretações que lhe foram dadas no curso da história. Depois de reiteradas fusões de horizontes, tanto o horizonte do intérprete como o do texto adquiririam ampliação maior, de maneira tal que um reencontro do intérprete com o texto daria margem a novas perguntas e, conseqüentemente, a novas respostas.²⁶ (Destaque no original)

Essa interação de horizontes ocorrida decorre de uma nova interpretação cognitiva do sujeito e de uma emergente mensagem textual emitida ao sujeito. Assim, sujeito e objeto estarão sempre ampliando o conjunto infinito das possibilidades de interpretar, ou seja, a compreensão. Nesse diapasão, o texto, codificado por signos, demonstrará vários significados que, a depender do horizonte de pré-compreensão do sujeito, levará a este sempre um novo sentido àquele conjunto de fonemas por ele conhecido no texto.

A pré-compreensão não está distante da realidade, como se pode imaginar. Um exemplo é quando se inicia a leitura de um livro. Em um primeiro momento, há uma pré-compreensão formada por conhecimentos prévios alheios à obra, do que se viveu de forma geral (valores, costumes, traumas, etc.), além de preconceitos que podem existir por conta do título da obra ou de um comentário de um amigo ou de uma crítica sugestiva. Na medida em que a leitura for sendo desenvolvida, o livro (objeto cognoscível) tende a emitir luzes e informações que irão modificar a pré-compreensão inicial do sujeito. Assim, a espiral continua em movimento, o que leva a fazer com que

essa nova pré-compreensão capte um sentido diferente do primeiro. E o livro, mais uma vez, continua emitindo outros dados que modificarão a pré-compreensão novamente e que, por conseqüência, influenciará no sentido a ser captado. Como se vê, é um movimento infinito, o que comprova a importância da pré-compreensão no fenômeno hermenêutico. É claro que quanto mais voltas forem dadas, maior a possibilidade de se encontrar um sentido mais conveniente.

Ao adequar referida teoria ao Direito, constata-se que no processo de tomada de decisão jurídica, a ação interpretativa parte de um conjunto de conceitos e conhecimentos prévios (pré-compreensão) e que, de certa forma, sedimentados, possibilita alcançar suas conclusões com um mínimo de previsibilidade. A pré-compreensão do intérprete em relação a uma questão jurídica encontra-se adstrita não apenas à situação histórica, mas também a um determinado campo de conhecimento, como os princípios extraídos da doutrina e da jurisprudência.²⁷

No entanto, delimitar a pré-compreensão do Direito (conhecimentos prévios obrigatórios) como sendo a juridicidade (conjunto de normas jurídicas), doutrina e jurisprudência, é afirmar que as pessoas leigas não têm preconceitos em relação ao Direito. Não é preciso ser bacharel em Direito para ter noção do que ele representa (ou deveria representar) para a sociedade. Baseado nisso, entende-se que há uma pré-compreensão geral do Direito inerente a todas as pessoas, formada pelos princípios gerais do Direito em busca do ideal de justiça (sua essência).²⁸ É claro que a materialização do que é justo tende a se modificar segundo questões históricas, políticas, sociais e culturais.

O que se defende aqui é que todos conhecem a justiça, não obstante, muitas vezes, o preenchimento do seu conteúdo se desvirtuar de acordo com outros interesses. Não importa se é justiça social, econômica, ambiental, cultural, distributiva, retributiva, fiscal ou do “olho por olho, dente por dente”. A universalidade gira em torno da moldura do que é justiça. Mas o preenchimento da referida moldura será realizado de acordo com a pré-compreensão de cada um. Por conta disso, já se antecipa que é inevitável existir subjetivismo em qualquer julgamento.²⁹

Ainda acerca do referido fenômeno dentro do Direito, Habermas ressalta a inafastabilidade axiológica da pré-compreensão:

[...] a interpretação tem início numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas, abrindo o

horizonte para ulteriores relacionamentos. A pré-compreensão, inicialmente difusa, torna-se mais precisa à medida que, sob sua orientação, a norma e o estado de coisas se constituem ou concretizam reciprocamente. [...] a pré-compreensão do juiz é determinada através dos *topoi* de um contexto ético tradicional. Ele comanda o relacionamento entre normas e estados de coisas à luz de princípios comprovados historicamente.³⁰

A norma jurídica, como objeto cultural³¹, é o sentido que se extrai dela no momento de sua interpretação. Com isso, o sentido será sempre reconstruído, pois agregado a ele vai o horizonte de pré-compreensão. Este consiste nos valores, nos preceitos morais e éticos, dentre outros núcleos que estão agregados a vida do intérprete e ao contexto da interpretação.

4 A INESGOTABILIDADE DO SENTIDO COMO FUNDAMENTO FILOSÓFICO DA HERMENÊUTICA

O complexo sistema que envolve a inesgotabilidade do sentido apresenta elementos fundamentais ao entendimento do sujeito formado pela pré-compreensão e pelo círculo hermenêutico, temas abordados anteriormente. A dialética dos opostos hegeliana também retrata a infinitude do conhecimento. Resta saber, entretanto, qual a relação desses institutos com a inesgotabilidade do sentido e, por conseguinte, com o fenômeno hermenêutico.

O agente ativo do ato de interpretar pré-compreende o objeto a partir de tudo que há no seu “mundo intelectual”, capta o sentido e como decorrência da interação resultante de vários fatores que fomentam a compreensão dessa interpretação, virá um novo marco para outra interpretação. Assim, será construído uma forma mais ampla, interferindo veementemente em seu horizonte de compreensão, tornando-o diferente do anterior.

Essa modalidade de apreender e captar o sentido das coisas ou do próprio homem é que se mostra o labirinto infinito das possibilidades encontradas para o sentido. Percebe-se, pois, que o círculo hermenêutico (não captado de forma geometricamente fechada) metodologicamente demonstra que haverá sempre um novo sentido para ser descoberto e, portanto, tudo que há no mundo do ser se assemelhará a uma moeda com sua dupla “face de cara e coroa”, ou seja, haverá sempre um sentido negativo para uma descoberta positiva do homem.

Foi nesse contexto que Hegel trouxe a dialética dos opostos que, numa simples análise teórica, pode-se dizer que a partir de uma *tese* que se afirma algo se terá outra,

por ele denominada de *antítese*, negando esse algo outrora afirmado, tendo como produto desse antagonismo dialético uma *síntese*. A antítese não nega simplesmente a tese, mas enriquece a realidade que nunca será totalmente explorada pelo homem.

Do produto da tese com a antítese, cujos horizontes se fundiram e se aglomeraram, surge a síntese. No entanto, a síntese não exaure o processo da dialética. Finda, por aquele momento, a relação reflexiva e interativa da tese com a antítese. Aqui, percebe-se a semelhança da dialética hegeliana com a espiral hermenêutica, na medida em que a síntese de um fenômeno será a tese de um outro, pois sempre haverá algo da realidade para opor, para contrariar, para negar. Nessa linha, o conhecimento e a interpretação são infinitos. Nunca o homem saberá tudo, o que se coaduna com o fracasso do racionalismo clássico da modernidade. A inesgotabilidade do sentido parece se fortalecer no contexto da pós-modernidade.³²

Diante disso, a inesgotabilidade do sentido é o fundamento filosófico da Hermenêutica. Não teria razão de ser a Hermenêutica se os sentidos fossem fixos e unos. Ele é captado pelo sujeito que a partir de sua atividade que interpreta o objeto, formando, com isso, a tríade do conhecimento. Nesse contexto, aduz-se que o sentido é ôntico, sendo, assim, mutável e livre, como ensina Falcão:

O sentido não é imutável. Ele é sempre para o sujeito cognoscente, sem se olvidar a ação do espírito objetivo sobre o sujeito cognoscente. Além disso, e por isso, o sentido é criado. [...] Tem força ôntica. De acordo com o que diria Heidegger, um templo grego num vale, ao invés de fechar, de saturar o vale, faz é criar um espaço aberto ao ser cria o seu próprio espaço vivo, uma vez que uma obra de arte verdadeiramente importante fala e, desse modo, gera mundos novos. Efetivamente, no sujeito ou no indivíduo, o sentido é mundo novo, é ser criador. O sentido é livre porque o palco de sua criação é o pensamento, que também o é por excelência.³³

A ratificação da inesgotabilidade do sentido gravita por vários âmbitos do conhecimento. A Hermenêutica que depreende seus fundamentos filosóficos, trazendo aos outros estudos hermenêuticos a premissa básica do sentido ser mutável e dinâmico nos seus mais variados alcances semânticos. É assim que a Hermenêutica passa de sua natureza metodológica para a filosófica. Uma, no entanto, não exclui a outra.

Os fenômenos da pré-compreensão, do círculo hermenêutico e da dialética dos opostos comprovam que a captação do sentido varia não só dependendo do sujeito que interpreta, mas também quando se trata do mesmo intérprete, uma vez que a cada volta dada há um novo ato de conhecimento e, conseqüentemente, um novo sentido a ser

interpretado. Tudo depende da lente pela qual se vê. A lente influencia o intérprete e é por ele influenciada.³⁴

Tais observações se fundamentam na necessidade de que, em face da inesgotabilidade do sentido, a interpretação de interesse social não tenha um sentido desvirtuado. Cabe, assim, à hermenêutica um papel de inspiração e de orientação, já que o sentido em si não pode ser esgotado, pois deriva da racionalidade, ou melhor, da intelectividade.

O fundamento da hermenêutica, portanto, é o fato de o sentido ser inesgotável, pois se ele fosse uno e fixo, não haveria motivo algum para se procurar, num conjunto imenso (e por que não dizer infinito) de opções, a melhor possibilidade, ou as melhores. A inesgotabilidade do sentido é, assim, a base filosófica em que se assenta a hermenêutica.

Admitir-se um sentido rigidamente objetivo, querendo com isso dizer algo imune a qualquer ponto de vista do sujeito cognoscente, importaria querer-se afirmar algo que existencialmente é impossível. Não é por menos que o estudo da hermenêutica é fundamental, principalmente, quando se trata do Direito que objetiva regulamentar condutas sociais, conforme se verá a seguir.

5 HERMENÊUTICA E DIREITO

Dentre as várias espécies de objeto cognoscível existentes, importa destacar o conceito de objeto cultural. Trata-se de toda alteração que o homem faz na natureza, agregando-lhe um sentido, uma razão de ser. Existe no tempo e no espaço, assim como na experiência sensível, ou seja, permite a captação de sentidos. É completamente aberto a valorações, as quais entram diretamente na composição de sua ontologia. Seja de forma positiva ou negativa, o valor está na essência dos objetos culturais, de uma feita que eles nada mais são de que um sentido que o homem agrega aos objetos naturais.^{35 36}

O Direito é um objeto cultural, pois se constitui na alteração da natureza humana para dar-lhe um sentido de convivência pacífica entre os homens. É uma alteração que o homem traça à sua própria conduta, limitando, em níveis externos, a liberdade inerente à natureza humana. Não é tarefa do Direito limitar o pensamento, pois enquanto este não se manifesta por meio de uma conduta, carece de juridicidade.³⁷

Diz-se que a norma é objeto cultural formal, na medida em que é forma cultural de expressão. Além de ser formalmente cultural, a norma também exprime um conteúdo cultural que se efetiva por meio da linguagem. A norma integra o Direito, não sendo parte exclusiva deste. Acerca da relação entre norma e Direito, manifesta-se Ferraz Junior:

A questão sobre o que seja a norma jurídica e se o direito pode ser concebido como um conjunto de normas não é dogmática, mas zetética. É uma questão aberta, típica da filosofia jurídica, que nos levaria a indagações infinitas, sobre pressupostos e pressupostos dos pressupostos. Sendo uma questão zetética, ela não se fecha.³⁸

Nessa linha, não será objeto deste estudo discussão mais profunda acerca da temática. Não obstante existir posicionamentos diversos no âmbito da teoria do Direito, será considerado, neste trabalho, o Direito como o conjunto de normas jurídicas (regras e princípios) que visam regulamentar condutas em prol da pacificação social, como será melhor abordado adiante. Por conta disso, a norma jurídica também é considerada um objeto cultural.

Qual a modificação da natureza, afinal, que ocorre no caso da norma jurídica? A racionalidade consiste na aptidão que o ser humano tem de eleger as próprias modalidades de conduta. Ou seja, ele tem a capacidade de escolher, por livre-arbítrio, o comportamento consciente a ser seguido. Por isso, a norma jurídica destina-se a tolher, limitar essa aptidão para ser livre, ou essa capacidade de escolha, modificando, dessa forma, a natureza humana. E, por conseguinte, se modifica a natureza, por ação humana, dando-lhe um novo sentido, produz-se cultura. O Direito, portanto, é objeto cultural no ato de conhecimento.

O Direito, por muito tempo, resumia-se na produção legiferante posta. Assim, o Direito como corte epistemológico kelseniano, era a norma posta no ordenamento jurídico sem a preocupação com o seu conteúdo axiológico. Nessa ideologia positivista, o Direito, como objeto cultural, era exatamente o conjunto de signos que textualizava a vontade do legislador para comandar as condutas sociais a partir de proposições prescritivas sem preocupar-se com o teor axiológico da norma.

Atualmente, o Direito, como objeto cultural, ainda tem como escopo a organização da sociedade, possibilitando a convivência harmônica e pacífica da humanidade, porém o comando prescrito para regulação da sociedade passou por um processo axiológico que tem como elemento integrante de toda norma jurídica, o valor.

Por isso, o valor, por ser fator determinante na alteração da conduta humana, torna o Direito mutável e passível de diversas interpretações humanas.

Ao mesmo tempo em que o Direito é criação da natureza humana, ele também modifica a conduta do homem, a partir dos valores inseridos no seio social e na vontade do legislador ao produzir a norma. Assim, o Direito possui caráter orientador de condutas; nestas encontram-se valores com as mais diversas roupagens. Porém, todos os valores trazem um sentimento social diferente que varia de acordo com a multiplicidade de culturas existentes no tempo e no espaço.

O homem que lutou muito na História por sua liberdade necessita de um “modulador” de conduta para limitar sua aptidão de ser livre. Com isso, o Direito traz a norma jurídica para facilitar a harmonização do binômio homem e liberdade, fazendo com que essa liberdade não seja absoluta e que ela não ocasione, de forma generalizada, um desrespeito às normas sociais, trazendo, por conseguinte, a anomia.

O valor atua, em um primeiro momento, como ser primário, pois antecede a análise do objeto. Conduz o agir, o pensar e todo o ato racional que resulta na conduta do ser humano, tendo em vista que injeta no pensamento do ser uma modulação de comportamentos humanos. Portanto, o sujeito envolvido com seus preceitos axiológicos promove suas escolhas, preferindo A em face de B. Diante disso, todo ser, certamente, se pronunciará diante de um fato, atuando de forma ativa ou passiva; então, pode-se aduzir que o valor está sempre presente na conduta do homem. Logo, o homem é um ser eminentemente axiológico por natureza, pois é o que a determina.

Sobre o fenômeno hermenêutico dentro do Direito, ressalta o espanhol Luño que a interpretação é entendida como um processo de compreensão de sentido, “en el que no tan sólo desempeña un papel relevante la conexión del texto, asumido, como un todo, con las palabras o partes que lo integran (como enseñaba la hermenéutica tradicional), sino que el propio intérprete con sus conocimientos desempeña un papel decisivo”.³⁹

O Direito acaba revelando-se jungido à própria hermenêutica, haja vista que sua existência, enquanto significação, depende da concretização ou da aplicação da norma em cada caso julgado. Quando uma lei é criada, pode-se dizer que há uma finalidade imposta pelo legislador. No entanto, como objeto cultural que é, a lei está submetida à inesgotabilidade do sentido. Assim, caberá ao intérprete captar o sentido que lhe for

conveniente, de acordo com a sua pré-compreensão, seja para buscar a finalidade do legislador ou não.

Ponto ainda que deve ser ressaltado é que o Direito deve conformar-se a uma tradição cultural determinada, mas que, de acordo com Camargo⁴⁰, não pode ser encarada sob uma perspectiva reducionista, pois admite valores universais válidos também para outras épocas e outros lugares.

Ressalte-se, entretanto, em termos de universalidade, existem direitos e valores (aqui entra a temática dos direitos humanos) que devem ser acolhidos de forma universal, mas delimitar seu conteúdo é impossível, por conta de questões históricas e culturais. ⁴¹ Pode-se falar, certamente, de um mínimo existencial destes valores e direitos imprescindíveis para a dignidade humana. Mas o próprio conceito de dignidade humana é passível de preenchimento pelo intérprete. Pode parecer exagero, mas tudo é uma questão de interpretação.

Interessante destacar o entendimento de Grau, quando insiste em afirmar que “a interpretação do direito é constitutiva e não simplesmente declaratória”. E, ainda, discorre que a interpretação “não se limita a uma mera compreensão dos textos e fatos, vai bem além disso”. ⁴² Isto se deve ao fato de que a missão do aplicador do Direito não se restringe a fazer com que a norma em abstrato estipulada pelo legislador simplesmente se concretize como se fosse uma fórmula matemática. Sua tarefa é muito maior, haja vista que terá de captar um sentido, mediante interpretação, determinando seu alcance, inspirando-se, para tanto, não apenas no enunciado da norma, mas no “desígnio dela e na sua harmonização com os valores que a inspiraram e que continuam influenciando o comportamento global da sociedade”. ⁴³

Sobre o tema, expõe Costa que a interpretação e a aplicação da lei não se esgota em um “processo de *subordinação*, pois ela pressupõe, necessariamente, julgamento de valor da parte de quem aplica a lei”. ⁴⁴(Destaque no original) Tal afirmativa decorre do fato de que, como visto, os valores fazem parte da pré-compreensão do intérprete, determinando suas condutas e escolhas. O valor é existencial ao fenômeno hermenêutico, é impossível se desprender dele.

Surgem, pois, algumas indagações e até inquietações: como o intérprete ou o operador do Direito pode saber o que escolher ante a multiplicidade dos sentidos da norma jurídica? A aplicação da norma é um ato de cognição ou um ato volitivo? O que levará o intérprete, sujeito dotado de razão, ser axiológico, a optar por um sentido?

Como o intérprete sabe se o sentido escolhido é conveniente com os ideais de determinada sociedade? Há possibilidade de critérios racionais para auxiliar o intérprete, a fim de que suas decisões não sejam arbitrárias? Somente as “regras” da hermenêutica serão hábeis para conferir condições de seletividade entre os sentidos possíveis, do que surgirá algum rumo para o intérprete poder optar.

6 PÓS-POSITIVISMO E O DIREITO POR REGRAS E PRINCÍPIOS

A superação histórica do jusnaturalismo demonstra que o Direito não tem como se justificar por fundamentos abstratos e metafísicos de uma razão subjetiva. Por outro lado, a crise do positivismo jurídico ensina que há um longo caminho entre Direito e norma jurídica e que a ética e moral, próprias de uma sociedade em constante transformação, não têm como permanecer distantes da ciência jurídica. Nenhum dos dois movimentos consegue mais atender de forma satisfatória às demandas sociais.

Inaugura-se, por conseguinte, um novo período intitulado de pós-positivista⁴⁵, onde ocorre a superação dialética da antítese entre positivismo e jusnaturalismo, com a distinção das normas jurídicas em regras e princípios, tendo como conteúdo os valores. Além da normatividade alcançada pelos princípios, percebe-se que os valores fazem parte das ciências sociais e, por consequência, do Direito, amadurecendo a tridimensionalidade de Reale.

No pós-positivismo, há uma abertura à dialética, trazendo os valores para as argumentações existentes, fortalecendo os princípios e proporcionando a efetivação da justiça material. Por isso, torna-se indispensável à superação do positivismo legalista e do jusnaturalismo. Os estudos hoje, porém, são voltados para tratar das diferenças entre regras e princípios.

A diferenciação entre regras e princípios foi inaugurada por Dworkin⁴⁶ em sua crítica ao modelo positivista, marcando a entrada do momento pós-positivista. Propõe o autor norte-americano uma distinção lógica entre regras e princípios, ambas normas jurídicas com força vinculante e validade positiva. Os princípios possuiriam uma dimensão de peso, sendo sua colisão resolvida segundo o peso de cada um deles no caso concreto. Diante disso, devem ser “levados a sério”, reaproximando, por conseguinte, o Direito da moral.

Já as regras, por sua vez, teriam estrutura lógica diferenciada dos princípios, sendo aplicadas caso estivessem presentes todos os seus pressupostos fáticos. Trata-se do que

Dworkin intitula de “tudo ou nada” (*all or nothing*), o que implica dizer que, havendo conflito entre regras jurídicas, este seria resolvido no âmbito da validade.⁴⁷

Como forma de complementar e aprofundar os estudos realizados por Dworkin, propõe Alexy uma teoria mista de direitos fundamentais, fundamentando que podem se caracterizar por meio de regras ou princípios⁴⁸, mas que a diferença entre as suas espécies normativas não se trata de grau, como queria Dworkin, mas sim uma diferença qualitativa.⁴⁹ Os princípios relevantes para as decisões que envolvem direitos fundamentais seriam aqueles que poderiam ser utilizados argumentativamente de forma substancial.⁵⁰

Há autores que sustentam que a dimensão de peso não seria exclusiva dos princípios, podendo ser atribuída às regras em determinado caso⁵¹, assim como outros defendem uma maior importância para os princípios, uma vez que as regras jurídicas seriam originadas deles.⁵² Ávila diz que as regras são normas descritivas, retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, enquanto os princípios são normas imediatamente finalísticas, prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade.⁵³

Não obstante a discussão que permeia na doutrina, apontam-se diferenças estruturais e qualitativas em relação às duas espécies normativas. Na estrutura dêontica de uma regra, há relatos objetivos, com a descrição de determinadas condutas, possuindo âmbito de incidência delimitado.⁵⁴ Os direitos nelas previstos são garantidos de forma definitiva.⁵⁵ Outro ponto interessante é que todas as regras estão expressas, possuindo, por conseguinte, um rol taxativo. Outrossim, a estrutura fechada da regra tem como objetivo a perseguição da segurança jurídica, pois “um dos papéis mais importantes das regras no ordenamento jurídico é justamente aumentar o grau de segurança na aplicação do direito”.⁵⁶ Por conta disso, toda regra manifesta valor, mas de uma forma bem menor do que em relação à norma-princípio. Basta pensar na segurança jurídica, autêntico valor que emana de qualquer regra. Por fim, uma regra é aplicada por meio de raciocínio jurídico dedução (de cima para baixo).

Neste diapasão, em virtude do caráter definitivo das regras, caso ocorra a hipótese prevista, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção, ou seja, enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se resolve na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Segundo Silva, “caso contrário não apenas haveria um

problema de coerência no ordenamento, como também o próprio critério de classificação das regras – dever-ser definitivo – cairia por terra”.⁵⁷ Notadamente, havendo conflito entre duas regras, aplicam-se os mandamentos de validade, de onde apenas uma irá prevalecer. O próprio vocábulo *conflito* já dá a entender um choque, sendo impossível que duas regras coexistam. Somente uma será válida.

Alerta Silva, entretanto, que, havendo incompatibilidade parcial entre os preceitos de duas regras, a solução ocorre por meio de uma cláusula de exceção em uma delas. No entanto, caso referida incompatibilidade seja total, é que a solução se dá com a declaração de invalidade de umas delas.⁵⁸

Como forma de solucionar o clássico conflito entre regras, já presente desde o positivismo jurídico (já que naquele modelo só existiam as normas-regras), o ordenamento jurídico se utiliza de três critérios tradicionais – logicamente nessa ordem – para resolver as antinomias: o da *hierarquia* – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior (*lex superior derogat legi inferiori*) –, o *cronológico* – ao assegurar que a lei posterior deve prevalecer sobre a anterior (*lex posteriori derogat legi priori*) – e o da *especialização* – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat legi generali*).

Já os princípios, por sua vez, contêm, em sua estrutura dêontica, relatos com maior grau de abstração, não apontam uma conduta específica a ser seguida, possuindo um âmbito de incidência amplo, e até indeterminável de situações. Os diretos previstos em um princípio são *prima facie*, não tendo o mesmo caráter de definitividade das regras. Tem conteúdo altamente axiológico, além do fato de que nem todos os princípios estão obrigatoriamente expressos. Seu rol, por conseguinte, é meramente exemplificativo, uma vez que surgem da própria realidade, em busca da justiça, captados por raciocínio jurídico indutivo (de baixo para cima).

Diante das características expostas, é inevitável, portanto, que ocorram tensões constantes entre os princípios jurídicos, em virtude da ordem democrática e pluralista, o que faz com que haja uma tensão dialética. Havendo uma colisão entre princípios, a solução será realizada por meio de mandamentos de otimização, segundo Alexy, haja vista serem normas que exigem que algo deva ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.⁵⁹ Como se vê, diz-se *colisão* (e não conflito), porque não se pode excluir totalmente um princípio, cuja aplicação se dá por meio do balanceamento para fixar as “relações condicionadas de precedência”.⁶⁰ Há

acatamento de um em relação ao outro, sem que isso implique em completo desrespeito daquele que não prevaleceu.

Uma pergunta interessante que pode ser feita é: como resolver uma colisão entre regras e princípios? Há muita discussão em torno do tema. Ao adotar os mandamentos de validade (critérios de antinomias), conclui-se que caso um princípio não prevaleça, em detrimento de uma regra, terá ele que ser expulso do ordenamento jurídico, o que é um absurdo. Por conta disso, entende-se que a solução mais conveniente é que o princípio não entra em colisão com a regra, mas com o princípio no qual a regra se baseia. Diante disso, o método para se solucionar é com base nos mandamentos de otimização.

7 DESAFIOS DO JUIZ NO PÓS-POSITIVISMO

Não há dúvida de que a atividade de julgar passa a ter uma importância maior no pós-positivismo, na medida em que o Direito não se limita às regras jurídicas. O juiz não pode agir apenas por meio de raciocínios dedutivos, na lógica dos silogismos, como perdurou no positivismo. Com o retorno da Ética e da Moral ao Direito, o magistrado tem uma maior liberdade para proferir suas decisões.

Tal fato decorre da normatização dos princípios e do papel que os valores passaram a exercer na ciência jurídica. Os princípios não precisam estar positivados de forma expressa na ordem jurídica para ter validade. Em verdade, os princípios jurídicos encontram guarida na expressão “princípios gerais do Direito”, previstos na Lei de Introdução ao Código Civil.⁶¹ Mas o legislador, sabiamente, não os enumerou de forma taxativa, na medida em que não há possibilidade de se engessar a sociedade.

Como se vê, não há como o rol dos princípios ser exaustivo e limitado, pois eles sinalizam os valores e os anseios da sociedade, que estão em constante transformação. Por conseguinte, limitá-los à ordem jurídica positiva é impossível, pois não se tem como congelar a dinâmica social.

Os princípios nascem de um movimento jurídico de indução, ou seja, do individual para o geral, emanando a justiça. A doutrina e, em especial, a jurisprudência realizam referido processo de abstração na teorização e aplicação do Direito. Vê-se que, neste momento, eles já são normas jurídicas, condensando valores e orientando o intérprete, uma vez que o Direito não só a lei, como queria o positivismo jurídico. Com a sua reiterada aplicação e permanência no seio social, o legislador, a fim de lhe garantir

também segurança jurídica, ampara-o em uma lei, ou na própria Constituição, por meio de um raciocínio jurídico por dedução.

A norma, como se vê, traz uma estrutura lógica, cognoscente da conduta, estando, assim, formalizada. Por conta disso, a lógica jurídica não tem como deixar de ser formal exatamente pelo fato de suas estruturas serem aptas a acolher o objeto jurídico, que é uma espécie de objeto deôntico (normativo).

Os raciocínios jurídicos, no entanto, são acompanhados por incessantes controvérsias, buscando uma decisão justa e com aceitabilidade social. Tal fato, segundo Perelman, é o bastante para “salientar a insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo de valor da conclusão”.⁶²

Em outras palavras, pode-se dizer que o Direito pretende atender aos anseios da sociedade, permitindo uma convivência pacífica entre os homens. Seu conteúdo, por conseguinte, é dinâmico, estando em constante transformação, devendo o mesmo ocorrer com o sentido captado pela norma, sob pena de uma estagnação. É exatamente nesse conteúdo que se visualiza a forma apofântica, ou seja, do ser, da prática, do concreto, do que efetivamente ocorre na realidade, o que nem sempre corresponde ao que está previsto na forma deôntica.

Logo, na formalização da norma, ocorrente pela sua estrutura deôntica, não há como abranger todo o conteúdo do Direito. Principalmente quando se verifica, durante a evolução histórica, que o Direito vai muito além daquilo que está explicitado na norma. Direito é mais do que lei, mais do que regra, mais do que norma.

Notadamente, o intérprete não pode ficar adstrito à norma, olvidando o grande mundo que é o sistema jurídico. A norma pretende trazer a segurança, mas isso não implica o alcance da justiça. Esta segurança é garantida pela forma deôntica, que cuida da estrutura da norma, impondo um dever-ser. Aqui, percebe-se claramente que o movimento do pensamento é o dedutivo, partindo do geral (norma) para o individual (regular as relações jurídicas), cuidando os argumentos do ponto de vista da sua correção formal. A estrutura deôntica é verificada, portanto, pela lógica formal.

A norma ganha uma estrutura, podendo ter vários objetos, ou seja, inúmeros conteúdos que serão delineados pelo operador do Direito, em especial, pelo julgador no momento de uma decisão. Como a sociedade, porém, é dinâmica e, por conseguinte, o

conteúdo do Direito também deve ser, necessária se faz outra forma, que é exatamente o apofântico.

Pode-se dizer, de uma forma bem simples, que o apofântico é que permite a justiça e a equidade das decisões judiciais, por meio do movimento indutivo. Assim, quando a norma é criada pelo legislador, permanece no campo dêontico, do dever-ser, formando uma espécie de moldura, que não poderá nunca ser engessada, como queria o positivismo jurídico. Caberá ao intérprete o preenchimento dessa moldura, com a captação de um (ou vários) sentido(s) guiado(s) por meio da hermenêutica jurídica. Sentido este, obviamente, que deverá acompanhar os reclamos da sociedade.

A relação entre segurança jurídica e justiça, dedução e indução, é clássica, haja vista que “em todo sistema jurídico coexistem dois valores ético-sociais: a justiça e a segurança”.⁶³ O Direito deve se adequar à sociedade (por meio da indução em prol da justiça), assim como a sociedade deve ser conformar ao Direito (realizado pela dedução, garantindo a segurança jurídica). Trata-se do equilíbrio clássico que deve ocorrer no Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a interpretação e aplicação dos princípios jurídicos, assim como o preenchimento das molduras dêonticas nas decisões judiciais, se não for feita de forma racional, poderá dar margem para subjetividade e arbitrariedade. Diante da inércia ou ineficiência do Executivo e do Legislativo, o Judiciário vem sendo cada vez mais procurado para a garantia da tutela jurisdicional de direitos, em especial, direitos humanos e fundamentais, imprescindíveis à promoção da dignidade humana.

O pós-positivismo demanda de forma emergencial uma justificação racional das decisões judiciais, pois todas as vitórias sociais, jurídicas e morais por ele conquistadas podem cair de forma abrupta. É, pois, como se diz no jargão popular, “uma faca de dois gumes”. A depender das questões filosóficas do magistrado, uma sentença pode vir a efetivar os valores aceitos e acolhidos por uma determinada sociedade como pode, por outro lado, destruir a materialização da justiça mais legítima.

Em virtude disso, aponta Costa a necessidade de um critério racional válido que possibilite ao intérprete avaliar os elementos axiológicos seguidos para aplicar as normas jurídicas, a fim de que as sentenças judiciais não sejam arbitrárias.⁶⁴

Acerca da relação entre hermenêutica e Direito, em especial, no que concerne à racionalidade da decisão judicial, observa Habermas:

[...] a hermenêutica tem uma posição própria no âmbito da teoria do direito, porque ela resolve o problema da racionalidade da jurisprudência através da inserção contextualista da razão no complexo histórico da tradição. [...] A hermenêutica, desdobrada em teoria do direito, mantém a pretensão da legitimidade da decisão judicial. A indeterminação de um processo de compreensão circular pode ser reduzida paulatinamente pela referência a princípios. Porém, esses princípios só podem ser legitimados a partir da história efetiva de forma de vida e do direito, na qual o próprio juiz se radica de modo contingencial.⁶⁵

Apesar de todas as dificuldades inerentes às questões existenciais e complexas do fenômeno hermenêutico, o intérprete deve fundamentar suas decisões e suas escolhas com base em argumentos que possam ser racionalmente justificados nos ditames do Estado Democrático de Direito.

É claro que o ativismo judicial deve ser visto com bastante cautela, sob pena de desencadear no governo dos juizes, ou em juizes legisladores, para utilizar a expressão de Capelletti.⁶⁶ Em virtude de os princípios jurídicos não estarem necessariamente expressos na ordem jurídica, nada impede que o juiz, no momento da decisão, preencha o conteúdo de um princípio geral do Direito por indução e alegue que o mesmo foi violado pelo administrador público, pelo legislador ou pelo particular, por exemplo.

Da mesma forma, diante da inesgotabilidade do sentido, o juiz pode preencher as molduras dêonticas normativas de forma livre, de acordo com sua pré-compreensão com vistas a captar as transformações sociais como proclama a dialética jurídica. Tal atitude, se não for feita de forma racionalmente justificada, é arbitrária e absurda, colocando em xeque todos os fundamentos de um Estado de Direito, pautado na segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Os fenômenos da pré-compreensão, do círculo hermenêutico e da dialética dos opostos hegeliana comprovam que a captação do sentido varia não só dependendo do sujeito que interpreta, mas também quando se trata do mesmo intérprete, uma vez que a cada nova fusão de horizontes, há um novo ato de conhecimento e, conseqüentemente, um sentido diferente a ser interpretado.

Apesar de todas as dificuldades inerentes às questões existenciais e complexas do fenômeno hermenêutico, o intérprete deve fundamentar suas decisões e suas escolhas com base em argumentos que possam ser racionalmente justificados nos ditames do Estado Democrático de Direito, principalmente quando o pós-positivismo aponta que os princípios não precisam estar expressos para ter validade normativa.

Constata-se, pois, a necessidade de técnicas interpretativas adequadas para o preenchimento das molduras deontológicas pelo juiz ao decidir um caso concreto. A interpretação do Direito deve ser vista como tarefa de concretização, pela qual a norma jurídica não se limita ao seu texto, abrangendo ainda uma dimensão que supera os aspectos lingüísticos, relacionada com a realidade social. A normatividade, portanto, deve ser concretizada mediante um processo estruturado e passível de verificação e justificação intersubjetiva.

Não há norma jurídica ou técnica hermenêutica e argumentativa que consiga mudar a realidade se não existir vontade humana para tanto. Até porque referida norma precisa ser aplicada por alguém, por um ser humano, que é o único capaz de pensar, dotado de razão. E o julgador, ao proferir uma decisão, utilizará de todos os fundamentos filosóficos da Hermenêutica, de forma automática, na captação e aplicação de sentidos das normas jurídicas.

O homem toma atitudes por meio de escolhas, é o destinatário da norma jurídica. É de se perceber que por mais que o Direito seja munido de instrumentos de coação e sanção, dentre outros, isto não é suficiente para controlar as condutas sociais. É preciso uma transformação mais íntima do juiz, como ser humano, que o Direito parece não conseguir atingir.

Não se pode cair no subjetivismo e no decisionismo, havendo de se incorporar uma dimensão crítica, influenciada por valores éticos e morais que incorporam a pré-compreensão, que permita aos intérpretes e aos operadores do Direito manter uma postura de vigilância. Assim, os resultados poderão ser justificados perante a sociedade, na forma exigida pelos postulados do Estado de Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro,

p. 1 – 32, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 20 de fevereiro de 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica e Meio Ambiente**: uma proposta de Hermenêutica Ambiental para a efetivação do Estado de Direito Ambiental. 2009. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: Uma Contribuição ao Estudo do Direito. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2004.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

COSTA, Reginaldo da. Justificação racional, idéia de direitos humanos e multiculturalidade. **NOMOS**: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, v. 28.2, jul./dez., p. 279-288, Fortaleza: LCr, 2008.

_____. **Ética e Filosofia do Direito**. Fortaleza: ABC, 2006.

DIAS JÚNIOR, José Armando Pontes. Princípios, regras e proporcionalidade: análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **NOMOS**: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, v. 27, p. 177-201, jul./dez., 2007.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FALCÃO, Raimundo Bezerra; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **A inesgotabilidade do sentido e a inafastabilidade do todo**. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. In: Anais do XVII Encontro

Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Salvador. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Parte I. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. Tradução de António Correia. 8. ed. Coimbra: Coimbra, 1987.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser-moralmente-melhor>>**. Fortaleza: ABC, Fortlivros, 2001.

LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Mandamentos, 2004.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: 70, 1989.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi.

São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. v. 20, n. 3, p. 17-18, jul./set. 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. Porto Alegre: Lugano, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do Direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- ¹ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 13.
- ² É importante mencionar que há estudos desenvolvidos em universidades norte-americanas e europeias no sentido de constatar se os demais animais, chamados de não-humanos, teriam uma “racionalidade”, ainda que mínima, por meio de testes e experimentos, fortalecendo uma suposta vertente do direito intitulada de Direito Animal. SINGER, Peter. **Libertação animal**. Porto Alegre: Lugano, 2004, p. 3-10.
- ³ HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. Tradução de António Correia. 8. ed. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 29.
- ⁴ A explicação de fusão de horizontes, assim como de compreensão, será realizada mais adiante.
- ⁵ HESSEN, op. cit., p. 29.
- ⁶ FALCÃO, op. cit., p. 14.
- ⁷ Ibid., p. 14.
- ⁸ LIMA, Francisco Meton Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional**: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser-moralmente-melhor>>. Fortaleza: ABC, Fortlivros, 2001, p. 243.
- ⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. v. 20, n. 3, p. 17-18, jul./set. 1996.
- ¹⁰ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 197.
- ¹¹ FALCÃO, op. cit., p. 84.
- ¹² COSTA, Reginaldo da. **Ética e Filosofia do Direito**. Fortaleza: ABC, 2006, p. 45.
- ¹³ FALCÃO, Raimundo Bezerra; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **A inesgotabilidade do sentido e a inafastabilidade do todo**. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Salvador. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2008, p. 1005.
- ¹⁴ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: Uma Contribuição ao Estudo do Direito. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2004, p. 25.
- ¹⁵ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: 70, 1989, p. 24.
- ¹⁶ GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional**: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 48-49.
- ¹⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Parte I. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 141.
- ¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 78.
- ¹⁹ GOMES, op. cit., p. 54.
- ²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 314.
- ²¹ LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 135.
- ²² HEIDEGGER, op. cit., p. 209-210.
- ²³ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 35.
- ²⁴ GADAMER, op. cit., p. 74-81.
- ²⁵ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 271.
- ²⁶ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3.ed. São Paulo: Mandamentos, 2004, p. 39.
- ²⁷ CAMARGO, op. cit., p. 48-51.
- ²⁸ BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica e Meio Ambiente**: uma proposta de Hermenêutica Ambiental para a efetivação do Estado de Direito Ambiental. 2009. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2009, p. 150.
- ²⁹ Devido à complexidade do tema, são vários os autores que se dedicam ao estudo da teoria da justiça, como Kelsen, Bobbio, Rawls, Habermas, Dworkin, Alexy, dentre outros.
- ³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 247-248.
- ³¹ A norma jurídica como objeto cultural será abordada no tópico que aborda Hermenêutica e Direito.
- ³² Liberdade e razão tornaram-se pilares da estrutura da modernidade, sob a influência do Iluminismo e da Revolução Francesa. O homem acreditava que, por intermédio da ciência, todas as suas inquietações e seus problemas estariam resolvidos. Diante disso, a Sociologia vem apontando o surgimento da pós-modernidade, caracterizada pela liquidez dos conceitos, conforme aponta Bauman. Diz-se líquido aquilo que não é sólido, isto é, o que não se enquadra em formas rígidas. Ao contrário, trata-se de conceitos maleáveis, flexíveis, fluidos. Essa nova realidade reflete diretamente na vida do homem que sofre diante da crise de valores, da falta de referência. BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 155.
- ³³ FALCÃO, op. cit., p. 37-38.
- ³⁴ BELCHIOR, op. cit., p. 165.
- ³⁵ Objeto natural é tudo o que está natureza, sem intervenção humana.
- ³⁶ FALCÃO; BELCHIOR, op. cit., p.1005.

- ³⁷ No atual momento de pós-positivismo, como se verá durante o desenvolvimento desse trabalho, com a normatização dos princípios, os fundamentos éticos e axiológicos passam a ter importante guarida na Ciência do Direito.
- ³⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 74.
- ³⁹ LUÑO, op. cit., p. 270.
- ⁴⁰ CAMARGO, op. cit., p. 17.
- ⁴¹ Um ponto importante para se refletir é sobre a universalidade dos direitos humanos sob a ótica dos fundamentos filosóficos da Hermenêutica e do Direito. Será que há possibilidade de existirem direitos iguais para todas as pessoas, em todos os países no auge no multiculturalismo? Ou melhor, há direitos mínimos a serem invocados na roupagem dos direitos humanos? Entende Costa que “a tese da universalidade dos direitos humanos, para além da autocompreensão das culturas e das tradições, pode revelar-se apenas como uma postura arbitrária e autoritária de uma cultura (a cultura burguesa ocidental) que pretende arbitrariamente se impor sobre outras culturas, a não ser que consigamos justificar racionalmente [...] a validade universal da idéia de direitos humanos [...]” COSTA, Reginaldo da. Justificação racional, idéia de direitos humanos e multiculturalidade. **NOMOS: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, v. 28.2, jul./dez., p. 279-288, Fortaleza: LCr, p. 287.
- ⁴² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 22.
- ⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Trecho retirado de prefácio da obra de TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do Direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ⁴⁴ COSTA, Reginaldo da. **Ética e Filosofia do Direito**. Fortaleza: ABC, 2006, p. 29.
- ⁴⁵ Na lição de Barroso, “o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.” BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro, p. 1 – 32, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 20 de fevereiro de 2009, p. 19.
- ⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-63.
- ⁴⁷ DIAS JÚNIOR, José Armando Pontes. Princípios, regras e proporcionalidade: análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **NOMOS: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 27, p. 177-201, jul./dez., 2007, p. 178.
- ⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 135-144.
- ⁴⁹ Ibid., p. 31-49.
- ⁵⁰ Ibid., p. 135-144.
- ⁵¹ GRAU, op. cit., p. 178-179.
- ⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 701.
- ⁵³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78-79.
- ⁵⁴ BARROSO, op. cit., p. 14.
- ⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.
- ⁵⁶ Ibid., p. 52.
- ⁵⁷ Ibid., p. 47-48.
- ⁵⁸ Ibid., p. 48.
- ⁵⁹ ALEXY, op. cit., p. 117-118.
- ⁶⁰ SILVA, op. cit., p. 50.
- ⁶¹ O art. 4º, do Decreto-Lei 4657/42, que introduziu a Lei de Introdução ao Código Civil no ordenamento jurídico brasileiro, dispõe que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.
- ⁶² PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 13.
- ⁶³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz**. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 19.
- ⁶⁴ COSTA, op. cit., p. 29-30.
- ⁶⁵ HABERMAS, op. cit., p. 248.
- ⁶⁶ CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 15.