Número 23 – julho/agosto/setembro de 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA - UM NOVO CAMINHO PARA A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

LÍZEA MAGNAVITA MAIA
Procuradora do Estado da Bahia

1. INTRODUÇÃO

O modelo de racionalidade científica que reinou soberano desde o século XVI, vem apresentando sinais de cansaço, crise desencadeada, em parte, pelo seu crescimento extraordinário que culminou com a percepção de seus limites. Progressivamente as teorias científicas foram desmontando dogmas do passado, levando a uma reflexão espistemológica acerca do conhecimento científico que resgata a importância da filosofia como bússola deste conhecimento. Finalmente, as ciências humanas passaram a questionar os métodos seguidos pelas ciências naturais, deixando de equiparar os fatos humanos aos da natureza.

A crise dessa racionalidade instrumental ecoa no Direito, e antigas crenças são questionadas, a exemplo da neutralidade e objetividade do jurista. Os métodos interpretativos construídos pela racionalidade instrumental não mais convencem de que seja, sempre, possível chegar-se a uma única resposta jurídica contida no texto legal que cumpra com as exigências de certeza e segurança prometidas pela Ciência do Direito.

Alterou-se o cenário sócio-político que permitiu a construção do Estado Moderno e do princípio da separação dos poderes, responsável pela limitação do Juiz à posição de mera boca que pronuncia a lei. Resquício de uma tradição iluminista, o positivismo jurídico identificou o Direito com a norma, concebeu um ordenamento jurídico completo e unitário e consagrou um Direito formal que encontrou na subsunção o único critério para a aplicação válida das normas.

No contexto desse racionalismo moderno ocidental, surgiu a hermenêutica jurídica como disciplina dogmática que visa extrair o verdadeiro sentido da norma jurídica, utilizando-se, para isto, de uma metodologia instrumental-objetiva estabelecida pela Teoria Geral de Interpretação e Aplicação do Direito.

Para o Positivismo Jurídico era importante que a hermenêutica jurídica se limitasse a uma tarefa meramente declarativa de um direito preexistente, revelando, nos textos legais, a intenção do legislador, o que garantiria a segurança e a previsibilidade desejadas: a Escola da Exegese é a que melhor representa este ideal.

Entretanto, esse ideal positivista que reinou soberano entre os juristas brasileiros desde o início do século XX, não mais atende aos anseios de uma sociedade em constante transformação. Esta crise do paradigma positivista, em última análise, é uma crise do paradigma da racionalidade instrumental que fracassou no seu projeto de dominação da natureza, da sociedade e, finalmente, do homem.

O casamento da ciência com o sistema capitalista alterou o projeto inicial de uma ciência emancipatória do homem para uma ciência escravizadora deste homem, descomprometida socialmente. (SANTOS, 2001).

Nesse contexto de crise do paradigma da ciência moderna, a proposta de pensar o problema da hermenêutica constitucional sob a ótica da hermenêutica filosófica de Gadamer revela-se de grande utilidade para uma compreensão mais profunda do fenômeno Direito, pois inaugura um novo enfoque, que prioriza o questionamento acerca do próprio fenômeno da hermenêutica, não mais limitada ao estudo dos métodos adequados para a descoberta do verdadeiro sentido da norma.

A partir de Gadamer, a hermenêutica jurídica não mais poderá ser reduzida a uma cartilha de técnicas interpretativas utilizadas para extrair o verdadeiro significado do texto legal. Disto decorre que a interpretação deixa de ser considerada um processo de reprodução de um sentido previamente dado pelo autor do texto, passando a ser considerada um acontecer no qual ocorre uma construção do sentido pelo intérprete, responsável, assim, pela mágica de fazer o texto falar, no dizer de Larenz (1997).

Refletir sobre a história efeitual, a pré-compreensão do intérprete, o círculo hermenêutico, a universalidade do fenômeno hermenêutico e, finalmente, sobre a linguagem irá possibilitar uma nova visão sobre o fenômeno do compreender jurídico: uma análise, sem dúvida, mais completa deste compreender, considerado na sua complexidade, entre desafios e limites.

O presente trabalho parte do pressuposto de que a hermenêutica filosófica inaugura uma nova era de indagações e reflexões no estudo da hermenêutica jurídica, que não podem ser desprezadas pelo estudioso do direito, sob pena de enclausuramento e alienação do seu saber.

Considerando a importância dessa mudança de rota para a melhor compreensão do fenômeno jurídico, ocupa-se o presente estudo em compreender qual o impacto dessas revelações trazidas pela hermenêutica filosófica no horizonte da hermenêutica constitucional, questão aqui escolhida para debate por representar, indubitavelmente, o grande desafio hermenêutico da contemporaneidade, principalmente em países com graves problemas sociais e que sofrem de “baixa constitucionalidade”, no dizer de Streck (2004).

2. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.

2.1. Princípais Autores.

2.1.1 Heidegger e a Fenomenologia

Martin Heidegger (1889-1976), em sua obra máxima – "Ser e Tempo" –, escrita em 1926, vai associar à hermenêutica uma perspectiva fenomenológica do ser, redirecionando o seu estudo, que não estará apenas vinculado às condições prévias da interpretação de textos mas, sim, a todo o pensamento humano. Trata-se de uma verdadeira revolução no estudo da hermenêutica, agora compreendida como manifestação do ser do ente homem, revelada pelo método fenomenológico de abordagem, já que, segundo Silva Filho:

> [...] o ser-aí caracteriza-se por ser um ente que atua a partir de uma certa compreensão do seu próprio ser, uma compreensão que se transmuda ao longo da experiência histórica, e que se revela, na linguagem heideggeriana, como uma interpretação fundada no momento mais radical, o da abertura para o mundo, o da compreensão primeira, a partir da qual se desenvolve a ação humana. (2003, p. 57).

A compreensão existencial, definida por Heidegger[1] (2004) como o momento prévio e fundante da compreensão, não ocorre de forma estática mas, sim, em uma dinâmica circular que acontece na história e na temporalidade. Tem-se aqui o círculo hermenêutico ontológico.

Não se trata mais de encarar a hermenêutica como arte instrumental para a decodificação de textos, como ocorre em Schleiermacher, ou mesmo como o fundamento epistemológico das ciências do espírito, como ocorre em Dilthey, mas sim de compreendê-la como o fundamento ontológico do próprio ser-aí, como bem observou Silva Filho (2003), do que se deduz que o ser-aí tem como característica fundamental e peculiar, justamente o fato de possuir uma certa compreensão de si mesmo, compreensão esta que influencia a sua compreensão dos demais entes.

Também Gadamer[2] (2003) festeja a radicalidade dos questionamentos de Heidegger, a quem atribui a saída do labirinto criado por Dilthey e Husserl com suas investigações sobre os conceitos fundamentais das ciências do espírito. Compreender, para Heidegger, é a forma originária de realização da presença, que é ser-no-mundo; é o caráter ontológico original da própria vida humana. A partir desta perspectiva, o problema da hermenêutica das ciências

[1] Todas as citações a Heidegger se referem a obra Ser e tempo. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

[2] As citações a Hans Georg Gadamer que não se encontram especificadas, se referem a obra "Verdade e Método". Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003. Vol. 1.

do espírito apresenta-se totalmente diferente, sendo este o foco da investigação desenvolvida, posteriormente, por Gadamer.

É interessante observar que, em Heidegger, a compreensão sempre antecede a interpretação, pois o sentido dos entes chega até os homens pela linguagem, antes que ele possa ter consciência disto. A consciência prévia é, portanto, o saber inconsciente do homem acerca dos sentidos das coisas do mundo que lhe são disponibilizados enquanto homem inserido no mundo. Depois de envolvido inconscientemente pelos sentidos das coisas do mundo, o homem passa a desenvolver as possibilidades de sentido já anteriormente dadas, interpretando-as.

Interessante o registro de Grondin (1999, p. 172) sobre a advertência de Heidegger acerca da tendência de se encarar enunciados como simples afirmações sobre objetos presentes e constatáveis, porque com isto se desconsidera o enraizamento da linguagem na estrutura de cuidado do ser-aí.

Ao assumir o círculo hermenêutico como o modo de ser do ser-aí, Heidegger (2004) irá romper com a tradicional noção dicotômica de sujeito e objeto e com a noção de conhecimento, enquanto representação do real. Entretanto, isso não significa o aprisionamento da interpretação como reflexo condicionado da compreensão prévia, pois incita o homem a interpretar, voltando-se para o seu horizonte prévio, como forma de tornar a compreensão transparente para ela mesma (SILVA FILHO, 2003, p. 65). São estas as principais idéias desenvolvidas por Gadamer (2003) na sua obra "Verdade e Método".

2.1.2 Gadamer e a Hermenêutica Filosófica

Em "Verdade e Método", escrita em 1960, Hans-Georg Gadamer[3] (1900-2002) combateu com convicção a obsessão metodológica, levada a cabo por aqueles comprometidos em assegurar, a qualquer custo, a cientificidade das ciências do espírito. Para Gadamer, "o caráter científico das ciências do espírito se pode 'antes compreender com base na tradição do conceito de formação cultural, do que a partir da idéia da ciência moderna'" (apud GRONDIN, 1999, p. 183).

Na avaliação de Lixa (2000), não pretende Gadamer menosprezar a discussão metodológica no âmbito doutrinário hermenêutico mas enfatizar que existe verdade para além do método, afinal, muito antes da ciência se preocupar com a hermenêutica o homem já interpretava mensagens: "Nós antes compreendemos, responde a hermenêutica, porque alguma coisa oriunda de uma tradição à qual pertencemos – por solta que seja essa ligação – é capaz de dirigir-se a nós" (GRONDIN, 1999, p. 198).

Não pretendeu Gadamer negar a vinculação do intérprete jurídico ao texto normativo, pelo contrário, dirá ele –

[3] As citações a Hans Georg Gadamer que não se encontram especificadas, se referem a obra "Verdade e Método". Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003. Vol. 1.

> A idéia do direito contém a idéia da igualdade jurídica. Se o soberano não está submetido à lei, mas pode decidir livremente acerca da sua aplicação, fica então, obviamente, destruído o fundamento de toda hermenêutica. Aqui também se mostra que a interpretação correta das leis não é uma simples teoria da arte, uma espécie de técnica lógica da subsunção sob parágrafos, mas uma concreção prática da idéia do direito. A arte dos juristas é também o cultiva do direito. (GADAMER, 1983, p. 63/64)

Na obra citada, Gadamer se ocupa do estudo das condições de possibilidade da compreensão e interpretação, a partir da experiência humana. Não há aqui, portanto, pretensão de oferecer uma teoria geral de interpretação que discuta qual a metodologia mais adequada para uma compreensão correta de textos. O autor reflete sobre a inviabilidade da aplicação de métodos para o domínio e controle da experiência da linguagem, pois esta não se deixa capturar pelo sujeito racional a partir de um contexto objetivável e isolado. A linguagem pertence a uma tradição que se encontra em continuada formação; esta pluralidade de vozes que ecoa do passado e se integra no presente para a construção do futuro, não pode ser isolada de nós mesmos para melhor investigação. Daí a perda de prestígio do método, enquanto instrumento que permite isolar determinados domínios ou ocorrências para torná-los controláveis (GRONDIN, 1999).

Com isso ele inaugura uma nova abordagem sobre o tema, provocando importantes transformações na moderna teoria hermenêutica. É pertinente trazer aqui a observação de Fernandez-Largo sobre o condicionamento sofrido pela compreensão em relação às possibilidades da razão humana:

> *En este sentido, la propuesta gadameriana es un toque de atención en el pensamiento moderno para prestar más oídos a la realidad constitutiva de la cultura. El comprender es una actividad condicionada por las posibilidades de la razón humana y por la revelabilidad implicada en el interpretandum. Por ello, la nueva teoría no pretende erigirse en una superciencia omniabarcante de todo saber, y sí alcanzar, en cambio, un análisis de lo que es el comprender peculiar de un existente finito y limitado, es decir, no más que 'las condiciones necesarias bajo las que él mismo se encuentra'. (FERNANDEZ-LARGO, 1993, p. 109).*

A hermenêutica filosófica irá dizer que a interpretação jurídica de um texto não é o resultado da aplicação dos cânones interpretativos, pois o intérprete não se dirige ao texto como um cientista que lavou as mãos, se livrou de todas as bactérias, e manipulou o objeto de experimentação com alguns instrumentos. Não! A interpretação não é uma forma de conhecimento, como diz Streck (2004) é uma forma de ser no mundo – "Uma experiência hermenêutica no es algo que podemos planear y controlar en um laboratorio,

sino que nos sucede, nos derrumba y obliga a pensar de outro modo". (GADAMER APUD STRECK, 2004, p. 272).

Portanto, o intérprete é antes jogado no universo de significações, na lingüisticidade do mundo, sendo muito mais possuído pela linguagem do que um ser que a possui –

> O intérprete não interpreta do alto de uma relação sujeito-objeto. Estará, sim, sempre inserido em uma situação hermenêutica. Há uma "situação lingüística", não sendo a linguagem algo que esteja à disposição do intérprete , circunstância que inexoravelmente transformaria a atividade de interpretar em um ato voluntarista. Ao contrário disto, o intérprete "pertence" a essa lingüisticidade." (STRECK, 2004, p. 247)

O intérprete não tem acesso ao texto sem compreendê-lo, sendo ilusório acreditar que tal compreensão resultou da utilização de certos métodos. O intérprete já traz a sua pré-compreensão que se traduz no conjunto de significados no qual já se encontra inserido e que servem de ponte para que ele compreenda determinado texto, como diz STRECK (2004) ele só enxerga o fuzil porque antes ela já compreendia o que era uma arma.

Nós já nos encontramos inseridos no mundo de significações do Direito e são esses esboços que carregamos, esses sentidos antecipados, que são o nosso único acesso ao sentido do texto – "sempre chegamos demasiadamente tarde quando tratamos de compreender e submeter a um método aquilo que realmente entendemos". (GADAMER, 2003, p. 375).

Essa antecipação, porém, poderá ser desocultada no círculo hermenêutico, afinal é justamente por se dar conta da sua pré-compreensão que o intérprete tem a chance de rever os seus pré-conceitos com a novidade trazida pelo texto e é esta possibilidade de ver o novo que nos lega a hermenêutica filosófica, ensinando que a hermenêutica não é um modo de conhecer é um modo de ser, pois a compreensão não depende de um método para acontecer. O intérprete jurídico ao interpretar a norma não irá conhecer a norma, irá antes permitir que a norma realize a sua possibilidade de sentido. Por isso STRECK falará do salto da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão.

Daí concluir Streck (2004) que a tarefa da hermenêutica é antes esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão, explicitando-a através de uma racionalidade discursiva-argumentativa, trata-se de entender a diferença existente entre compreender e depois explicitar o que foi compreendido.

Heidegger rompe com qualquer tentativa de estabelecer um último fundamento atemporal para o conhecimento humano, através de uma compreensão metodizável. Com pertinência, lembra Grondin que:

> Em vez de perseguir o fantasma de um último fundamento, Heidegger recomendava estabelecermo-nos radicalmente ao nível da finitude, elaborando a própria estrutura preconceituosa como estrutura positiva

> e ontológica da compreensão, para percebermos as nossas próprias possibilidades, a partir da nossa situação existencial. (1999, p. 180).

Gadamer parte da descoberta de Heidegger sobre a estrutura ontológica do círculo hermenêutico e acrescenta o seu caráter universal e histórico, transformando a historicidade da compreensão em um princípio hermenêutico. Trata-se de enxergar a estrutura prévia da compreensão, composta de pré-conceitos que são, sempre, condições transcendentais da própria compreensão, não podendo jamais ser afastados.

Entretanto, isto não justifica a alienação do intérprete que, ciente dos seus limites, deve buscar, segundo Gadamer, "dar-se conta da própria preconceituosidade, para que o próprio texto se apresente em sua diversidade e chegue, assim, à possibilidade de jogar a sua própria verdade objetiva contra a própria 'pré-compreensão'" (apud GRONDIN, 1999, p. 187-188).

Gadamer irá falar de uma fusão de horizontes entre a pré-compreensão do intérprete e a novidade trazida pelo texto, cabendo ao intérprete não apenas tomar consciência dos seus pré-juízos para afastá-los, quando arbitrários, como também adotar uma postura de abertura para a novidade contida no texto: "Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa" (GADAMER, 2003, Vol. 1, p. 358).

A interpretação surgirá desse diálogo entre a pré-compreensão do intérprete e a novidade do texto. Deste encontro, não apenas o texto ganhará um novo sentido atribuído pelo intérprete mas, também, a pré-compreensão do intérprete ganhará um novo sentido em contraste com a novidade do texto. A compreensão autêntica é encarada como uma conversação realizada através da dialética da pergunta e da resposta, desenvolvida pelo intérprete, em confronto com o texto.

Gadamer registra o alerta de Heidegger para que o círculo hermenêutico não seja degradado a um círculo vicioso, pois ele esconde um conhecimento mais originário, adquirido a partir da tarefa primordial da interpretação, qual seja, não permitir que a visão prévia seja ditada por intuições ou pelo senso comum mas, sim, a partir da coisa ela mesma.

É interessante observar a preocupação do autor em recomendar ao intérprete a adoção de uma postura de abertura para o texto, ao tempo em que deve "proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para 'as coisas elas mesmas'" (GADAMER, 2003, vol. 1, p. 355).

A consciência crítica de que parte o intérprete é fundamental para o acontecer de uma compreensão autêntica. É, justamente, por saber que a compreensão pode se deixar conduzir por pré-concepções arbitrárias e falsas, não sendo este risco nunca afastado totalmente, que deve o intérprete se esforçar para desenvolver uma estratégia de compreensão adequada à sua realidade e que o auxilie na tomada de consciência acerca dos pré-conceitos enganadores que o impedem de enxergar a novidade trazida pelo texto. Afinal, segundo Gadamer, "são os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição" (2003, vo. 1, p. 359). E conclui:

> Quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas 'nas coisas', tal é a tarefa constante da compreensão. Aqui não existe outra 'objetividade' a não ser a confirmação que uma opinião prévia obtém através de sua elaboração. Pois o que é que caracteriza a arbitrariedade das opiniões inadequadas senão o fato de que no processo de sua execução acabam sendo aniquiladas? A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validez. (GADAMER, 2003, vol. 1, p. 356).

Ao contrário da ingênua crença professada pela hermenêutica instrumental acerca da autonomia textual, o que permitirá defender a objetividade do intérprete, a hermenêutica filosófica afastará qualquer pretensão de totalidade da interpretação, que só ocorrerá a partir da pré-compreensão de um intérprete inserido na tradição e ciente da sua historicidade.

> A compreensão é sempre a continuação de uma conversação já iniciada antes de nós. Projetados para dentro de uma determinada interpretação, nós continuamos essa conversação. Dessa forma, nós assumimos e modificamos, por novos achados de sentido, as perspectivas de significado que nos foram transmitidas, com base na tradição e do seu presente em nós. (GRONDIN, 1999, p. 194).

Os pré-conceitos do intérprete dão o tom da sua historicidade e o situam no ambiente temporal do qual parte para a realização da experiência hermenêutica; daí Gadamer afirmar que "os preconceitos de cada um, muito mais do que os seus juízos, são a realidade histórica de seu ser" (apud GRONDIN, 1999, p. 191).

A historicidade é elevada à condição de princípio hermenêutico, situada como pré-estrutura ontológica da compreensão, caracterizando a hermenêutica como acontecer histórico, sendo afastada a obsessão epistemológica do historicismo em alcançar um saber absoluto da História, como se fosse possível escapar do condicionamento histórico inevitável a todo saber humano.

Gadamer alerta para a ilusão alimentada pelo historicismo de que seria possível, através de uma metodologia adequada e segura, afastar os

preconceitos, garantindo certa objetividade às ciências do espírito, pois, afinal, nós pertencemos à história mais do que ela nos pertence. Não há dúvidas de que a consciência histórico-efetual é uma importante contribuição para a tomada de consciência da própria finitude humana. (GRONDIN, 1999).

Morre a figura do intérprete soberano que interpreta por partes, utilizando este ou aquele método de interpretação, que irá apenas reproduzir o significado imanente ao texto e, em seu lugar, nasce um intérprete contaminado pela pré-compreensão (faticidade e historicidade) e condenado a interpretar como condição de ser-no-mundo.

A hermenêutica é, pois, um imperativo da condição de ser do homem, mas não de um homem isolado e, sim, de um homem inserido em uma tradição que, em última análise, definirá a sua pré-compreensão. A linguagem não está mais à disposição deste intérprete, ela é a condição de possibilidade para a sua própria compreensão. Disto decorre que a interpretação não é um processo de reprodução de um sentido previamente dado pelo autor do texto mas, um acontecer, no qual ocorre uma atribuição de sentido pelo intérprete, responsável, assim, pela mágica de fazer o texto falar, no dizer de Larenz (1997, p. 441). Também Grondin reconhece que, para Gadamer: “A compreensão, motivada por eventuais questionamentos, não é apenas uma conduta reprodutiva, mas também, já que ela implica aplicação, uma conduta produtiva” (1999, p. 193).

É natural que Gadamer, citado por Streck (2003, p. 209-210), critique o positivismo legal partidário de uma hermenêutica instrumental destinada à reprodução do sentido dado pelo texto legal, pois, em Gadamer, o processo hermenêutico será sempre produtivo. E é aqui que se situa o interesse da presente investigação, o de saber de que maneira a hermenêutica filosófica de Gadamer influenciará o intérprete do direito, especialmente quando defrontado com o desafio de dar vida ao texto constitucional.

2.2. Principais Características.

A hermenêutica filosófica dirá que toda interpretação jurídica é também filosofia; é essencialmente reflexão criativa. Tal percepção irá inaugurar uma nova etapa na compreensão do Direito, pois o Direito passa a ser encarado a partir de uma perspectiva revolucionária, que não mais se confunde com a simples decodificação de um dado prévio (o texto legislativo) pelas técnicas interpretativas, passando a ser reconhecido como uma área do saber, construída histórica e socialmente a partir dos conflitos, da reflexão do caso concreto, onde o intérprete ocupa um lugar exponencial, de total responsabilidade e comprometimento para com a interpretação.

Ao construir o sentido da norma o intérprete contrói o seu próprio sentido, pode-se dizer que a hermenêutica permite que com a contrução do sentido da norma se opere a contrução de sentido do próprio homem - revelar a norma é sempre um revelar-se.

A fusão de horizontes permitirá que o intérprete não apenas agregue os seus valores, a sua história, os seus sentidos, no seu entender do que seja a norma, mas também permitirá que ele se reinvente, se reinterprete a partir dela, ou seja, a norma é sempre uma oportunidade de reflexão sobre si próprio.

É por isso que está aberto para o novo do texto significa abrir a porta para ser diferente após uma interpretação, seja o texto um romance, uma poesia, ou um texto jurídico, a exemplo do art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 que traz como fundamento da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana.

Fechar esta possibilidade é cair do automatismo de repetir-se, repetir-se e repetir-se.

Temos feito isso em nome de garantir uma pseudo segurança jurídica. Temos conseguido de fato? Podemos dizer que no Brasil existe segurança jurídica para todos, independente da classe social dos litigantes, do juiz que ocupa o cargo, ou da repercussão do caso concreto?

Quem responde a esta questão é Vidal, baseado nos resultados da pesquisa de Oscar Vilhena:

> *O estudo de caso de Oscar Vilhena indica que a imprevisibilidade, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, emerge, com maior nitidez nas hipóteses em que estão em jogo interesses de políticas governamentais, tendência esta que também sofre reforços ideológicos de política legislativa, com a ameaça ao sistema difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, o que ocorreu a partir da Emenda Constitucional nº 3, de 7 de junho de 1994, que inclui na ordem constitucional a ação declaratória de inconstitucionalidade. (VIDAL, 2003, p. 81).*

Quando, com Gadamer, a hermenêutica deixa de ser vista como método e passa ser vista como filosofia, também o intérprete deixa de ser visto como técnico e passa a ser visto como filósofo e é, também, como filósofo que este intérprete deve se portar perante o Direito, compreendendo os limites e as possibilidades da compreensão autêntica. E esses limites mostram que é preciso abandonar a pretensão de totalidade da interpretação, pois esta só ocorrerá a partir da pré-compreensão de um intérprete inserido em uma tradição, que é preciso abandonar uma hermenêutica concebida para ser mero instrumento de alcance da verdade imanente ao texto jurídico.

Na hermenêutica filosófica, o intérprete recupera sua importância como ser que participa do significado do texto, a partir de um diálogo autêntico com este e com a tradição e desta forma restabelece a sua responsabilidade na compreensão. No lugar de uma hermenêutica instrumento para a reprodução do texto legal, nasce uma hermenêutica filosófica de criação da norma jurídica, no lugar de um intérprete que se limita a repetir as palavras do legislador, surge um intérprete que reflete criativamente o texto a partir do seu contexto.

Traça-se um divisor de águas entre uma interpretação por subsunção, onde o intérprete se limita a repetir conceitos abstratos pré-estabelecidos pela dogmática tradicional, muitas vezes sacrificando os fatos em prol da generalidade da norma, e uma compreensão autêntica que reflete criticamente a tradição jurídica com vistas à concretização da norma, sempre a serviço da realidade social.

Sem dúvida esse é o intérprete que vai dar vida ao texto constitucional, pois não é mais escravo de um positivismo formalista, nem de uma

hermenêutica instrumental, nem de seus próprios pré-juízos; é um intérprete que assume uma postura crítica e reflexiva ante a herança legada pela tradição positivista e não despreza o contexto de aplicação da norma jurídica. A ênfase do estudo migra da abstração da norma para a aplicação da norma.

Se os direitos sociais precisam ser encarados a partir de uma perspectiva revolucionária que rompa com o "senso comum teórico dos juristas", esta perspectiva é dada pela hermenêutica filosófica que reconduz o intérprete ao papel de protagonista da interpretação e o situa no tempo e no espaço da aplicação desta interpretação, fundindo esses momentos em um só – a compreensão autêntica.

A percepção de que toda interpretação jurídica é também uma interpretação histórica, sendo o tempo o elemento estrutural de toda compreensão, constitui uma importante reflexão para a hermenêutica dos direitos sociais, pois se reconhece como condição de possibilidade para toda interpretação, a existência de um ser histórico que pergunta ao texto, sempre dentro de um contexto, sempre a partir da sua pré-compreensão.

O intérprete é instado a tomar consciência de que ele se encontra inserido nos efeitos da historicidade e essa consciência, chamada por Gadamer de história efeitual, permite ao intérprete enxergar um horizonte, ou seja, permite que ele veja além daquilo que lhe é determinado pela tradição, não estando limitado ao imediato circundante. A verdade não é mais metafísica, não é mais a expressão da essência das coisas, a verdade é sempre uma verdade histórica.

A interpretação jurídica é um acontecer historicamente situado e não um revelar de uma única possibilidade de sentido, encarada como verdade objetiva e estática. Gadamer alerta para a ilusão de que a metodologia poderia funcionar como um filtro do subjetivo, como se a subjetividade do intérprete não constituísse um dado histórico prévio de toda compreensão (LIXA, 2000).

O tempo deixa de ser visto como obstáculo para a interpretação e passa a ser encarado como condição de possibilidade de toda compreensão. O intérprete historicamente situado compreende que não pode dispor da sua temporalidade e que não pode querer compreender uma realidade que não seja histórica, sendo ele mesmo um ser histórico.

Fica fácil entender porque um texto jurídico pode e deve ser interpretado de diferentes perspectivas considerando o contexto histórico do intérprete: porque isso amplia as possibilidades para a interpretação, pois o contexto histórico passa a ser um elemento essencial na aplicação da norma.

No entanto é importante alertar que o homem, como já foi dito, não é apenas um ser que sofre a história, mas é também um ser que a constrói, tratando-se, aqui, de reconhecer que, apesar de sempre partir de uma determinada pré-compreensão, o homem não está condenado a ser escravo dela, podendo tomar consciência dos pré-juízos arbitrários, confrontá-los e até substituí-los pela novidade trazida pelo texto.

Os conceitos prévios vão sendo substituídos por outros mais adequados. A tarefa hermenêutica ocupa-se com a reflexão sobre os pré-juízos autênticos e inautênticos, os que merecem influenciar a compreensão e os que merecem ser afastados para abrir espaço para novas compreensões.

Segundo Giacomini (2003), os pré-juízos legítimos (autênticos) são os juízos prévios que se projetam da coisa e estão em acordo com ela; os pré-

juízos ilegítimos (inautênticos) são aqueles que, por estarem em desacordo com a coisa, terminam por prejudicar a compreensão, chegando a produzir mal-entendidos; daí a necessidade de uma constante projeção e confirmação do sentido a partir da coisa mesma. Interessante observar que, para Gadamer, a distância temporal muito auxiliará nesta tarefa de distinção entre pré-juízos autênticos e inautênticos.

Donde se conclui que toda interpretação jurídica está inserida em uma tradição jurídica, mas não está restrita a ela, pois, se a tradição é o ponto de partida de toda compreensão, não está certo dizer que é sempre o ponto de chegada, já que a interpretação sempre guarda a possibilidade do novo, de ser uma nova leitura das normas jurídicas, podendo o Direito ser renovado a cada nova aplicação (OHLWEILER, 2004). Trata-se de reconhecer a liberdade de espírito como essência do humano, que a exerce no diálogo com o passado.

Importante reconhecer aqui que a hermenêutica filosófica não pretende uma interpretação arbitrária, pois "a continuidade da tradição obrigará a uma justificação dialogada, controlada e confrontada com essa mesma tradição, o que exclui qualquer resultado e circunscreve a área da compreensão legítima" (STRECK, 2003, p. 212).

Cabe aqui, novamente, a ressalva feita por Fernandez-Largo (1992) de que a nova compreensão, ao realizar uma justificação frente à tradição, estabelece um limite para a interpretação, sendo ela, sempre, uma interpretação possível, mas não uma interpretação qualquer.

Daí a exigência maior de justificação ao se tentar romper com pré-conceitos estabelecidos pela tradição jurídica, pois o passado não deve ser abandonado apenas porque é passado, mas porque assim exige a consciência hermenêutica, ao refletir sobre a realidade presente. Aparece aqui com uma ênfase renovada a necessidade de melhor trabalhar a tarefa de justificação da interpretação, pois é essa justificação que vai dar o tom de legitimidade à compreensão obtida, permitindo o exercício de um verdadeiro controle da racionalidade.

Streck reconhece que em toda interpretação concorrem elementos gramaticais, teleológicos, sistemáticos, etc., pois não é concebível interpretar sem ser a partir de um texto, sem pensar na sua finalidade e sem relacionar a parte com o todo, mas isso não garantirá a segurança jurídica, tampouco explica como se dá a compreensão, servindo apenas de esconderijo do intérprete para se eximir de qualquer responsabilidade pelo Direito que aplica, pois sua missão aqui se restringe a revelar, através dos métodos interpretativos, o sentido da norma, deixando para o legislador toda a responsabilidade pelas injustiças que decorrem da sua aplicação, no dizer de Dalari (1980).

Daí esclarecer STRECK (2004, p. 251) que a hermenêutica não pode ser confundida com teoria da argumentação jurídica ou com qualquer técnica de interpretação, que cuida da racionalidade discursiva que busca a explicitação do modo estruturante do conhecimento, o que chamaria Putnam de racionaliade II. A hermenêutica busca explicitar a racionalidade I que fundamenta o próprio conhecimento, com o qual o conhecimento nas ciências sempre opera. Não é possível, pois, substituir o standard de racionalidade estruturante da compreensão, racinalidade I, pela racionalidade discursiva, de cunho argumentativo, racionalidade II – "fazer hermenêutica é, então,

esclarecer as condições nas quais ocorre a compreensão, com a qual sempre já estamos, que nos estrutura, que nos coloca no mundo." (STRECK, 2004, p. 267).

A hermenêutica filosófica termina por denunciar a impossibilidade de construção de uma linguagem rigorosa e artificial que dê conta do fato social, que eleja o método do método, que elimine as incertezas que estão no âmago da própria vida.

Não há lugar aqui para falar de uma hermenêutica constitucional *stricto senso* como se fosse mais um método para revelar o sentido do texto, o que levaria também a existência de uma hermenêutica penal, de uma hermenêutica civil, etc. Ao pensar a hermenêutica constitucional a partir das idéias dadas pela hermenêutica filosófica estar-se-á compreendendo que a Constituição não pode ser reduzida a um método de interpretação, não é ferramenta, é sim constituinte de um novo Direito, pois visa a constituição de um novo país. É preciso, pois, indagar pelo sentido da Constituição historicamente situada em 1988 para compreender a sua a força normativa e deixar que venha o novo, o que só pode acontecer quando se aceita o papel transformador do Direito –

> uma Constituição democrática é, antes de tudo, normativa, de onde se extrai duas conclusões: que a Constituição contém mandatos jurídicos obrigatórios, e que estes mandatos jurídicos não somente são obrigatórios senão que, muito mais do que isso, possuem uma especial força de obrigar, uma vez que a Constituição é a forma suprema de todo o ordenamento jurídico" (PÉREZ APUD STRECK, 2004, p. 287)

A efetividade das normas constitucionais implica na realização de sua compreensão autêntica que demanda do intérprete um certo distanciamento dos seus pré-juízos que hodiernamente impedem que o novo constitucional apareça.

A mudança de atitude pressupõe a percepção de que o direito é também uma força transformadora da sociedade, portanto, a hermenêutica filosófica permite que a Constituição possa verdadeiramente constituir o país.

Para isso é imperativo que se compreenda a existência de uma crise no direito; que esta crise compromete a efetividade das normas constitucionais; que o intérprete acorde para a existência da sua pré-compreensão, do círculo hermenêutico, da fusão de horizontes e para a compreensão autêntica; e, por fim, que entenda o seu papel de co-partícipe na contrução do sentido da norma e do poder transformador do Direito.

Como já salientado, ao afirmar que toda interpretação jurídica é uma interpretação histórica, procura-se realçar o comprometimento do intérprete com a realidade circundante, o que foi falseado pelas técnicas de interpretação que prometem extrair, com objetividade, o sentido imanente ao texto jurídico, independente de qualquer elemento subjetivo, garantindo uma segurança jurídica tão almejada, quanto inalcançável.

Não é à toa que, segundo Lixa (2000), compreender o Direito é posicionar-se diante da realidade circundante, apostando em um horizonte ético-político e reconhecendo os pré-condicionantes legados pela tradição.

Sem dúvida, esta postura crítica do intérprete diante da tradição muito o auxiliará na descoberta de uma nova compreensão do texto constitucional. Aqui o intérprete rompe com uma postura de repetição da tradição e assume uma postura crítica diante dessa tradição, o que o liberta para compreensões inovadoras e comprometidas com a efetivação do texto constitucional.

O Direito passa a ser compreendido a partir de duas dimensões: como uma realidade construída (norma positivada) e uma realidade ainda por construir (norma aplicada), pois se ele é uma realidade historicamente construída pelas forças sociais em conflito, ele é também uma realidade por construir, afinal a história ainda está sendo escrita e é nela que o Direito acontece. O alerta é dirigido ao intérprete para que ele não fique alheio a esta realidade, que ocupe o seu lugar, não apenas enquanto ser que sofre a história, mas também enquanto agente que a constrói.

O Direito não está fora da história, ele não paira acima do estágio histórico das civilizações, ele refletirá os avanços e os retrocessos políticos do seu tempo. Portanto, o intérprete, como homem histórico e político tem o poder de dizer e fazer a história, estabelecendo uma relação dialética entre o criador e criatura.

Para Hesse (1991), é preciso reconhecer a força normativa da Constituição, pois a Constituição jurídica não é um simples pedaço de papel desprovido de qualquer potencial transformador da realidade, nem é impotente para dominar, efetivamente, a distribuição do poder.

> A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realiziervare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (Rechtsfragen), em questões de poder (Machtfragen). (1991, p. 25).

Hesse (1991) conclui que, para a Constituição converter-se em força ativa, é necessário que esteja presente na consciência dos responsáveis pela ordem constitucional, assim como na consciência geral, não só a vontade de poder como, também, a vontade de Constituição.

Esta crença na transformação da realidade é enriquecida a partir da compreensão de que toda interpretação jurídica é também linguagem, sendo concebida não mais como instrumento de designação de coisas, mas como constituidora de um mundo, portanto, constituidora do pensamento e do conhecimento humano. Assim como a historicidade, a linguagem passa a ser concebida como condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento e da compreensão.

Tal constatação permite concluir que a missão da hermenêutica, nesse contexto histórico e finito do homem, é revelar as múltiplas possibilidades da interpretação de um texto, a partir de uma atitude de reflexão crítica do intérprete, sendo de crucial importância a pergunta que este faz ao texto, pois, com ela, vem embutido o primeiro esboço de resposta. A hermenêutica assume a sua dimensão crítica e dialógica e o intérprete é convocado a fazer escolhas, pois a interpretação não se limita a um ato de conhecimento, integrando, também, um ato de vontade.

A interpretação jurídica é um acontecer lingüístico e histórico e isso permite reavaliar o papel exponencial do intérprete diante da aplicação da Constituição, não sendo mais possível a este assumir uma postura descomprometida e alienada da realidade social, como se ele não tivesse nenhuma participação na compreensão da norma, mas apenas reproduzisse a intenção do legislador.

O intérprete participa do acontecer lingüístico e histórico que é a compreensão dos direitos sociais e disto ele não pode escapar, pois, para Gadamer, o sentido da palavra é construído na experiência e não um dado já existente; o sentido da palavra não é absoluto, mas construído pelo intérprete, em determinadas circunstâncias fáticas e históricas.

Daí a conclusão de que toda interpretação jurídica é aplicação, sendo adotado por Gadamer o modelo da filosofia prática concebida por Aristóteles na qual razão e ética se confundem, pois não interessa apenas o saber abstrato, mas o saber concreto, o saber para o outro, sendo superada a separação artificial, operada pela tradição idealista, entre a ciência e a ética.

Gadamer dirá que para a compreensão adequada de um texto, seja ele jurídico ou não, deverá ser levado em consideração o momento no qual nos dirigimos a ele, qual seja, o momento da aplicação. Portanto, interessa saber qual o significado do texto a cada momento em que ele é interpretado, tendo cada momento a sua peculiaridade, o seu tom distintivo, pois o momento da interpretação contribui e interfere na captação do sentido do texto, não sendo irrelevante para a sua compreensão. Isto é bem diferente de pretender interpretar o texto para extrair dele um suposto sentido historicamente fixado.

Procura-se prestigiar uma filosofia prática que busque a valorização de uma interpretação prática para o direito, ao invés de uma interpretação puramente teórica e abstrata. A aplicação concreta da norma surge como elemento indispensável para a compreensão de uma norma geral e histórica, sem a qual, qualquer tentativa de interpretação cairia no vazio das teorias normativistas, que reduzem o Direito às suas expressões lingüísticas e formais e não atentam para o rico acontecer da sua aplicação.

Se o momento da aplicação da norma deve interferir significativamente na compreensão desta norma, mais uma vez aqui se sublinha a necessidade do intérprete não se alienar da realidade social mas, ao contrário, buscar adequar o sentido da norma jurídica às contingências da realidade social, importando sempre perguntar qual o significado da norma para a realidade das pessoas que dela necessitam.

Para Hesse, a interpretação deve se submeter ao princípio da ótima concretização da norma:

> Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot opitimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (HESSE,1991, p. 22).

Retoma-se aqui a velha lição deixada por Aristóteles acerca da correção da lei, pela equidade, considerando a impossibilidade da lei, como comando geral, conter em si a realidade prática em toda a sua concreção, sendo, portanto, necessário atenuar o rigor da lei no momento da sua aplicação, como forma de realizar o melhor direito. Trata-se, como já visto, da adoção de um novo paradigma de racionalidade que inclui a finalidade e o saber ético, revelados na concretização da lei, em cada caso concreto.

Como foi bem lembrado por Lamego (1990), a jurisprudência abandonaria o paradigma dogmático-exegético de busca pelo conhecimento e descrição do objeto do Direito, e adotaria o paradigma hermenêutico-filosófico de um agir mediado, configurado na realização da possibilidade do melhor Direito, na realização do Justo possível.

Recupera-se para a hermenêutica jurídica, a consciência da importância do papel desempenhado pelo intérprete na construção do sentido do Direito, não sendo mais descartados os questionamentos de natureza ética e finalista que impõem uma nova compreensão do fenômeno jurídico (LIXA, 2000).

3. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

A grande contribuição que a hermenêutica filosófica traz para o intérprete da Constituição é o reconhecimento de que nenhum método irá afastar a subjetividade do intérprete, que sempre valorará as opções interpretativas por ele alcançadas. O importante, portanto, não é esconder esta subjetividade através de métodos objetificantes mas, deixá-la exposta para, só então, obter-se o tanto de controle possível.

Reconhecer e assumir a subjetividade do intérprete é o caminho mais seguro para a redução possível da imprevisibilidade, pois o intérprete, nu de

seus disfarces, terá que confrontar os seus pré-conceitos com a coisa mesma de que fala o texto.

Bastante lúcido é o alerta feito por Pita (2006) acerca do desafio contemporâneo da hermenêutica jurídica, pois ao mesmo tempo que não deve aceitar como possível juridicamente toda e qualquer interpretação, dando um cheque em branco ao intérprete, também não deve acreditar ser possível encontrar um caminho que leve todo e qualquer intérprete a um único lugar.

> "O grande desafio da hermenêutica jurídica de hoje é, assim, identificar o *ponto* em que estaria a imprescindível conciliação entre o exacerbamento do subjetivismo e o exagero da objetividade buscada pela pureza e racionalidade positivistas.
> [...]
> Este eterno contraponto jurídico entre *justiça* e *segurança* tem seu lugar, fundamentalmente, a nosso ver, na busca do equilíbrio entre o homem-intérprete e o texto normativo. Partir-se da premissa de que o juiz é capaz de extrai uma mensagem única e objetiva, contida na lei, é ingênuo e, por que não dizer, desonesta. Acreditar, por outro lado, que a cada julgador será lícito retirar da norma a *sua* mensagem, sem qualquer limite, é abrir mão da previsibilidade e consequente segurança que, sem dúvida, foram validamente conquistadas pelos Estados Modernos.
> Na medida em que se percebe que *a norma é produzida pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser),* não há como deixar de reconhecer o caráter criativa da atividade desempenhada pelo Poder Judiciário – criatividade, no entando, que sempre deve estar submetida a mecanismos de controle internos e externos, jurídicos e políticos, de modo de que não seja confundida com o arbítrio."(PITA, 2006, p.)

No que tange à interpretação da Constituição, terá o intérprete que justificar a sua escolha com a opção política historicamente situada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, abandonando o anonimato positivista que nega a discussão ideológica existente no universo de aplicação da lei pelo intérprete.

Conclui-se pela pertinência das reflexões trazidas pela hermenêutica filosófica que foca sobre os limites e possibilidades do interpretar enquanto acontecimento historicamente situado. A força do intérprete, nesta concepção hermenêutica, deriva, justamente, do fato dele não acreditar na auto-suficiência do método, o que possibilita certo controle sobre as variáveis em questão (preconceitos, tradição, história, texto, etc.) de forma a permitir um eterno confronto entre estas.

Dirá Vidal que “a distanciação oposta à pertença é também a condição de possibilidade de uma previsibilidade possível”, já que o intérprete que “vive na ilusão do método certamente não se encontrará na condição de trazer à lume seus próprios preconceitos para confrontação, sendo essa uma das causas evidentes da imprevisibilidade das decisões judiciais” (2003, p. 136).

É evidente a grande contribuição da hermenêutica filosófica para a efetivação do texto constitucional, pois, ao redimensionar o papel do intérprete, enquanto ser histórico e finito, e da interpretação, enquanto realização de uma compreensão autêntica, concebe uma hermenêutica passível de controle democrático, pois expõe o intérprete, enquanto agente responsável pela escolhas interpretativas que elabora e cuja justificação não poderá desprezar as conquistas históricas da humanidade, consubstanciadas no texto constitucional.

Pertinente se mostra a descrição, feita por Canotilho (STRECK, 2004) das posturas assumidas pelo intérprete ante o texto constitucional, a depender do seu legado ideológico:

> Canotilho anota dois tipos de postura assumidos face à Constituição: a primeira, adotada por aqueles que optarem por concepções ideológicas e políticas substancialmente diferentes das mensagens ideológicas consagradas na Constituição, conduz à eleição de fundamentos interpretativos que lhes permitam vulnerar, direta e indiretamente, a estrutura normativa constitucional. A segunda è adotada por aqueles que guardam sintonida com os princípios fundamentais atinentes à conformação política e jurídica da sociedade, que a Constituição contempla; exercitam, desse modo, um prudente positivismo, indispensável à manutenção da obrigatoriedade normativa do texto constitucional.” (STRECK, 2004. p.45)

Não é novidade que o Direito irá refletir a situação do seu intérprete, pois, como bem demonstrou Passos (1999, p. 54 e 55) o Direito é como Janus, tem duas faces:

> Do prisma dos governados, é sempre a procura desesperada de um meio para realização do máximo de igualdade material, de melhor acesso aos bens da vida e de maior participação nas decisões. Na perspectiva, a partir dos que desfrutam de situações privilegiadas, ele é instrumento de controle, propiciador de segurança para a manutenção do status quo, do espaço político já definido, com o que põem obstáculos à maior participação dos governados no produto do trabalho social, delimita-lhes um mínimo de participação nas decisões, a par de um mínimo de informações e de representatividade. A resultante dessa tensão dialética é a dimensão da justiça

> realizável em certo espaço político e num determinado momento histórico.

É, justamente, por não afastar a ideologia como variável operada pelo intérprete, que a hermenêutica filosófica possibilita o debate entre a escolha interpretativa deste e as escolhas democráticas situadas historicamente no texto constitucional, cabendo ao intérprete uma eficiente justificação dialogada com a tradição jurídica na qual está inserido.

É preciso estabelecer, no entanto, um novo conceito para ideologia, não mais restrito às descrições pejorativas que apenas reconhecem o seu caráter distorcivo e dissimulador da realidade, produtor de uma imagem invertida, como entendia Marx (1970). E é em Ricouer (1991) que este conceito será aprofundado, revelando-se suas duas faces, negativa e positiva, podendo a ideologia ser percebida no seu papel dissimulador da realidade social, revelando o seu lado patológico, ou no seu papel constitutivo desta realidade, revelando o seu caráter integrador. A ideologia é sempre a lente do observador, possibilitando a própria constituição da imagem simbólica da realidade por meio das idéias mas, também, podendo causar a sua distorção.

> A minha tentativa pessoal, como talvez já tenham percebido, não é negar a legitimidade do conceito marxista de ideologia, mas relacioná-lo com algumas das funções menos negativas da ideologia. Temos de integrar o conceito de ideologia como distorção num quadro que reconheça a estrutura simbólica da vida social. A menos que a vida social possua uma estrutura simbólica, não há maneira de entendermos como é que vivemos, fazemos coisas e protejctamos estas actividades em idéias, não há modo de compreendermos como é que a realidade se pode transformar numa idéia ou como é que a vida real pode produzir ilusões; tudo isto não passaria de simples acontecimentos místicos e incompreensíveis. Esta estrutura simbólica pode ser pervertida, precisamente por interesses de classe, etc., como Marx mostrou, mas, se não existisse uma função simbólica já activa no tipo de acção mais primitivo, eu não conseguiria compreender como é que a realidade pode produzir sombras deste gênero. É por isso eu procuro uma função da ideoogia, mais radical do eu a função distorciva, dissimuladora. A função distorciva cobre apenas uma pequena área da imaginação social, exactamente da mesma maneira que as alucinações ou ilusões constituem apenas uma parte da nossa actividade imaginativa em geral. (RICOEUR, 1986, p.75-76).

Ricoeur (1986) parte do paradoxo de Mannheim[4], consistente na inaplicabilidade do conceito de ideologia a si mesmo, já que a própria teoria da ideologia termina sendo, em si, ideológica, para questionar as suas premissas marxistas acerca do conceito de ideologia e o seu contraste com a ciência.

Dirá Ricoeur que se deve pôr de lado o conceito de ideologia como oposto ao conceito de ciência e regressar até o conceito mais primitivo de ideologia, encontrado na obra do jovem Marx, que se opõe à práxis, à vida social real. No entanto, ressalva o autor, que o fundamental nessa relação não é a oposição, não é a distorção que a ideologia pode causar à realidade social, mas sim a conexão interior entre os dois termos, sendo a ideologia parte integrante do processo cultural de formulação simbólica do real.

> Se a realidade social não tivesse já uma dimensão social e, consequentemente, se a ideologia, num sentido menos polémico ou menos negativamente avaliativo, não fosse constitutiva da existência social mas fosse apenas distorciva e dissimuladora, então o processo de distorção não poderia ter início. O processo de distorção está enxertado numa função simbólica. Só pelo facto de a estrutura da vida social humana já ser simbólica é que pode ser distorcida. (RICOEUR, 1986, p. 78).

Como não há existência humana não-simbólica, não existe visão de mundo não-ideológica, podendo esta assumir ou não um papel dissimulador. Com base em Geertz[5], Ricoeur dirá que a ideologia assume um importante papel na legitimação da autoridade política, sendo esta legitimação necessária ou mesmo indispensável para a viabilização do sistema cultural da sociedade.

> A orientação do sistema genético é muitíssimo imperfeita e a necessidade do sistema cultural é, consequentemente, muito dramática precisamente no ponto em que a ordem social levanta o problema da legitimação do sistema de chefia existente. A legitimação de uma chefia confronta-se com o problema da autoridade, dominação e poder, com o problema da hierarquização da vida social. A ideologia tem aqui um papel de grande importância. [...] O papel da ideologia é legitimar esta autoridade. Mais exactamente, embora a ideologia sirva, como já disse, como código de interpretação que assegura a integração, fá-lo justificando o presente sistema de autoridade. (RICOEUR, 1986, p. 82 -83).

---

4 Cf. MANNHEIM, Karl. *Ideology and utopia*. Tradução Louis Wirth e Edward Shils. Nova Iorque: Harcourt, Brace and Word, 1936.

5 Cf. GEERTZ, Clifford. *The interpretation of cultures*. Nova Iorque: Basic Books, 1973.

Lembrando Max Weber[6], também dirá Ricoeur (1986) que nenhum sistema de chefia governa apenas pela força, sendo sempre necessário um mínimo de consenso, um mínimo de legitimidade, e como não existe nenhum sistema de legitimidade absolutamente racional, tem-se a impossibilidade de dispensar a ideologia como mecanismo de justificação e legitimação do poder político. Este mecanismo pode ser realizado, tanto no prisma meramente integrador da realidade social, como no prisma distorcivo da realidade. As doenças da ideologia terão sua origem na relação estabelecida com o sistema de autoridade existente na sociedade, constatando-se a transformação do seu papel integrador para o papel dissimulador, no momento em que se tenta transpor a tensão existente entre autoridade e domínio.

Ao trazer essas reflexões de Ricouer sobre o conceito de ideologia pretende-se situá-lo no contexto da interpretação jurídica, no instante em que o intérprete é convocado para confrontar os seus pré-conceitos com a coisa mesma de que fala o texto.

Considerando a impossibilidade de expulsar, totalmente, a ideologia do intérprete acerca das suas escolhas interpretativas, chega-se à conclusão de que só há uma saída para o exercício do controle possível das suas escolhas, qual seja, impor a este intérprete o confronto dos seus pré-conceitos, da sua crença ideológica, com a ideologia legitimadora do poder político assentada em um projeto de Estado Democrático de Direito, enquanto elemento integrador e constitutivo da realidade social, enquanto consenso politicamente possível.

Trata-se aqui de eleger a ideologia constitucionalmente adotada como elemento de controle para uma maior previsibilidade das decisões jurídicas, como concluiu Vidal (2003) e para uma maior efetivação da Constituição, consoante defendeu Leal:

> De qualquer sorte, toda e qualquer interpretação da norma jurídica constitucional ou infraconstitucional deve ter, como escopo primeiro, a criação de condições para que a norma interpretada tenha eficácia sempre no sentido da realização dos princípios e valores constitucionais e, principalmente, sempre, **da ideologia constitucionalmente adotada**.[grifo nosso]. (2000, p. 190).

A Constituição é produto de um pacto constituinte onde foram estabelecidas escolhas ideológicas, valorativas, onde foi firmado um projeto político, social e econômico do Estado que existe, mas também do Estado que se quer ter.

É preciso situar historicamente o conceito de Constituição, pois ela é a condição de possibilidade hermenêutica dos textos infraconstitucionais, é a pré-compreensão da qual deve partir o intérprete.

Neste contexto é revelador compreender qual o conceito que se quer de Constituição, pois tal conceito repercutirá na interpretação de todo o ordenamento jurídico.

---

[6] WEBER, Max. *Economy and society*. 2 vols. Ed. Guenther Roth e Claus Wittich. Berkeley: University of California Press, 1978 [1968].

Portanto, ao reconhecer a força normativa da Constituição Federativa do Brasil de 1988, compreendendo-a como uma constituição dirigente que busca a construção de um verdadeiro Estado Social, terá dado, o intérprete, o primeiro passo na direção de uma interpretação autêntica não só do texto constitucional, mas também de todo o ordenamento jurídico.

Trata-se aqui de estabelecer um diálogo dos seus pré-conceitos com a (ainda) novidade trazida com Constituição de 1988, trata-se de estabelecer um diálogo entre ideologias, a do intérprete com a ideologia constitucional, que podem ou não ser coincidentes.

Não se trata aqui de voltar-se para um intérprete específico, membro de uma sociedade fechada de operadores jurídicos mas, sim, de uma sociedade aberta de intérpretes, composta por todos os cidadãos que vivem a norma e, por isso, a interpretam (HÄBERLE, 2002). A norma jurídica sai dos gabinetes fechados dos juízes e ganha as ruas, os espaços de conflituosidade, as discussões ideológicas e políticas sendo, mais uma vez, a democracia incorporada aos debates hermenêuticos da contemporaneidade.

Ao reconhecer o poder e o dever do intérprete - não estando este reduzido ao pequeno círculo dos juristas, mas a todos os cidadãos que vivem sob a égide do Estado Democrático de Direito - na construção do Direito, estar-se-á em outras palavras reconhecendo que a democracia chegou ao Direito, pois este não vive só nas sentenças e nos tribunais, mas vive antes, sempre que se decide pagar ou não um tributo, demolir o “barraco” de um sem teto, ou mesmo xingar ou não alguém em função da sua religião ou raça.

4. CONCLUSÃO

A hermenêutica filosófica demonstrou que o único caminho para decifrar o “mistério” do sentido dos textos é, antes, procurar decifrar o “mistério” da compreensão humana. É a partir da percepção dos limites e possibilidades do compreender humano que se poderá traçar a melhor estratégia para celebrar o diálogo entre o intérprete e o texto. Rompeu-se com a tradição hermenêutica de cunho metodológico, voltada para o alcance de uma interpretação correta, seja no campo teológico, filológico ou jurídico e, no seu lugar, buscou-se alcançar uma ontologia da compreensão, ocupando-se Gadamer, com o estudo das condições de possibilidade da compreensão e interpretação, a partir da experiência humana.

Buscou-se aqui traçar os contornos de uma hermenêutica jurídica filosófica, desenvolvida a partir das conclusões de que toda interpretação jurídica está inserida em uma tradição jurídica, sendo, ao mesmo tempo, filosofia, linguagem, história e aplicação.

Reconhecer e assumir a subjetividade do intérprete é o caminho mais seguro para a redução possível da imprevisibilidade, pois o intérprete sem os seus habituais disfarces terá que confrontar os seus pré-conceitos com a coisa mesma de que fala o texto. O avanço é enxergar que o intérprete está nu e é essa nudez que permite o ganho de qualidade do debate.

Ao contrário da ingênua crença professada pela hermenêutica instrumental acerca da autonomia textual, que permite defender a objetividade do intérprete, a hermenêutica filosófica afasta qualquer pretensão de totalidade da interpretação, interpretação esta que só ocorrerá a partir da pré-compreensão de um intérprete inserido na tradição.

No que tange à interpretação da Constituição, terá o intérprete que elaborar o conceito de Constituição confrontando a sua ideologia com a opção política historicamente situada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ao reconhecer a força normativa da Constituição Federativa do Brasil de 1988, compreendendo-a como uma constituição dirigente que busca a construção de um verdadeiro Estado Social, seguindo uma concepção substancialista da Constituição, terá dado, o intérprete, o primeiro passo na direção de uma interpretação autêntica não só do texto constitucional, mas também de todo o ordenamento jurídico.

Sem dúvida essa nota distintiva da hermenêutica filosófica faz toda a diferença frente à experiência da interpretação jurídica, pois é justamente por se perceber como ser histórico e finito que o intérprete recupera sua consciência crítica, ante a dor causada pelas tragédias humanas, sendo a dor, e não qualquer norma supratemporal, o melhor argumento para a crítica.

O intérprete nunca se afasta de realizar suas escolhas ideológicas, estejam elas por trás de teorias procedimentalistas ou substancialistas acerca da concepção do Estado Democrático de Direito, sendo este o tributo a ser pago pelo reconhecimento da sua historicidade. Não há, pois, como afastar a compreensão do Direito das lutas políticas travadas no tempo e no espaço em que vive o intérprete, não sendo dado a este não se envolver com o objeto de sua ciência.

Não há, pois, como negar que a posição assumida pelo intérprete neste campo de batalha o influenciará na compreensão do Direito, podendo este ser percebido apenas como instrumento de controle, propiciador de segurança jurídica para a manutenção do espaço político já definido, ou como instrumento de transformação social, voltado para a realização do máximo de igualdade material e de participação nas decisões políticas, enfim, instrumento de efetivação das promessas da modernidade situadas em um texto constitucional.

A efetividade das normas constitucionais implica na realização de sua compreensão autêntica que demanda do intérprete um certo distanciamento dos seus pré-juízos que hodiernamente impedem que o novo constitucional apareça.

A mudança de atitude pressupõe a percepção de que o direito é também uma força transformadora da sociedade, portanto, a hermenêutica filosófica permite que a Constituição possa verdadeiramente constituir o país.

Para isso é imperativo que se compreenda a existência de uma crise no direito; que esta crise compromete a efetividade das normas constitucionais; que o intérprete acorde para a existência da sua pré-compreensão, do círculo hermenêutico, da fusão de horizontes e para a compreensão autêntica; e, por fim, que entenda o poder transformador do Direito e o seu papel de co-partícipe na contrução do sentido da norma.

É sempre bom lembrar a lição do mestre Calmon de Passos (1999, p. 65) – “O Direito é, portanto, e sempre, uma forma possível de realização

histórica e social da justiça, não de uma justiça absoluta, nem necessariamente a mais perfeita. [...] Mas é na busca dessa justiça ideal, perseguida como horizonte inalcançável, que se realiza a justiça possível."

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1980.

BOAVENTURA, Edivaldo M. *Metodologia da pesquisa*: monografia, dissertação, tese. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

DALARI, Dalmo. *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 95..

FERNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003. Vol. 1 e 2.

GADAMER, Hans Georg. *A razão na época da ciência*.Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GIACOMINI, Anelise Araújo. *Invasões coletivas e função social da propriedade*: uma abordagem hermenêutica. São Leopoldo-RS, 2003. Dissertação aprovada pela UNISINOS, 2003.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen Habermas. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebenneichler. Vol. 1 e 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*: análise de uma "recepção". Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. *A construção do saber*: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas. Tradução Lana Mara Siman. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LIXA, Ivone F. Morcilo. *A possibilidade de revisão da hermenêutica jurídica tradicional a partir de elementos da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer*. Florianópolis, 2000. Dissertação aprovada pela Universidade Federal de Santa Catarina, 2000.

OHLWEILER, Leonel. *Os princípios constitucionais da administração pública a partir da filosofia hermenêutica:* condições de possibilidade para ultrapassar o pensar objetificante. *A & C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 4, n. 18, p. 107-145, out./dez. 2004.

PASCOAL, Guto. Ocupações revelam déficit habitacional. *Com Ciência: Revista Eletrónica de Jornalismo Científico*, n. 59, out. 2004. Disponível em: <http://www.comciencia.br /reportagens/cidades/cid05>. Acesso em: 27 out. 2004

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PITA, Flávia Almeida. *Um paralelo entre a regra do parágrafo único do art. 741 do CPC e o caráter essencialmente linguístico do direito*. Ventura Zênio; Fagundez, Paulo Roney Ávila (orgs.). As perspectivas da Advocacia Pública e a nova ordem econômica. Florianópolis: OAB – SC Editora, 2006.

RICOEUR, Paul. *Ideologia e Utopia*. Tradução de Teresa Louro Perez. Lisboa: Edições 70. 1986.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito*: o exemplo privilegiado da boa-fé no direito contratual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SOUZA, Ângela Gordilho. *Limites do habitar*: segregação e exclusão na configuração urbana contemporânea de Salvador e perspectivas no final do século XX. Salvador: EDUFBA, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIDAL, Marcelo Furtado. *A Interpretação e o (Im)previsível*: estudo sobre a imprevisibilidade das decisões judiciais na perspectiva da hermenêutica filosófica e do Círculo Hermenêutico. Dissertação de Mestrado em Direito da UFMG, 2003.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MAIA, Lízea Magnavita. A Hermenêutica Filosófica - Um Novo Caminho para a Hermenêutica Constitucional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, julho/agosto/setembro de 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-LIZEA-MAIA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.