

A FILOSOFIA HERMENÊUTICA E O *OPERADOR* DO DIREITO

*Maurício Zanotelli*¹

RESUMO: A busca da superação do paradigma metafísico provoca reflexões que, para os fins desta pesquisa, faz-se nas limitações da Constituição Federal. A manutenção do paradigma metafísico acaba por objetificar o arcabouço principiológico do texto constitucional, confirmando a viciosidade de se operar o Direito. A filosofia hermenêutica heideggeriana promove a viragem ontológico-linguística, estruturando o paradigma da compreensão. Esse novo paradigma é complementado pela categoria da tradição na filosofia gadameriana, por meio da qual se instaura a noção de intérprete, dotado de historicidade e faticidade. Essa conjugação de pensamentos é fundamental para a superação da figura do operador do Direito (paradigma metafísico) e para a inauguração, já tardia, de um intérprete capaz de constituir histórica e linguisticamente respostas hermeneuticamente adequadas à principiologia constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Hermenêutica. Superação da metafísica.

RESUMEN: La búsqueda de la superación del paradigma metafísico provocó una reflexión, para los fines de esa pesquisa, en los límites de la Constitución Federal. La mantención del paradigma metafísico acaba por objetificar los principios del texto constitucional, confirmando la viciosidad de se operar el derecho. La filosofía hermenéutica heideggeriana promueve la vuelta ontológico-lingüística, moldando el paradigma de la comprensión. Ese nuevo paradigma es complementado por la categoría de la tradición en la filosofía gadameriana, por medio de la cual se inaugura la noción de intérprete, dotado de historicidad y facticidad. Esa conjugación de pensamientos es fundamental para la superación de la figura del operador del Derecho y para a inauguración, ya tardía, de un intérprete capaz de constituir histórica y lingüísticamente respuestas hermeneuticamente adecuadas a la principiologia constitucional.

PALABRAS LLAVE: Constitución Federal. Hermenéutica. Superación de la metafísica

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O operador do Direito em des-velamento: uma análise crítica; 3 A Constituição Federal e a busca pelo intérprete: por uma condição de possibilidade (trans)formadora; 4 Conclusão; Referências.

¹Professor Titular do Curso de Direito das Faculdades do Vale do Juruena – AJES/MT. Doutorando pela Universidade de Lisboa.

1 INTRODUÇÃO

O momento jurídico clama por revisões teóricas capazes de estabelecer, dentro da afirmação do Estado de Direito de cariz democrático, como os antigos postulados positivistas, arraigados pela metafísica objetificante do modelo racionalista, devem ser manuseados em tempos de neoconstitucionalismo.

Com a viragem ontológica (linguistic turn) promovida por Heidegger e a recuperação do ser através do pensamento pré-socrático, a linguagem se coloca como paradigma da pós-modernidade, obnubilando a monarquia da razão instaurada na modernidade. A linguagem torna-se, pois, o pressuposto para qualquer manifestação racional e não se coloca mais como uma terceira coisa entre a dicotomia sujeito-objeto. A consciência/percepção de sua autoridade e anterioridade (pressuposto das próprias pré-compreensões gadamerianas), ao mesmo tempo em que eleva a linguagem ao patamar de novo paradigma, subjugua a razão e a faz perder a supremacia outrora concedida por todo invólucro da ciência com a metódica cartesiana. A razão, nesse sentido, não é mais - como instaurou Descartes - um instrumento capaz de encontrar a verdade das coisas através da utilização de um método que estaria colocado entre um sujeito (solipsista) e um objeto com uma (pretensa) essência ou verdade acessível por meio da razão.

Essas considerações preliminares são importantes porque denotam o atraso paradigmático que o Direito sofre em função da manutenção da metafísica racionalista moderna e do domínio da técnica no Direito por meio de um positivismo jurídico dogmático formatado através de um sistema fechado de regras abstratas com aplicação lógico-dedutiva. Nietzsche, vivendo em meio ao furor da modernidade, já denunciava a idealização da sistematicidade: “desconfio de todos os sistemáticos e me afasto de seus caminhos. A vontade de sistema é uma falta de retidão”, e a vontade de segurança é uma “múmia conceitual” revelada em uma linguagem “mímica dos coveiros”².

A limitação desta pesquisa não tem, obviamente, o desiderato de esgotamento temático. Objetiva apenas um provocamento ao jurista - *lato sensu* - a partir de uma problematização que se foca no posicionamento daquele responsável por dizer topicamente o Direito. Colocar o julgador no prelo em relação a estruturação do processo compreensivo constitucional para responder a sua especificidade: *operador* ou *intérprete*? Esse é o nó górdio a ser desatado na presente pesquisa.

A Constituição Federal simboliza uma conquista em todos os campos, sendo as conjunturas de seu texto, de enorme valia ao Poder Judiciário, ao jurista e ao cidadão como célula da sociedade. Assim, a relevância da sua aplicação, ou melhor, de sua adequada aplicação, torna-se fulcral para a afirmação do Estado de Direito e para a saúde das relações sociais. Sociedade que, em constante mutação, clama por resultados, por eficiência e pela confirmação das expectativas democráticas lançadas no texto constitucional. Para isso, o texto há de se transformar em Direito - um trilha longo e árduo que não raras vezes transforma as expectativas em embates doutrinários esvaziados de sentido e de infundável resolução.

²NIETZSCHE, Friedrich. Crepúsculo dos Ídolos. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000, p. 13-28.

Com efeito, o texto constitucional resta escravizado à dogmática jurídica. Dessa forma, a missão do ‘Operador do Direito’ emerge como mágica à concretização do Direito. Para que esse mesmo Direito possa se livrar dos grilhões dogmáticos, a Filosofia Hermenêutica é eleita na primeira seção do presente artigo como privilegiada matriz a ostentar a temporalidade no Direito, de forma a estabelecer a diferenciação ontológica do ser do ente (Heidegger).

Na segunda seção, disserta-se sobre a evolução e transposição da Filosofia Hermenêutica à Hermenêutica Filosófica, amparado-se na teorização de Gadamer, para construir uma circularidade que possa permitir uma applicatio constitucional em conformidade com o paradigma da linguagem e que tenha em vista, também, a superação da metafísica racionalista como dito alhures. Com essa construção teórica se buscará, derradeiramente, demonstrar a necessidade de que o mediador entre o texto constitucional e as decisões possíveis a partir deste mesmo texto, possa se revestir com nova roupagem e nomenclatura: de operador técnico à intérprete atento à intersubjetividade.

Essa necessidade não é nova e dela faminto se sento o Direito. O “constituir a Constituição” para a construção de uma civilização coligada com os nortes constitucionais parece um caminho oportuno, em tempo já mais que oportuno. Para que esse aprimoramento hermenêutico seja possível, deve o julgador lançar olhar para seus próprios pré-juízos para que deixe a historicidade falar. Com isso estará a estruturar seu processo compreensivo que, nem deve ficar preso em linhas objetivas, tampouco subjetivas, mas formatar um dizer hermeneuticamente adequado em relação ao material constitucional que tem em mãos, para que possa – como alude Gadamer – fundir seu próprio horizonte de sentido para conferir uma interpretação autêntica daquilo que lhe é colocado à prova.

Destarte, o que se percebe é um distanciamento ontológico e temporal entre texto e intérprete, ou, aquele que deveria interpretar o texto. A construção dessa ponte entre texto, tradição e tempo é tarefa posta à hermenêutica. Para tanto, a linguagem é colocada como condição de possibilidade para o des-ocultamento de sentido da norma constitucional e para o nascimento de novos horizontes a partir dos diálogos com a tradição e da auto especulação que deve ser feita pelo julgador em relação aos seus próprios pré-juízos.

2 O ‘OPERADOR DO DIREITO’ EM DES-VELAMENTO: UMA NÁLISE CRÍTICA

O conhecimento e todas as problemáticas daí decorrentes e a ânsia do homem pelas verdades científicas, são, historicamente, desafios desde a aurora da humanidade. Essa angústia, logicamente, é transportada para o Direito e se robustece quando somada às suas inerentes complexidades. Tendo essa tensão como pano de fundo, a Filosofia Hermenêutica surge como campo privilegiado de investigação no Direito para estruturar um novo modo de ser enquanto essência. Esse poderoso braço da filosofia supera a própria existência – um modo de conhecimento – pois, ser-no-

mundo se constitui como uma propriedade da existência humana.

Nessa aproximação de Heidegger entre o ser e a essencialidade, emerge um novo modo de construção do conhecimento. A compreensão como parte da expressão do conhecimento se configura como um modo de ser, a essência da existência. A consequência dessa percepção faz-se em definir a problematização que os mistérios da compreensão produzem não como epistemológicos, e, sim, como ontológicos.³

Heidegger ao explorar o mistério da compreensão, deposita sua esperança em uma existência que não esteja contaminada por uma falsa filosofia, e, outrossim, uma consciência não contaminada pela existência. Por conseguinte, ser-no-mundo é próprio da existência humana – não podendo ser revelada nenhuma faticidade à pessoa que se aparte de seu mundo.⁴

Ressalta-se que a problematização do conhecimento, produto da segunda metade do século XX, conquanto haja superado os formalismos da Hermenêutica Técnica, não deve ser confundida com a Hermenêutica Filosófica⁵ – e, nenhuma, apresentando-se com condão de realismo, idealismo ou relativismo.⁶

Observa-se que a produção no Direito é, deveras, uma reprodução de sentido e de busca de uma verdade perdida, fruto das crenças modernas e de sua tentativa de fazer valer o esquema sujeito-objeto. Mesmo sem esquecer dos valores culturais legados pela modernidade, mantemo-nos dogmatistas, engessando os sentidos do Direito e do conteúdo histórico-principiológico presente no texto constitucional. Com essa “mecânica” instrumentalista, olvida-se da necessidade de dialogar com o dogma e aplicar sobre ele um discurso de viés reflexivo e, não mais, um discurso em que os sentidos estejam petrificados no tempo em distanciamento com a faticidade.

Heidegger⁷ no decorrer de sua obra mantém viva a interrogação crítica a respeito do conceito de ser elaborado através do desenvolvimento da trajetória filosófica ocidental. Interroga, em síntese, se a concepção de verdade tal como aparece na filosofia e nos discursos da ciência e do cotidiano vivido, correspondem ao conceito tal como originalmente os gregos lhe atribuíram. Procura esclarecer que a verdade, ao contrário do que a tradição filosófica sustenta, não se identifica com a proposição, já que, primeiramente, toda proposição implica um enunciado predicativo, isto é, todo enunciado expresso numa proposição é acompanhado de um

³BAUMAN, Zygmunt. *La hermenêutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002, p.143-144. Assevera o autor que, dessa forma, a compreensão se torna um problema no mundo. Por isso, as definições absolutas de verdades e compreensões só podem compor um mundo de imaginários, já que no nosso mundo, as verdades absolutas e compreensões absolutas não podem existir.

⁴Ibidem, p.144-147.

⁵Destaca Stein que no âmbito da hermenêutica técnica situam-se os instrumentos de caráter formal com que abordamos o universo de tudo aquilo que pode ser chamado texto. Na hermenêutica filosófica abre-se espaço, na segunda metade do século XX, ao problema do conhecimento, com pretensão de universalidade semelhante ao conceito de dialética de outros tempos. Por seu turno, a filosofia hermenêutica, produto típico do século XX, vai além dos aspectos da primeira, dos aspectos gnosiológicos da segunda e introduz um novo ponto de partida para a filosofia. In: STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipurs, 1996, p. 38 e ss.

⁶Ver in: STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997, p. 147-148.

⁷HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. SP: Martins Fontes, 2008, p. 71-127.

predicado atribuído pelo sujeito. Para ele, há uma “essência originária da verdade” que não pode ser identificada com o enunciado, muito embora a verdade já se manifeste mesmo que de forma trivial ou superficial no seu aparecimento no ente: “se com certo direito, a verdade já é atribuída à proposição enquanto enunciado, então a verdade se funda em algo mais originário que não possui o caráter enunciativo. Trata-se, então, do propósito de procurar compreender a “essência originária da própria verdade” e, a partir do enunciado, revelar o ser que nele se encontra, na medida em que toda relação enunciativa representa uma relação do enunciado com o predicado, entendendo-se essa relação como “permanência do ser no ente”. O enunciado de uma proposição manifesta-se sempre como relação sujeito-objeto, o que não quer dizer que tal relação seja constituída no enunciado, mas que aquilo que é enunciado pelo sujeito movimenta-se no próprio interior dessa relação, indicando “nossa permanência junto” com as coisas no mundo. Completa o autor:

Nada de consciência, alma, ou mesmo apenas representações, imagens de coisas, mas somente nós mesmos, tal como nos conhecemos, estamos relacionados com o giz, nosso ser junto a um ente por si subsistente em sentido maximamente amplo. [...] A dificuldade não está no fato de que teríamos deixado de ver esse “relacionar-se” com objetos, de que o teríamos deixado faltar, mas no fato de que sempre tomamos de maneira muito aligeirada sua trivialidade – por exemplo, com a argumentação habitual que faz com que mesmo o realismo se deixe intimidar e com isso incorra em equívocos principais – e de que passamos rápido demais adiante na busca por explicações. O que de certa maneira constatamos - o ser junto a – não conquistou absolutamente o seu direito e foi logo coberto por teorias.

À evidência, o verdadeiro conhecimento “no depende de presuposiciones, que las pasiones terrenales ciegan la mente investigadora, que relacionarlo com otras cosas que el conocimiento puro puede dar como resultado sólo la distorsión de la verdad”⁸

Na Filosofia, o linguistic turn (invasão da filosofia pela linguagem) operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da hermenêutica – o sentido passa a se dar na e pela linguagem (pós-metafísica) – pois, na metafísica clássica os sentidos ‘estavam’ nas coisas, na metafísica moderna na mente, na relação entre sujeito e um objeto. A revolução está na linguagem (condição de possibilidade de todo o processo compreensivo) como possível forma de superação do pensamento metafísico.⁹

⁸BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p. 147-148. Indica o autor que um exemplo de que o conhecimento puro, apartado do terreno existencial não pode por si só contribuir significativamente aos questionamentos essenciais da existência humana é a ciência. Esta, presa a seus assuntos práticos altamente especializados, mas desprezada da existencialidade, não podem oferecer soluções de primazia – haja vista ser o homem sua condição de existencialidade e não o registrador do mundo.

⁹STRECK, Lenio Luiz. *A hermenéutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo*. In Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 154. Refere Streck que o século XX foi generoso com o direito e a filosofia – em análise o direito, o segundo pós-guerra incorporou a terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Assim, no Estado Democrático

Assim, a consciência e a natureza externa estão contrapostas na tradição filosófica, estão fundidas uma à outra e agem em co-participação em suas relações, acabando por fundar um fenômeno único, abarcador em sua totalidade, de nosso ser-no-mundo. O elo de interação com os outros, determinado pela comunicação, faz-se uma condição de existência, pois, ser-no-mundo é desde o princípio estar-com e não um mistério.¹⁰ Por isso, ocultamo-nos e não conseguimos superar as bases da concepção liberal-individualista-positivista (modelo dogmático-formalista) do Direito, traduzidas pela crise de paradigma objetivista aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência), que obstaculiza a concretização da Constituição.¹¹

Por isso, para Heidegger, a existência é a condição ôntica da possibilidade dos seres se revelarem, sendo a diferença entre sujeito e objeto, uma diferença de fins teóricos, a qual só vislumbrar-se-á em segundo momento e se restar estabelecida. Dessa forma, o conhecimento teórico faz-se secundário em relação ao ser-no-mundo já que pressuposta é sua análise.¹²

Com efeito, basta ser para situar (encontrar) o 'mundo', para situar o contexto da compreensão que traz esse poder-ser de possibilidades através da existência; a essência do *dasein* está em sua existência¹³. Completa Heidegger, afirmando que o sentido carece de uma perspectiva prévia do projeto em sua estrutura:

O caráter projetivo da compreensão constitui o ser-no-mundo no tocante à abertura do seu pré, enquanto pré de um poder-ser de fato. E na condição de lançada, a pre-sença se lança no modo de ser do projeto. O projetar-se nada tem a ver com um possível relacionamento frente a um plano previamente concebido, segundo o qual a pre-sença instalaria o seu ser. Ao contrário, como pre-sença, ela já sempre se projetou e só é na medida em que se projete. Na medida em que é, a pre-sença já se compreendeu e sempre se compreenderá a partir de possibilidades.¹⁴

Nesse contexto, o destino é a compreensão. O significado primado pela compreensão é de tratar as possibilidades como possibilidades – uma vez que sua consistência se figura como projeção. Dessa forma, seu começo faz-se a partir da produção de uma forma particular de distanciamento, ou seja, quando se produz um

de Direito o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países com modernidade tardia como o Brasil. p. 154.

¹⁰BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p.149. Ainda Cf. Bauman: *Das-In-der-Welt ist gleich, ursprünglich das Mitsein und Mitdasein* (Estar-en-el-mundo es, desde un principio, estar-con y existir-con) in Heidegger, *Sein und Zeit*, p. 24.

¹¹STRECK, Lenio Luiz. *A hermenéutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo*. In *Constituição, sistemas sociais e hermenéutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes ... [et al.]*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 180.

¹²BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p. 153-156.

¹³HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2001. V. 1. p. 77.

¹⁴Ibidem, p. 201.

espaço entre minha faticidade, meu modo de ser e a esfera de minhas possibilidades.

Ademais, não se pode tratar a compreensão como um ato intelectual puro, pelo simples fato de que a essência da existência humana está na faticidade. A história que me valho para determinada elucidação é a minha história, ou seja, a história na qual busco compreender é minha existência. Essa existência “pessoal” é que é capaz de incorporar a compreensão. Logo, a compreensão é sempre uma compreensão da história, a qual se está incessantemente almejando, em um processo sem fim, de movimento circular.¹⁵

É o “dar-se conta” da influência do conhecimento histórico para uma constante fusão de horizontes o mote da hermenêutica gadameriana. Essa legitimidade conferida ao intérprete pela retenção da historicidade e da tradição, obviamente, não considera a historicidade de forma dogmática – já vituperada por Nietzsche e, mais tarde, também vencida pela fenomenologia de Heidegger –, mas uma consciência histórica em que o essencial não se encontra apenas no processo de retenção ou esquecimento, mas na tensão interna [...] que nos permite situar ante o passado como algo que (queiramos ou não, pensemos ou não) nos é próprio, nos constitui e nos lança em direção ao futuro. Ante a enfermidade historicista que aceticamente dissocia o intérprete de sua história, a hermenêutica pensa ambos conjuntamente, uma vez que, ao se constituir como um pensar rememorante, como dialética do perguntar, busca esclarecer as possibilidades e os limites tanto da realidade pessoal como dos acontecimentos humanos em sua singularidade histórica.¹⁶

Está-se, pois, perante uma possibilidade dada que sempre espera ser descoberta. À espera da abertura de uma possibilidade a ser des-velada, aguardando a diferenciação ontológica, a superação dos dualismos objetificáveis (metafísicos), a superação da linguagem como terceira coisa atribuída ao sujeito-objeto (mero veículo de conceitos). Não havendo essa abertura, não haverá des-velamento.¹⁷

Consoante Heidegger, a dificuldade da metafísica reside na procura do ser do ente a partir do significado imediato do próprio ente, independente da compreensão que o ser-á atribui ao ser enquanto ser-no-mundo. Esta abordagem produz um resultado, qual seja, a entificação à manifestação do ente. Conquanto a palavra ser seja indeterminada, determinado, ele, far-se-á, haja vista sua compreensão ser inconfundível, ser única – sempre através do ente.¹⁸

¹⁵BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p. 159-162

¹⁶GADAMER, Hans-Georg. *O problema da Consciência Histórica*. Org. Pierre Fruchon. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 14-18.

¹⁷A des-ocultação do ser do ente, materializado pelo ser-á, comporta-se como uma valiosa opção a uma possível contribuição ao mundo global, fomentador de excessos de complexibilidades, através de uma hermenêutica filosófica empreendedora de faticidade e historicidade em uma busca sem fim, de movimento circular.

¹⁸SILVA FILHO, José Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen-Juris, 2006. p. 114-117. Refere ainda o autor que na pergunta pelo ser faz-se mister a consciência de que nenhuma determinação que possa ser obtida do ente corresponderá à íntegra ao seu ser – pois, este, está sempre sendo revelado, porque existimos. Assim, caso não pergunta-se de maneira correta, ou seja, pelo ser enquanto tal, está-se ocultando a diferença ontológica entre ente e ser, acabando por entificar o ser ao ente sem que percebamos.

“O ser não funda o ente, nem qualquer ente funda o ser”.¹⁹ Nesta circularidade, a idéia de compreensão do ser faz-se “caminho para pensar o ente, e se revela como uma dimensão operatória: compreendendo-me no mundo e, na relação com os entes, compreendo o ser”.²⁰ Portanto, “o ser heideggeriano torna-se o elemento através do qual se dá acesso aos entes, ele é sua condição de possibilidade. Isso é a diferença ontológica”.²¹

A hermenêutica, enquanto processo de esclarecimento da compreensão dos fenômenos, requer a faticidade (o objeto pertence ao sujeito). Dessa forma sujeito(s) e objeto estão circunscritos na mesma tradição histórica mesma (noção apresentada por Heidegger e retomada por Gadamer).²² Diante dessa abertura prévia de possibilidades, Heidegger atribui ao *dasein* um privilégio: “é um ente determinado em seu ser pela existência”.²³ Basta *ser* para situar (encontrar) o ‘mundo’, para situar o contexto da compreensão que traz esse *poder-ser* de possibilidades através da existência; “a essência do *dasein* está em sua existência”.²⁴

Assim, o *dasein* é “um ser privilegiado por representar esta abertura de possibilidades, estando “empeñado en el diálogo con la historia, con el pasado y el futuro, con mucha mayor frecuencia, mucha mayor intensidad y apasionamiento, que con sus contemporáneos”.²⁵ Logo, evidencia-se a preocupação com esta matriz privilegiada em relação ao Tempo no Direito, exigindo do julgador que constitua esta fenomenologia e efetue um diálogo com a tradição que nos supõe. Um diálogo ontológico em que seja possível a diferenciação entre ser e ente e também que faça da linguagem uma condição fundante de possibilidade no propósito de constituir a Constituição.

Para que seja possível este projeto de um “constituir constitucional”, é necessária uma tematização pelo julgador, uma tematização contextual e histórica de fala que o faça verdadeiramente um intérprete do texto constitucional. Não se adotando esse rumo hermenêutico, seguir-se-á com uma perigosa estreiteza entre metafísica e julgador: seguir-se-á com o ‘operador do Direito’, que racionaliza conceitos em um dualismo objetificável e traiçoeiro. Essa viciosidade é observada na utilização dos preceitos jurisprudenciais prontos e acabados que não contemplam o caráter especulativo da linguagem, não aferem realmente o estado de coisas, nem mesmo a arte pela pergunta investigativa. A seguirmos com operações de dedução no Direito, seguiremos não retornando às coisas mesmas, negando o legado de Gadamer (rechaço dos pré-juízos inautênticos) e de Heidegger (composição do ser-no-mundo pela faticidade e historicidade).

¹⁹STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 104.

²⁰Ibidem, p. 105.

²¹Ibidem, p. 105.

²²STEIN, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia: ensaios e conferências filosóficas*. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 49-70.

²³HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2001. V. 1. p. 40.

²⁴Ibidem, p. 77.

²⁵BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002. p. 162.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A BUSCA PELO INTÉRPRETE: POR UMA CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE (TRANS)FORMADORA

A Constituição que nasce de revolução copernicana (Streck) e institui o neoconstitucionalismo resta dependente de uma condição para um acontecer das novas fontes e de uma nova teoria da norma jurídica: uma presente e adequada interpretação. O que se percebe na atual relação entre texto e julgador é uma “baixa compreensão”, caracterizada pelo baixo sentido de significações dentro do Estado Democrático (e Social) de Direito, que se desdobra em uma “baixa aplicação” que não garante o conteúdo normativo e as possibilidades previstas em relação aos direitos fundamentais-sociais (o direito deixa de representar uma possibilidade de transformação da realidade para sustentar uma mera instrumentalidade formal).²⁶

Detectada essa falha compreensiva, presta-se uma pequena análise referente à efetivação do texto constitucional aos olhos de um operador e aos olhos de um intérprete. A sociedade e o mundo estão em constante mutação, fato que fomenta uma sociedade repleta de complexidades e que inaugura novos direitos a cada dia no plano global. Assim, o texto constitucional, que para a hermenêutica, faz-se de fundamental importância, para a metafísica resolve-se em posição única ostentada desde já e sempre, por meio de verdades e conceitos absolutos e prontos.

À evidência, o caráter temporal para Gadamer é fundamental, pois passará do pensamento de Schleiermacher e Dilthey (pensamento/psicologista) repensando a hermenêutica para a propriedade histórica. Dessa forma, o *dasein* não se supera

²⁶STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo*. In Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 164. Ainda, o autor, refere-se que as três frentes de batalha que o constitucionalismo do Estado Democrático (e Social) de Direito enfrentou para superar o positivismo são: a teoria das fontes, na norma e da interpretação. O positivismo ignora a diferença (ontológica) entre texto e norma e vigência e validade. Salienta que “a ruptura com o modelo dogmático-formalista (de cariz liberal-individualista), no interior dessa revolução copernicana, aparece nitidamente na dupla face do papel a ser exercido pela ação do Estado, isto é, essa alteração de papel dá-se quando o Estado, de potencial opositor a direitos fundamentais (essa era a perspectiva do modelo de direito formal-burguês), torna-se seu protetor, e, o que é mais incrível – ‘que o Estado se torne amigo dos direitos fundamentais’ (Stein), problemática bem visível na Constituição do Brasil, quando estabelece o comando da erradicação da pobreza, da construção de uma sociedade justa e solidária, etc.” p. 179-180. Refere Streck que em países como o Brasil não houve Estado Social – fruto da minimização do Estado. “O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi pródigo para as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/lotando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia e, entre outras coisas, construindo empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia (FGTS) dos trabalhadores. Exemplo disto é que, enquanto os reais detentores/destinatários do dinheiro do FGTS não têm onde morar, nossas classes médio-superiores obtiveram financiamento do Banco Nacional da Habitação (sic) – depositário dos recolhimentos do FGTS – para construírem casas e apartamentos na cidade e na praia [...]. Isso para dizer o mínimo!” STRECK, Lenio Luiz. Dogmática e Hermenêutica. Caderno de Pesquisa, n. 2, p. 5, 1997. Curso de Mestrado em Direito da Unisinos. p. 09. Ainda do mesmo autor: *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Verdade e Consenso – Hermenêutica, Constituição e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

na sua própria faticidade, razão pela qual está ligado a costumes que lhe vem da tradição e o codeterminam em sua experiência, sendo o seu ser um mediador entre o passado e o futuro que se abre, ou seja, é historicamente mediado e linguisticamente interpretado.²⁷

Mas a historicidade acaba se tornando uma limitação ao intérprete? Gadamer parte de Kant e tenta superá-lo em relação à libertação da metafísica. Dito de outro modo: a tentativa de superação da metafísica clássica pelo pensamento iluminista legou enormes conquistas em relação à superação dos pré-conceitos; ainda assim, deve-se prestar a devida crítica ao próprio dogmatismo iluminista (moderno)²⁸, e lançar-se ao pós-metafísico pela virada-linguística-ontológica instaurada por Heidegger em *Ser e Tempo*.

Por isso que a historicidade não limita a Constituição, em seu constituir, mas se presta de condição de possibilidade. Se a historicidade não é um limitador no projeto de “constituir a Constituição”, haverá algum outro obstáculo para tal?

A circularidade da compreensão realiza-se pelos nossos pré-juízos, que podem ser complementados pela investigação de novos temas ou pelo aprofundamento em contato com a tradição – exercício que prestará autenticidade ou não ao pré-compreendido. Por isso que Gadamer acentua que o ser próprio da linguagem é o diálogo, ou seja, o processo de entendimento.²⁹

A fenomenologia hermenêutica em seu fundamento é, para Gadamer, a finitude de nossa experiência. Este indício é prestado pela linguagem, por sempre trazer algo à fala e não pela sua multiplicidade. Assim, por este, faz-se a abertura aos entes em sua totalidade, mediando o homem histórico-finito com o mundo, e assim, o fazendo, consigo mesmo.

Há de ser salientado o caráter de especulatividade da linguagem, pois a dialética gadameriana não é a ortodoxamente defendida por Hegel ou Platão – conquanto haja elemento em comum, sendo aquela, uma efetivação de sentido, um evento da fala, uma compreensão, um entendimento. A linguagem participa da idealidade do sentido e por isso o ser, enquanto sentido, dá-se linguisticamente, em Gadamer. Assim, a tradição gadameriana faz-se em entrega e transmissão, podendo o jurista, a partir de um texto constitucional que lhe é entregue pela tradição, alargar seu horizonte e enriquecer seu mundo com novas dimensões. Em um entender-se a respeito da coisa, onde toda compreensão é interpretação, onde a hermenêutica é vida.³⁰

“Compreender é um caso especial da aplicação de algo a uma situação

²⁷Ver em GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2, p. 134-179.

²⁸Para Stein, o corte definitivo com a filosofia da consciência, nesta circularidade, também com o método dialético, acaba por cair as pretensões das filosofias do absolutismo, excluídos, por outro lado, do pensamento hermenêutico e pensamento dialético dois pressupostos: o ponto de partida do mundo natural ou o ponto de partida do mundo teológico In: STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica*. Enaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 28.

²⁹op. cit. p. 228.

³⁰Ver em GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2. e OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2ª. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

concreta e particular”.³¹ Assim, a situação fática é que limitará o compreender, ou seja, a condição de possibilidade em diferenciar o ser do ente. Ao passo que, a interpretação (instância de exteriorização da compreensão), em linhas da filosofia da linguagem, diferenciará (ontologicamente) os horizontes entre texto e norma e vigência e validade.³² Sendo a tarefa do intérprete “nunca (...) uma mera mediação lógico-técnica do sentido de qualquer discurso, prescindindo da verdade do enunciado.”³³

Respondido o questionamento: a limitação da hermenêutica se dará no caso concreto, no momento da applicatio, onde o ponto de estofo do sentido responde a uma problematização, uma pergunta, ao abrir-se para o horizonte des-velado. E como fazer esta pergunta? Como questionar a situação fática, a Constituição Federal?

Para Gadamer o ‘justo’ “é totalmente relativo à situação ética em que se encontre. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato, quais ações são justas e quais não são: não existem ações justas ‘em si’, independentes da situação que as reclame.”³⁴

Assim, é preciso mergulhar na essência da pergunta (todo saber passa pela pergunta), pois perguntar quer dizer abrir-se, coloca-se em aberto o perguntado. Adverte Gadamer que não podemos fazer perguntas no vazio, sendo preciso delimitar o horizonte da pergunta, isto é, fixar os pressupostos a partir dos quais as perguntas vão ser feitas. Do contrário, perguntaríamos tudo e todos, questionaríamos não as armadilhas do texto, desfocando os objetivos do sentido fundante da compreensão.³⁵

De qualquer sorte, não há um método que ensine a perguntar, a ver o que é questionável, auxiliado pela dialética, nesta tarefa de compreensão. Segundo Gadamer a dialética “como arte do perguntar, só pode se manter, se aquele que sabe perguntar é capaz de manter em pé suas perguntas, isto é, a orientação para o aberto. A arte de perguntar é a arte de continuar perguntando; isso significa, porém, que é a arte de pensar”.³⁶ Assim, chama-se dialética porque é a arte de conduzir uma

³¹GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2 p. 465.

³²Conclui Gadamer “denunciar algo como preconceito é suspender a sua presumida validade; com efeito, um preconceito só pode atuar sobre nós, como preconceito no sentido próprio do termo, enquanto não tivermos suficientemente conscientes do mesmo. Mas a descoberta de um preconceito não é possível enquanto ele permanecer simplesmente operante; é preciso de algum modo provocá-lo”. GADAMER, Hans-Georg. *O problema da Consciência Histórica*. Org. Pierre Fruchon. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 68. A respeito Vide: STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*. In Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. São Leopoldo: Unisinos, 2005. Ainda do mesmo autor: *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. *Verdade e Consenso – Hermenêutica, Constituição e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³³op. cit. p. 331-332.

³⁴GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 52.

³⁵op. cit.

³⁶Gadamer afirma que “compreender é um caso especial da aplicação de algo a uma situação concreta e particular”. Assim, a situação fática é que limitará o compreender, ou seja, a condição de possibilidade em diferenciar o ser do ente. Ao passo que, a interpretação (instância de exteriorização da compreensão), em linhas da filosofia da linguagem, diferenciará (ontológica) os horizontes entre texto e norma e vigência e validade. GADAMER, Hans-Georg. *O problema da Consciência Histórica*. Org. Pierre Fruchon. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 68. A respeito Vide: STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica*

autêntica conversação – aduz Gadamer.

Por isso, a escrita faz-se fundamental para a Hermenêutica, pois através dela o transmitido se faz simultâneo a qualquer presente que terá acesso a esta, na coexistência entre passado e futuro. Dessa forma, o papel da Hermenêutica é o vir-à-fala em relação ao texto nas limitações do caso concreto, dotando o intérprete de faticidade e historicidade. E o *dasein* dotado de um nível pré-ontológico: para compreender algo, há de se compreender.³⁷

A Constituição Federal, destarte, encontra-se nesta circularidade do processo compreensivo do intérprete, que deverá superar os obstáculos encontrados no caminho da efetivação de garantias constitucionais, prestando um caráter temporal ao texto a partir da virada-linguística-ontológica. Nesse sentido, a matriz hermenêutica se faz fundante à estruturação interpretativa já que há uma diferenciação-ontológica-heideggeriana que será implementada pelo círculo retomado em Gadamer, como foi a sugestão desta pesquisa.

Não se pode negar que há um texto constitucional recheado de promessas e uma Constituição falha, que não “atua” nos Tribunais de modo geral. Aponta-se, nesta pesquisa, para que o operador transforme-se em intérprete, em outras palavras, mantenha-se aberto ao aprofundamento pela pergunta que sempre se deverá fazer tendo como base o que lhe diz a tradição e cotejando seus pré-juízos. Assim também haverá a possibilidade de que este intérprete alcance um novo horizonte e que seja capaz de garantir a matriz principiológica a ser des-ocultada no texto constitucional.

4 CONCLUSÃO

Nesta quadra da história, o Direito não pode mais estar associado unicamente ao tipo de realidade que o dogmatismo moderno sugeriu através do positivismo. E não pode, simplesmente, porque o niilismo pós-moderno demonstrou ser frágil e insustentável o ideal de segurança jurídica que a aplicação de uma metódica

filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. São Leopoldo: Unisinos, 2005. Ainda do mesmo autor: Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Verdade e Consenso – Hermenêutica, Constituição e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³⁷Nesta visível fronteira Ernildo Stein capitula Heidegger para evidenciar a importância do diálogo entre ela, desguardando o incontornável como inacessível; assim aduz o Filósofo da Floresta Negra, que “guardar o incontornável como inacessível esta é a primeira experiência da essencial limitação das ciências. As ciências têm sua limitação por não poder converter o incontornável em objeto, isto é ele lhes permanece inacessível. A impossibilidade de objetificarem seu limite leva as ciências à especialização. A especialização que reconhece seu limite como resultado da sua essencial limitação, ter que ‘guardar o incontornável como inacessível’, aceita que sua vontade de objetivação já está sempre frustrada. A limitação, a impossibilidade de objetificar a diferença ontológica abre as ciências para a filosofia, no diálogo com ela e no diálogo entre elas.” STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica*. Enaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 96-97. Cf. HEIDEGGER, Martin. *Introducción a la Filosofía*. Madrid: Frónesis-Catèdra-Universitat de València, 1999.

racional proponha.

A grande tarefa que se coloca é justamente a autoconsciência desses elementos históricos, próprios e coletivos, para que seja possível aos julgadores impedir que as concepções formadoras de seus pré-juízos sejam capazes de alterar as decisões, fazendo o Direito perder sua autonomia e transformando a atividade jurisdicional num palco caótico de subjetividades plurais.

A Constituição Federal de 1988 representa ao universo jurídico uma gloriosa conquista, de lutas e revoluções, de garantias e princípios, devendo o seu texto servir como palco de soluções para a sociedade. Além disso, deve ela guiar o Estado. Diante desses desafios é que se faz emergencial a metamorfose do julgador sugerida neste artigo. Que seja transformado em intérprete atento ao que diz os casos e mesmo o texto constitucional e que anteveja sempre a possibilidade normativa que se sobrepe àquilo que possa restar de inautêntico e não genuíno no seu ortodoxo logicismo.

O texto constitucional é de uma importância magistral ao intérprete do Direito, que diferentemente do operador, usa-se de suas experiências ao vir-à-fala hermenêutico constituindo a circularidade de estrutura compreensiva da Constituição, pois a interpretação não se faz em partes, como nos silogismos, já que o método sempre chega atrasado, porquanto já compreendemos. Assim, a Hermenêutica Jurídica faz-se uma matriz privilegiada pensante na temporalidade do Direito, ou seja, des-velando o seu próprio ser a cada dia – pois nunca este se vela na sua integralidade, no seu acesso pelo ente, logo, sempre estar-se-á des-velando, e, sempre haverá des-ocultamento para que haja compreensão.

A Constituição da República Federativa do Brasil, portanto, está sempre se des-velando. Desse modo, quantas compreensões desfocadas, sem perguntas e sem respostas, que só geram problemas ao Direito, ou seja, des-fundidas do horizonte interpretativo estão todos os dias a reproduzir o senso comum teórico dos juristas (Warat) e impedir uma applicatio tal qual nos ensinou Gadamer?

A emergência por intérpretes da Constituição: isso é que se espera como produto do neoconstitucionalismo. Intérpretes que possam e saibam suspender seus inautênticos pré-juízos e que sejam capazes de enriquecer a investigação constitucional com seus pré-juízos autênticos, em ordem com a voz forte da tradição. Sem com isso olvidar que a verdade de hoje des-ocultada é sempre provisória, já que interpretação e intérprete são sempre dotados de finitude histórica. Esse exercício na applicatio constitucional criará uma nova compreensão e manterá o texto vivaz e em constante dialética: a arte de conduzir dentro dos limites constitucionais uma autêntica conversação.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *O problema da Consciência Histórica*. Org. Pierre Fruchon.

- Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.
- _____. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002. V.2.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2001. V. 1.
- _____. *Introdução à Filosofia*. SP: Martins Fontes, 2008.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos Ídolos*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2ª. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.
- SILVA FILHO, José Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lúmen-Juris, 2006.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipurs, 1996.
- _____. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.
- _____. *Diferença e Metafísica*. Enaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*. In Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- _____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. *Verdade e Consenso – Hermenêutica, Constituição e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.