XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

RUBENS BEÇAK

RODOLFO VIANA PEREIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H531

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;
coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Rodolfo Viana Pereira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-132-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

É com satisfação que prefaciamos - em decorrência de incumbência que nos foi dada pela direção do CONPEDI - a coletânea de artigos apresentados no Grupo de Trabalho Hermenêutica Jurídica, por ocasião do XXIV Congresso, realizado em Belo Horizonte.

Os trabalhos apresentados, com variadas abordagens e referenciais teóricos multifacetados, foram, em nosso ver, o resultado de uma das melhores seleções de artigos produzidos no âmbito dos Programas de Pós-Graduação em Direito das diversas universidades país afora.

O reconhecimento da qualidade desses textos que ora damos conhecimento ao mundo acadêmico foi não apenas dos próprios autores e assistentes do GT, mas também dos professores que compuseram mesa coordenadora dos trabalhos e que assinam este prefácio.

Aos que tiveram a oportunidade de acompanhar as apresentações, atentamente assistidas por pesquisadores empolgados com um debate fundamental não apenas para um curso de direito, mas para o próprio avanço da democracia, na medida em que reflete profundamente sobre a questão do papel, dos limites do judiciário e da própria atividade interpretativa.

O alentado livro, ora dado ao conhecimento de um público amplo, significa um aporte significativo de competentes autores e autoras, os quais, certamente, se haverão com a mesma profundidade e excelência de resultados em posteriores publicações de potenciais promissoras carreiras de doutrinadores e pesquisadores.

Saliente-se que os trabalhos foram aprovados após rigoroso processo de avaliação por parte dos examinadores que não levaram em conta apenas o aspecto quantitativo de páginas de análise, mas, fundamentalmente e como deve ser pelo aspecto qualitativo das pesquisas apresentadas.

O conjunto de artigos, que ora se somam para se tornarem um livro reúnem todas as qualidades acima mencionadas e, de fato, trazem e fazem - um apanhado detalhado sobre questões das mais relevantes para a teoria do direito e para a sua teoria da interpretação, tais

como os debates sobre o comportamento decisional dos magistrados, os limites da interpretação e as necessárias conexões entre essas atividades e a democracia, considerando, o cenário do que se convencionou chamar de judicialização da política.

Através de variadas opções teórico-metodológicas a atividade interpretativa é examinada na condição de segmento no qual se desenrola uma permanente disputa de significados.

Nos diversos loci do conflito, Juízes, advogados, membros do Ministério Público e todas as demais figuras que influenciam esse espaço de disputa travam um duro embate o qual, por vezes se apresenta com o manto tão diáfano quanto fantasioso - do absoluto distanciamento dos interesses em disputa.

Por outro lado, artigos e autores tiveram o mérito de não temer, quando foi preciso nos debates travados, em nadarem contra a corrente do senso comum.

São essas profundas e detalhadas análises do fenômeno jurídico, notadamente em seu viés hermenêutico que recomendamos enfaticamente e para as quais remetemos o leitor. E o fazemos com mais entusiasmo ainda ao lembrar que se trata - na maioria dos casos - de jovens pesquisadores e pesquisadoras nos quais se destacaram claramente já a partir dos debates no GT, a característica decisiva que diz respeito ao que seja o perfil de estudiosos atentos, isto é, pensar com a própria cabeça.

Assim, e para permitirmos aos leitores que desejem acompanhar essa aventura intelectual, queremos afirmar nossa convicção de que este livro será extremamente para profissionais e iniciantes da área jurídica que pretendam apreender de forma consistente os problemas cardinais de tão importante área do saber jurídico a sua atividade de interpretar e aplicar normas.

A HERMENÊUTICA JURÍDICA E A SUSTENTABILIDADE DO PROJETO CONSTITUCIONAL

LEGAL HERMENEUTICS AND THE SUSTAINABILITY OF THE CONSTITUTIONAL PROJECT

Joao Augusto Dos Anjos Bandeira De Mello
Rafael Sousa Fonsêca

Resumo

O presente artigo versa sobre o Estudo da Hermenêutica Jurídica à luz da constitucionalização do direito, novo paradigma que causou uma mudança na percepção e interpretação do sistema jurídico, que passou a reconhecer de forma efetiva a Constituição como centro do ordenamento jurídico, servindo não só como influxo legitimador de todo o sistema, mas também, e principalmente, como centro axiológico deste mesmo sistema, condicionando e conformando (e sendo ponto de coerência) todo o ordenamento infraconstitucional a partir do reconhecimento da força normativa da Constituição. De outra sorte, tem-se que também a realidade social tem influência na exegese e na aplicação do Direito. Neste sentido, à luz dos ensinamentos de Hesse, denota-se que a força normativa da Constituição será tão mais efetiva quanto mais a normatividade constitucional for capaz de prevalecer em relação aos obstáculos impostos pelas forças sociais contrárias ao projeto de transformação previsto pela Constituição. Neste diapasão, em havendo a possibilidade de escolhas hermenêuticas (e existindo uma discricionariedade do intérprete) discute o artigo exatamente qual seria a essência da Constituição que deve ser preservada em relação às forças antagônicas demonstradas pela realidade social; e qual a postura que deve adotar o intérprete para balizar as suas escolhas hermenêuticas. Neste mister, propõe o artigo que a essência da Constituição, corresponde aos fins que esta pretende alcançar em termos de transformação da realidade social e aos meios que podem ser idoneamente utilizados para a consecução destes fins. Neste sentido, todos os intérpretes, devem balizar o seu trabalho hermenêutico exatamente neste mister de reverenciar a homenagear o projeto constitucional. Sendo certo que a sustentabilidade do projeto constitucional depende da adoção desta postura por parte do operador do direito.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica, Sustentabilidade, Constitucionalização do direito, Força normativa da constituição

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the Study of Legal Hermeneutics under the framework brought by the Constitucionalisation of Law, new paradigm which caused a different perception and interpretation of the legal system; that started to recognize the Constitution as vertex of law, serving not only as legitimizing influx of the whole legal system, but also, and especially, as

axiological center of this same system, conditioning and shaping (and working as standpoint of coherence) the infraconstitutional law, by the recognition of the normative force of the Constitution. By other hand, this paper also argues that social reality has influence on exegesis and application of law. In this sense, using Hesses ideas, it is seen that the normative force of the Constitution will be so much more effective as constitutional normativity is able to prevail over the obstacles imposed by social forces based on selfish interests. In this way, if there is an hermeneutical choice, and hermeneutical discretion; discusses the article, what is the essence of the Constitution that must be preserved in relation to opposing forces demonstrated by social reality. And what arguments and reasons should be adopted by the interpreter to achieve a pro constitution hermeneutical choice. Furthermore, the article shows that the essence of the Constitution corresponds to the aims it intends to achieve in terms of social reality transformation, and the means that can be legally used to achieve these purposes. This paper also proposes that all interpreters should guide their hermeneutic work, exactly in means to honor the constitutional project. In this way, this paper concludes that the sustainability of the constitutional project depends on the right hermeneutical choices opted by operators of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal hermeneutics, Sustainability, Constitutionalisation of law, Normative force of the constitution

INTRODUÇÃO

Em tempos de crises institucionais, a Constituição, especialmente no caso brasileiro, tem se revelado como paradigma de sustentabilidade da ordem social e política.

Quando o equilíbrio entre os fatores de poder, para usar a terminologia de Lassale (2015), começa a ruir, tem sido a Carta Magna o porto seguro para, através de um caminho previsível e chancelado democraticamente (via Poder Constituinte Originário), superar as crises e restabelecer uma nova situação de paz social.

Neste ponto, funciona a Constituição como o fio rígido que costura o tecido social em redor de um plano; dando clareza, segurança e viabilizando possibilidades para que esta ordem social se desenvolva e contemple os múltiplos projetos de vida boa ansiados pelo conjunto da Nação.

Muito bem, mas eis que surge a pergunta: Este fio rígido é inquebrantável? Ele suporta todo e qualquer tipo de pressão? Ou exatamente por ser quebrável, temos todos, tal qual cuidamos das fundações de um edifício, de cuidar para que este liame que conforma e condiciona toda a ordem jurídica, possa de forma perene manter sua força normativa e assim cumprir seu primordial papel de dirigente e regulador da ordem social.

Neste escopo, em assumindo que o fio rígido constitucional pode romper-se – haja vista os inúmeros exemplos que a história nos mostra, de Constituições que tiveram exaurida sua força normativa; o que deve ser feito para que este fio não se rompa? Para que a ordem constitucional mantenha-se saudável e perene por longos anos?

Procuraremos responder esta indagação com base no paradigma da Constitucionalização do Direito, no qual a Constituição e sua força normativa funcionarão não só como fundamento de legitimidade de todo o Direito, mas também como lente e filtro interpretativo de todo o ordenamento infraconstitucional.

Por outro lado, temos que, à luz dos ensinamentos de Konrad Hesse (1991), a força normativa da Constituição será tanto mais efetiva, quanto a sua pretensão de eficácia e transformação social, for capaz de superar os obstáculos que os fatores reais de poder colocarem na consecução deste projeto social. E, mais, que o dever ser constitucional, será tanto mais eficaz (ou seja, tanto mais bem sucedido) quanto este dever ser corresponder aos anseios da sociedadel; ou mais especificamente, quanto mais o corpo social comungar e tiver expectativa da concretização fática dos misteres constitucionais.

Deste modo, do conflito entre o ser da realidade fática, e a possibilidade de conformação deste ser pelo dever ser da pretensão de eficácia da Constituição, é que redundará a sustentabilidade da força normativa da Constituição.

Mas como o operador do Direito pode ajudar neste processo de sustentabilidade? O que deve ser protegido para que a realidade social não subverta a essência da normatividade da Constituição? O que seria uma Hermenêutica incentivadora da sustentabilidade do projeto constitucional?

Estas são as perguntas que se pretendem ser respondidas por este artigo. Neste sentido, traçaremos nossos argumentos, primeiro, falando sobre a Hermenêutica em geral, seu delineamento histórico, e as diferenças entre uma Hermenêutica do viés metodológica e a Hermenêutica de caráter ontológico.

Depois trataremos da Constitucionalização do Direito, explicitando como o reconhecimento da força normativa da Constituição condiciona a percepção de todo o ordenamento jurídico, que passa a ser visto e interpretado a partir da Lei Maior.

Adiante delinearemos como a realidade social pode trazer obstáculos ao cumprimento da normatividade constitucional; e, à luz dos ensinamentos de Hesse (1991), como o dever ser da Constituição tem que sofrer um processo contínuo de reafirmação e de chancela para que a pretensão transformadora da Constituição possa se efetivar no mundo dos fatos.

Mais à frente, demonstraremos que a Hermenêutica e aplicação do Direito não é um processo silogístico e simples; pelo contrário, é um processo complexo que demanda uma construção por parte do intérprete; o que denota uma possibilidade de participação da vontade do intérprete neste processo; uma margem de liberdade e discricionariedade, que deve ser reverente ao querer constitucional.

Tudo para demonstrar, alfim, à luz dos marcos teóricos de Streck (2002), Barroso (2013) e Britto (2006), o que seria a essência da Constituição, que deve ser protegida dos interesses egoísticos das forças sociais; e o que deve ser efetivado como norte Hermenêutico, por parte do operador do Direito (inclusive com base em alguns exemplos), para que o projeto constitucional tenha perenidade e sustentabilidade.

2 HERMENÊUTICA – ASPECTOS GERAIS

Atribui-se a origem do vocábulo Hermenêutica ao grego, tendo como fontes o verbo *Hermeneuin*, que “significa declarar, anunciar, interpretar, esclarecer, levar à compreensão”

(TEIXEIRA, 2012, p.48), e o substantivo *Hermeneia*, com o significado de interpretação (CAMARGO, 2003, p.24).

Tal vocábulo era utilizado para expressar a ação de decifrar a fala difícil, notadamente as mensagens representativas (e que precisavam ser decifradas) dos sinais divinos e da fala dos Deuses (como nos oráculos, com as pitonisas, sendo o mais famoso - o Oráculo de Delfos).

No grego, as palavras *Hermeneuin, Hermeneia*, decorrem de Hermes, o Deus Mensageiro e inventor da palavra, o "enviado por Zeus para missões delicadas", ou ainda, "arauto dos deuses" e "mensageiro de todos os mortais" (TEIXEIRA, 2012, p.48). Sendo ele, Hermes, aquele que levava a ordem dos deuses aos humanos; funcionando, assim, como canal de comunicação, entre o Olimpo e os mortais. Era Hermes o Deus da linguagem e da escrita (instrumentos hermenêuticos por excelência).

Neste primeiro sentido, portanto, a Hermenêutica tinha um papel de revelação, e era realizada pelos ungidos, profetas e pitonisas que podiam exercer o ofício de aclarar a palavra divina aos outros mortais.

Porém, ainda na Grécia, Aristóteles tentou imprimir um caráter de racionalidade à interpretação (fugindo do paradigma revelatório/premonitório de exprimir a fala dos Deuses) aduzindo que haveria uma racionalidade implícita no discurso a ser decifrado.

Do mesmo modo, Platão, que estabelece que a interpretação é um trabalho de mediação de sentido, porém uma mediação racional, sem traço de insânia, pois a insânia afasta a verdade (GRODIN,1999).

Neste sentido, segundo Camargo (2003), a palavra Hermenêutica passou a ter conteúdo semântico mais largo, traduzindo, na Grécia, três acepções principais: *dizer, explicar e traduzir. Dizer*, conforme a atividade anunciadora da vontade dos deuses (revelando notícias fiéis das divindades); *explicar*, na linha Aristotélica vista acima, quando fica claro que as palavras racionalizam e clarificam algo, que deve ser compreendido (ganha ênfase, assim, o aspecto discursivo da compreensão) e *traduzir* quando o intérprete torna inteligível aquilo que é estrangeiro, por exemplo).

Fazemos este resgate histórico, em relação aos gregos, porque é exatamente a partir das bases acima lançadas é que se desenvolveu toda uma Ciência Hermenêutica nos séculos em que se sucederam.

É certo que não foi uma transição simples, pois demorou alguns séculos para que houvesse uma sistematização da Hermenêutica, já que esta operava por meio de três campos de estudo bem separados: *a Hermenêutica dos textos sagrados*, cujos estudos e os ofícios de interpretação eram exercidos pelos padres e membros de ordens religiosas (importantíssima

pela centralidade da Religião naquela época); a *Hermenêutica dos textos literários*, cujos estudos e ofício de interpretação eram desempenhados pelos escritores e professores de letras; e a *Hermenêutica dos Textos Jurídicos* focada na interpretação de leis e normas, cujos estudos e ofícios eram atribuídos aos juristas, que buscavam o entendimento primordialmente da aplicação dos comandos jurídicos ao caso concreto (CESAR, 2014).

Neste período as técnicas interpretativas eram estudadas e laboradas de modo apartado, envolvendo campos de estudo próprios, de acordo com o objeto a ser interpretado (se a Escritura Sagrada, se uma obra literária, se um comando normativo imposto pelo Direito).

A unificação da Hermenêutica deu-se, primeiro com o influxo de Danhauer (GRODIN, 2014), ganhando corpo e densidade no no final do século XVIII, quando Schleiermacher propôs a unificação das técnicas de Hermenêutica, propondo uma metodologia geral da interpretação de textos, que poderiam ser sacros, literários ou jurídicos.

Conforme Teixeira (2012, p.54):

> desde os seus primeiros esboços de hermenêutica, o filósofo germânico afirma a necessidade de uma hermenêutica geral, sustentando que ela se assenta no fato da compreensão do discurso, do que decorreria, então, que a arte da compreensão é a arte de possuir ou dispor de todas as condições necessárias à compreensão.

Tal ponto de vista foi aperfeiçoado por Dilthey, que afirmou existirem dois tipos de ciências: as ciências humanas e as ciências da natureza. Estas últimas, as ciências da natureza, teriam uma índole eminentemente explicativa, no sentido de explicar as relações de causalidade que envolvem os fenômenos da natureza (CESAR, 2014).

Diferentemente seria o objeto das ciências humanas, que envolveria uma atividade de compreensão da atividade humana, sendo que esta compreensão seria revelada exatamente pela interpretação (CESAR, 2014).

Neste sentido, haveria uma dicotomia entre explicar e compreender; e o ato de compreender passaria pelas técnicas do interpretar – objeto da hermenêutica.

Consoante Teixeira (2012, p.57), Dilthey afirmava que:

> se explicamos a natureza, compreendemos a vida anímica, pelo que a fundamentação psicológica das ciências do espírito não poderia fazer-se com base numa psicologia explicativa ou construtora, que pretendesse subordinar toda a vida psíquica a uma conexão causal mediante um número limitado de elementos univocamente determinados, mas sim a partir de uma psicologia descritiva e analítica, que fosse a explicação das componentes e dos nexos que se apresentam, uniformemente, em toda a vida psíquica humana desenvolvida, entrelaçados em uma única textura, que é simplesmente vivida e não interpolada ou inferida pelo pensamento, uma psicologia que fosse a descrição e a análise de uma conexão que, de modo originário, nos é dada pela própria vida.

Um herdeiro na contemporaneidade das idéias de Schleiermacher e Dilthey, foi exatamente Emilio Betti, que, com sua Teoria Geral da Interpretação, propôs uma metodologia geral da interpretação, procurando cânones racionais que impusessem, na medida do possível, um caráter de objetividade ao ato interpretativo; ou seja, que este não se rendesse à subjetividade do intérprete (BETTI, 2007).

Betti, portanto, é um herdeiro de Schleiermacher e Dilthey, e representante do que podemos assentar como uma Hermenêutica Metodológica.

Em contraponto ao viés metodológico e objetivador de Betti, eis que temos os ensinamentos de Heidegger, propondo um caráter ontológico para a Hermenêutica.

Ou seja, para Heidegger, decifrando o homem, pode ser decifrado o discurso, fruto da linguagem, atributo próprio do ser humano. Isto porque o homem compreende o mundo, e também compreende a sim mesmo. O homem existe compreendendo, e é com base nesta compreensão de si mesmo, que o homem deve desenvolver o seu trabalho hermenêutico.

O objeto da Hermenêutica seria o *dasein* o *ser aí*, o ser no mundo, ser no tempo, o ser para a morte, o ser com os outros. O ser que vive o mundo das coisas, mas que também busca a origem – o sentido da existência (CESAR, 2014).

Neste sentido, propõe Heidegger uma ruptura hermenêutica, deixando esta de representar regras ou cânones interpretativos (como asseverava Betti) e passa a expressar um processo ontológico, de compreensão do próprio homem. Á Hermenêutica caberia meditar sobre o sentido do ser; descrever a condição humana, interpretar o homem e assim explicitar a sua humanidade (TEIXEIRA, 2012).

Heidegger propõe um círculo hermenêutico dialético entre compreender e interpretar, e entre compreensão e interpretação o mistério da condição humana poderia ser desvelado.

Heidegger teve Gadamer como discípulo, sendo que este, em seu Verdade e Método, seguiu as idéias do mestre, desenvolvendo sua argumentação no sentido de que a linguagem é o campo próprio da atividade hermenêutica; e especificando que o ser que pode ser compreendido é a linguagem (CESAR, 2014).

Gadamer propugnava que a Hermenêutica era apreendida levando em consideração o condicionamento histórico do homem, e buscando compreender este mesmo homem, sendo que compreender seria aplicar um sentido a nossa situação atual (TEIXEIRA, 2012).

Neste sentido, Gadamer propunha um caráter mais subjetivo à Hermenêutica, pois seria exatamente o intérprete poderia modificar o sentido da tradição inovando este para uma melhor aplicação à situação atual, o que ia de encontro por completo às idéias de Betti, que

propunha uma Hermenêutica mais objetiva e independente da vontade e perspectiva do interprete.

Depois de Heidegger e Gadamer, a tendência ontológica da Hermenêutica teve como expoente Paul Ricoeur que trouxe como novidade uma tentativa de traçar um diálogo entre a tendência ontológica da Hermenêutica e a tendência Metodológica, valorizando a perspectiva ontológica, mas valorizando o método. Ou seja, buscava como seus precursores a decifração da linguagem, mas sempre por critérios metodológicos apropriados, de modo a propor uma Hermenêutica Universal (também chamada de Meta Hermenêutica), que inclusive superasse os óbices levantados pela Hermenêutica Crítica de Apel e Habermas (CESAR, 2014).

Mas quais seriam os óbices levantados pela Hermenêutica Crítica contra a Hermenêutica Ontológica?

Apel e Habermas criticavam exatamente a Hermenêutica ontológica por esta se basear na linguagem, sendo que a linguagem poderia ser instrumento de dominação ou até mesmo de massacre. Que a verdade fruto do esforço hermenêutico poderia ser falseada; neste sentido, a atividade hermenêutica deveria revelar uma atividade dialética em busca da emancipação do homem, libertando-o de jugos e dominações que poderiam vir travestidas de tradição (TEIXEIRA, 2014).

Muito bem, fizemos este resumo não só para contextualizar a Hermenêutica, como para demonstrar suas duas perspectivas principais. A Hermenêutica Metodológica e a Hermenêutica Ontológica. Que, como veremos adiante, são balizas relevantes para o processo de interpretação/aplicação do Direito.

Frise-se que a Hermenêutica Metodológica, cumpre uma missão relevante por melhor clarificar o caráter sistemático do Ordenamento Jurídico; e a Ontológica por explicitar com mais ênfase o processo cognitivo de compreensão da matéria interpretada (e o estabelecimento de sua essência). Sendo ambas as aproximações relevantes no mister de deslindar a aplicação correta do Direito.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A Constitucionalização do Direito, ou seja, a percepção de que a Constituição não é apenas a norma de hierarquia mais elevada e centro fundante de todo o ordenamento jurídico; mas também, e principalmente, elemento axiológico conformador e condicionador de toda a interpretação dele mesma (a Constituição) e de todo o ordenamento infraconstitucional; baseia-

se, consoante BARROSO (2013), em três marcos específicos: *um marco histórico, um marco filosófico e um marco teórico.*

O *marco histórico* corresponde ao período pós-guerra e a redemocratização ocorrida em diversos países, como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Brasil.

O ressurgimento dos valores democráticos, em contraponto às barbaridades cometidas na 2ª Guerra e por Governos Autoritários, determinou a consolidação (na Europa e Brasil) de Estados reverentes à primazia dos Direitos Fundamentais, e o reconhecimento do caráter jurídico e cogente das Constituições, como foco maior de proteção e resistência contra as violações de Direitos Humanos (BARROSO, 2013).

O *marco filosófico é o pós-positivismo*, que buscou exatamente superar as perplexidades advindas do positivismo puro. Realmente, a visão positivista de que Direito seria exclusivamente norma, ato emanado do Estado, com força imperativa, desvinculado de reflexões valorativas acerca de legitimidade e justiça, acabou por redundar em barbaridades cometidas sob o pálio da Lei. As atrocidades efetivadas durante o Fascismo e o Nazismo retratam bem este perigo.

Por outro lado, não se desejava um retorno puro e simples aos fundamentos vagos, subjetivos e metafísicos do jusnaturalismo.

Neste diapasão, o pós-positivismo seria uma terceira via, pois "sem tratar com desimportância as demandas por clareza, certeza e objetividade; procura a concretização de um Direito conectado a uma filosofia moral e política." (BARROSO, 2013, p.270).

Busca ir além da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto; e procura empreender uma leitura moral da Constituição (aproximação entre Direito e Ética), sem recorrer a categorias metafísicas.

Por último, o *marco teórico*, que revela três grandes transformações relativamente à aplicação do Direito Constitucional: *a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.* (BARROSO, 2013).

Com efeito, *a força normativa da Constituição* é o reconhecimento do caráter imperativo e cogente de suas normas (o que teve como maior ganho a eficácia jurídica das disposições constitucionais relativas à garantia dos direitos fundamentais). (BARROSO, 2013).

A *expansão da jurisdição constitucional* funciona como garantia da força normativa da Constituição, fazendo surgir no Direito, remédios e ações para combater as violações à Constituição. (BARROSO, 2013).

E a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional, com vista a garantir que a Constituição sirva como paradigma de justiça e legitimidade democrática para o ordenamento jurídico. (BARROSO, 2013).

No que concerne a este último tópico, Barroso (2013) encaminha sua abordagem anotando que, em termos de Hermenêutica contemporânea, o processo interpretativo não é mais visto como algo estanque e apartado da aplicação. Não, interpretação e aplicação são faces conjuntas de uma mesma moeda, já que se interpreta exatamente para aplicar o preceito. Ademais ganha relevo a distinção entre enunciado normativo, norma jurídica e norma de decisão. Onde o enunciado normativo é o texto em abstrato; a norma jurídica é a tese a ser aplicada, fruto da interação texto/realidade; e a norma de decisão, que representa a regra concreta que decidirá a questão.

Neste sentido, temos que a Constituição não apenas prevalece em termos hierárquicos perante todas as demais normas do Sistema Jurídico (normas estas que devem ser produzidas de acordo com os cânones constitucionais); mas também que a Constituição deve ser lida a partir de sua lógica interna; sendo que esta lógica condiciona o conteúdo e a interpretação de todas as demais normas jurídicas, cujo alcance e o sentido devem guardar harmonia com os valores emanados pela Lei Maior.

É a chamada filtragem constitucional, onde a Constituição passa a funcionar como um filtro, um fulcro, uma chancela, um crivo, mediante a qual todas as normas e feixes de normas (regimes jurídicos) devem ser avaliados; para que, do conjunto, Constituição e normas infraconstitucionais, possa-se extrair o real comando e mais adequado ao Sistema Jurídico como um todo.

Neste sentido, Barroso:

> Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados (2013, p.390)

O que nada mais é do que o reconhecimento da força normativa da Constituição, de que esta é formada por regras e princípios cogentes, e da mais alta hierarquia, que podem ser aplicadas diretamente, mas também, e principalmente, influenciar todo o Sistema Jurídico.

E, para assegurar esta *força normativa* (e a sustentabilidade da Constituição) é que urge que haja tanto *a expansão da jurisdição constitucional*, exatamente para controlar a ação

do legislador ordinário, para que esta respeito a moldura jurídica traçada pelo Poder Constituinte; como o desenvolvimento *de uma nova dogmática da interpretação constitucional*, pois, como visto, a Constituição, com suas regras e princípios, passa a ser um filtro não apenas de compatibilidade, mas de compreensão de todo o ordenamento jurídico (BARROSO, 2013).

Neste diapasão, a Constitucionalização do Direito traz algumas conseqüências relevantes para a Hermenêutica.

Uma que reconhece a possibilidade de aplicação direta da Constituição, designando ela, por poder próprio, direitos subjetivos e deveres fundamentais. Não há mais a necessidade inarredável de mediação por parte do legislador infraconstitucional. As normas do Poder Constituinte Originário não somente vinculam, mas a elas é reconhecido o mais alto grau de fundamentalidade.

Duas que, como visto, a Constituição passa não só a fundamentar todo o ordenamento jurídico, exigindo compatibilidade das normas infraconstitucionais com a matriz constitucional; porém, mais do que isso, a Constituição passa a ser parâmetro de leitura de todo o ordenamento infraconstitucional; que nesta medida, passará a ser compreendido a partir da axiologia emanada da própria Carta Magna.

Três que, ao sufragar a normatividade dos Princípios (e, como será visto adiante, a necessidade de ponderação entre eles) então a Hermenêutica Jurídica e Constitucional (já que intimamente correlacionadas) ganha contornos de complexidade. Os caminhos do intérprete não serão mais lineares e diretos. Surgem técnicas complexas de justificação (como a argumentação jurídica) que abrem espaço relevante para a discricionariedade do intérprete, conforme sua visão do mundo.

O que abre espaço também para que elementos da realidade social interferiram também no processo hermenêutico. Este é o tema do próximo tópico.

4 O CONFLITO ENTRE O SER E O DEVER SER: A IMPORTÂNCIA DA REALIDADE SOCIAL

Ora, como especificamos anteriormente, uma leitura absolutamente dogmática do Direito, pode gerar conseqüências de alheamento, dominação e manutenção das posições de Poder. Imaginar o Direito como um sistema alheio à determinação social seria uma ilusão.

Por isso, defende-se a necessidade de se estudar não apenas a norma, suas vinculações sistemáticas internas no âmbito do ordenamento jurídico (e daí explicitar a sua correta interpretação). Mas também urge analisar a realidade social, que, por um lado, influenciará na

hermenêutica e aplicação do Direito; e de outro, será importante norte para esta Hermenêutica e aplicação. Vejamos.

Ora, em relação à realidade social como influência (ou apoderação), explica Bourdieu (1989) que o Direito está muito longe de ser um sistema autorreferido, sem o peso das forças sociais. Não, muito pelo contrário, para Bourdieu (1989), o Direito e a Jurisprudência são um reflexo direto das relações de força existentes, notadamente as forças econômicas, servindo como instrumento de dominação, em favor das classes privilegiadas.

Ou seja, o Direito não caminharia com suas próprias forças, ou somente sob os auspícios de sua pura lógica interna. Não. O Direito espelharia também o complexo de forças sociais predominantes e seria instrumento de legitimação destes e de manutenção de suas posições de poder.

E que a crença de que o Direito é um sistema autorreferido, baseado em equidade e racionalidade (o que garantiria a adesão dos dominados à ordem vigente), seria apenas uma forma de realçar a sua força simbólica (e toda sua capacidade de dominação), (BOURDIEU, 1989).

E como se disseminaria tal sentimento de racionalidade? Ou seja, a ilusão de que o Direito seria autorreferido? Explica Bourdieu (1989) que, dentre outros meios, haveria uma colaboração de elementos de linguagem, onde, por meio da neutralização (com o uso de construções passivas e frases impessoais, por exemplo) e da universalização (como o uso do indicativo na enunciação das normas) da linguagem jurídica, obter-se-ia uma crença de o Direito é neutro, impessoal e universal; ou seja, que a norma será criada e terá sua aplicação independente de fatores econômicos ou sociais de poder.

Como ainda, isto seria fruto de um intenso trabalho da doutrina, a quem caberia sempre sistematizar, argumentar e justificar o corpo jurídico como algo rigoroso e racional. (BOURDIEU, 1989).

Neste sentido, o ato relativamente arbitrário de decidir (como decidir que precedente se aplica em que caso e em que medida, já que os casos nunca são absolutamente iguais), ganharia contornos de racionalidade e objetividade, e serviria para esconder como as forças dominantes condicionam o Direito em favor dos seus propósitos. (BOURDIEU, 1989).

Desta forma, como explica Habermas (1997), as forças políticas e econômicas (e seus interesses egoísticos) podem colonizar o Direito e direcioná-lo não a objetivos de interesse coletivo, mas sim a interesses próprios de legitimação das classes dominantes. Porém, como veremos adiante, quando estas tentativas de captura do Direito e da própria Constituição

assumem contornos de sufocar e inviabilizar o projeto constitucional, toda a ordem jurídica pode restar ameaçada.

De outra sorte, a realidade social também influencia na Hermenêutica Jurídica, no sentido de aperfeiçoar e perceber se a própria ordem constitucional está sendo bem sucedida; ou seja, se a Constituição em sua perspectiva transformadora (SUNSTEIN, 2001), está efetivando o seu trabalho de conformação da realidade social, de acordo com o seu projeto constitucional.

Por outro lado, frise-se, não faz sentido, um Direito vinculado a verdades inexoráveis, se a realidade social está em constante transformação.

É o que explica Feitosa (2012), que reza que a abordagem científica do Direito, em sendo baseada em um paradigma positivista, isolada de suas determinações sociais, e focada apenas no conteúdo normativo; fará do Direito um plexo formado verdades eternas e imutáveis.

Neste sentido, a saída para o Direito é a busca da totalidade, ou seja, mergulhar no ser para entender como a realidade social condiciona o Direito; e a partir daí denotar as melhores estratégias para que o Direito possa objetivamente ser instrumento de transformação social. (Porque percebendo exatamente o que é a realidade, pode o intérprete melhor aplicar o Direito, no sentido de que esta mesma realidade não impeça o Sistema Jurídico de realizar o seu mister de execução do projeto constitucional).

No âmbito do Constitucionalismo, esta briga entre ser e dever ser foi muito bem retratada entre a disputa entre Hesse e Lassale, e a avaliação se a Constituição possui ou não força normativa. Objeto do próximo tópico.

5 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: A DISPUTA ENTRE O SER E O DEVER SER NA SEARA CONSTITUCIONAL

No sentido preconizado no tópico anterior, de uma análise do Sistema Jurídico (no caso, a Constituição) sob o prisma do mundo dos fatos, temos, Lassale (2015), que advertia que a verdadeira Constituição seria a soma dos fatores reais de Poder que dirigem uma Sociedade: poder econômico, poder político, poder militar, entre outros. Que a Constituição Jurídica seria apenas um pedaço de papel, e que as relações sociais seriam reguladas a partir de uma determinada conformação dada por estes poderes.

Para Lassale (2015), qualquer contraponto entre a Constituição real e a Constituição jurídica, seria resolvido em favor da primeira; pois o pedaço de papel sucumbiria diante dos fatores reais de poder dominantes no país.

Muito bem. Este é um ponto de vista relevante; porém, seria complicado imaginar toda a existência da forma jurídica, desvinculada de qualquer possibilidade de transformação social; estando exclusivamente à mercê das forças de Poder.

Haveria de se reconhecer uma pretensão de eficácia da norma jurídica, notadamente a Constitucional, tendente a promover os múltiplos projetos de vida boa, amparados pelas Constituições (na ótica da Constitucionalismo recente).

E, neste sentido, foi a resposta de Konrad Hesse (1991) a Lassale (2015), argumentando que, realmente, "tanto na praxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática" (1991, p.10).

Mas, em contraponto a Lassale (2015), explicou Hesse (1991) que a Constituição não seria aquele mero pedaço de papel, com serventia apenas simbólica. Não. Hesse (1991) aduziu que a Constituição, enquanto norma jurídica, tem, neste plano (no plano jurídico), uma pretensão de eficácia. E que esta pretensão de eficácia seria tão mais efetivada no mundo dos fatos, quanto esta mesma Constituição estivesse conectada à realidade histórica e à sua percepção de legitimidade (e vontade de obediência por parte do corpo social).

Disse Hesse:

> A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconectadas." (1991, p.14)

Ou seja, a Constituição não "seria apenas um expressão de um ser, mas também um dever ser" (HESSE, 1991, p.15), pois além de espelhar determinadas concepções fáticas (e forças determinantes), a Constituição procura atribuir ordem ao todo social. Neste diapasão, a Constituição, enquanto ser, poderia ser determinada pela ordem social; mas enquanto dever ser, ela é determinante desta mesma ordem. (HESSE, 1991, p.15)

E, neste ponto, finaliza Hesse: "A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferençadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas". (1991, p.15)

Neste sentido, a Constituição, enquanto norma jurídica, procura sua eficácia, sua possibilidade de conformação da realidade social; e, encontra, por certo, obstáculos a essa conformação. Desta forma, será na superação destes obstáculos que a Lei Maior conseguirá sua plena força normativa.

Muito bem, feito este raciocínio, é certo que, à luz de Hesse (1991), terá tanto mais respaldo social e força normativa, aquela Constituição que obtiver maior capilaridade e profundidade em termos de aquiescência social; ou melhor dizendo, quanto mais a Sociedade e quanto mais indivíduos comungarem desta vontade de Constituição.

Para tanto, "há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas." (HESSE, 1991, p.15).

Mas sem perder sua perspectiva transformadora, pois dizia sim Hesse (1991) que era relevante que a Constituição espelhasse da melhor forma possível, as equações de poder vigentes no seio social; porém, que esta não apenas espelharia, mas teria o condão também de modificar estas equações de poder.

E que seria exatamente da síntese entre o conteúdo da Constituição (e sua vontade conformativa, mas também transformadora) e a legitimidade deste conteúdo enquanto expectativas fáticas dos componentes da Sociedade, que redundaria o sucesso (ou o fracasso) do projeto constitucional.

Muito bem, feito este registro para explicar a necessidade de uma Constituição de se afirmar e de se legitimar em relação ao seio social; cabe realçar, portanto, nosso ponto-de-vista de necessidade do que seria a sustentabilidade do projeto constitucional e uma hermenêutica tendente a favorecer este mister.

Ora, em função de tudo o que foi apresentado, temos como assente que a Constituição tem um compromisso consigo mesma (com sua vigência e com sua força normativa, tendo mecanismos interpretativos e de jurisdição constitucional para sua defesa); e se a mesma é de ser interpretada como filtro e lente de todo o ordenamento jurídico; todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado em função do sucesso deste projeto constitucional.

Por isso, estipula Hesse (1991) que a Lei Maior tem que despertar as forças sociais em seu favor, para que na luta de forças entre interesses antagonistas e interesses em prol do projeto constitucional, prevaleça o desenho plasmado pelo Poder Constituinte Originário.

E mais do que isso, partindo do paradigma de uma Constituição Legítima, ou seja que esteja de acordo com os anseios maiores da Sociedade; temos que sua exegese tem que ser apta a extirpar, como inconstitucionais, todos os comportamentos que, de alguma forma, possam representar perigo à ordem instituída. Ou seja, comportamentos na esfera do real que se não anulados pela força normativa legítima da Constituição, acabarão por inviabilizar seu projeto no futuro.

Tudo porque, é por meio da Hermenêutica que se dá a compreensão do ordenamento jurídico, e desta compreensão que se dá a aplicação do direito; daí, em última análise, serão as escolhas hermenêuticas que estabelecerão as interpretações que favoreçam ou prejudiquem o completo sucesso da normatividade constitucional.

Deste modo, há uma circularidade virtuosa entre a Hermenêutica que favorece a força normativa da Constituição e a concretização desta força normativa no mundo dos fatos; ou seja, quanto mais se acredita na Constituição, e mais se aplica a Constituição (paralisando condutas contrárias ao seu dever ser) mais esta será apta a realizar seus comandos no mundo real. Mais esta ganhará em sustentabilidade.

Ou seja, em última análise, mais a sua essência será preservada, e a força transformativa deste núcleo prescritivo essencial será mantido.

Mas qual a essência da Constituição que tem de se preservada? Como na prática, ela pode ser atingida? É o que veremos a partir de agora.

A começar por uma descrição sucinta da complexidade do processo hermenêutico jurídico-constitucional, estabelecendo margens de discricionariedade ao intérprete, e como esta discricionariedade deve ser ancilar da essência da Constituição.

6 A HERMENÊUTICA JURÍDICA E CONSTITUCIONAL E A DISCRICIONARIEDADE DO INTÉRPRETE

Nos dias atuais, realmente, tem-se por certa a superação da concepção tradicional de uma Hermenêutica Jurídica, que tenha por base uma lógica silogística, sem uma participação ativa do intérprete na construção da solução interpretativa mais adequada. (BARROSO, 2013).

Principalmente porque a dogmática contemporânea não mais admite a premissa de que o processo interpretativo abraça o deslinde apenas do enunciado normativo em abstrato. E que este enunciado, ao ser interpretado, estipula uma única solução possível. (BARROSO, 2013).

Não, a hermenêutica desenvolve-se em um binômio interpretação/aplicação; ou seja, interpreta-se não em abstrato, mas sim para aplicar o Direito interpretado. E é exatamente desta interação texto/realidade que será construída a solução exegética adequada. (BARROSO, 2013).

E muitas vezes, o Sistema Constitucional, notadamente nos casos difíceis, não estipulará uma solução única, simples e evidente para o problema interpretativo. E, por isso, o intérprete deverá participar ativamente da construção de uma solução, por meio de técnicas de argumentação e ponderação.

E se a solução será construída pelo intérprete, resta óbvio que haverá uma margem de liberdade/subjetividade, na consecução deste mister.

É o que preconiza Streck (2002), que tendo por base a filosofia de Gadamer, argumenta que a interpretação deixa de ser meramente reprodutiva e passa a ser produtiva. Ou seja, que o intérprete deixa de ser um observador neutro dos fenômenos interpretados, objetivo, tentando meramente reproduzir o que o texto revela; e passa a dispor de sua subjetividade, de sua visão de mundo, para construir uma interpretação, baseada na sua compreensão do que é interpretado.

Muito bem, neste sentido, três mudanças de paradigmas abalaram a interpretação jurídica tradicional (exclusivamente positivista). (BARROSO, 2013).

A primeira mudança foi a superação do formalismo jurídico, ou seja, de que a lei (e, neste diapasão, todo enunciado normativo) seria a expressão absoluta da razão e de uma justiça imanente. O que não corresponde à realidade, já que, primeiro, o enunciado normativo não é fruto apenas da racionalidade, mas também da busca da concretização de interesses hegemônicos. E segundo, face à complexidade da vida moderna, seria impossível ao legislador prever soluções para todas as questões para a vida em sociedade. (BARROSO, 2013).

A segunda mudança de paradigma, diz respeito exatamente ao ambiente de uma cultura pós-positivista, onde a posição dominante sobre a interpretação/aplicação do Direito buscou uma aproximação entre Direito e a Filosofia, entre o Direito e a Moral, onde considerações acerca da legitimidade do Direito e da busca da Justiça passaram a circundar (e condicionar) o processo interpretativo. (BARROSO, 2013).

E a terceira mudança de paradigma tem relação com a ascensão do direito público e a centralidade da Constituição, que, como visto anteriormente, deixa de ser parâmetro de compatibilidade, e passa a ser filtro ou lente de leitura e condicionamento exegético de todo ordenamento jurídico. (BARROSO, 2013).

Mudanças paradigmáticas que visam exatamente a que a Hermenêutica/aplicação do Direito passe a buscar a melhor solução para o caso concreto, ou seja, aquela mais condizente com os ditames de legitimidade de justiça, com a concepção axiológica vigente na sociedade, e com o todo do Sistema Constitucional, tendo por base suas regras, seus princípios e os direitos fundamentais lá chancelados.

Neste ponto, como já adiantado acima, temos que a interpretação constitucional ganha complexidade, pois muito mais sintonizada e afeita à Justiça no caso concreto. Sendo certo que esta busca pela Justiça, pela melhor solução, envolverá não só complexidade, mas realmente escolhas valorativas por parte do intérprete.

São os chamados casos difíceis; que de acordo com a sistematização de Barroso (2013), surgem: a) da ambigüidade da linguagem; b) de desacordos morais razoáveis; c) e da colisão de normas constitucionais ou de direitos fundamentais.

A ambigüidade da linguagem decorre da utilização de normas-princípio ou de conceitos jurídicos indeterminados, que, por seu caráter abstrato, têm múltiplos significados possíveis e que devem ser especificados no caso concreto. (BARROSO, 2013).

Os desacordos morais razoáveis surgem das sociedades complexas e democráticas onde vivemos, e que recepcionam concepções morais diversas sobre temas controvertidos. Eutanásia, aborto, descriminalização de drogas são temas onde a tensão entre os direitos em conflito exige uma argumentação jurídica mais ampliada. (BARROSO, 2013).

A colisão de normas constitucionais ou de direitos fundamentais exsurge do fato de a Constituição ser um documento dialético, que abriga valores contrapostos, que, por vezes, entram em disputa entre si. (BARROSO, 2013).

E exatamente para responder estes casos difíceis, é que surge a denominada nova interpretação constitucional, que estuda como lidar com estes casos difíceis. (BARROSO, 2013).

Nova interpretação que é baseada, em diversas categorias, mas que, pelo relevo e o escopo do trabalho, detalharemos duas:

Primeiro, a *ponderação*, que serve exatamente para resolver os problemas de colisões entre Direitos Fundamentais e superposição entre princípios. Neste sentido, à luz da ponderação, o intérprete deve desenvolver o seu mister interpretativo em três fases, resumidas a seguir.

Inicialmente devem ser verificados os Princípios e/ou Direitos em colisão. Depois, em uma segunda etapa, cabe a avaliação da moldura fática, estabelecendo as circunstâncias concretas do caso analisado, e os elementos normativos envolvidos. Para, então, na terceira fase serem sopesados todos os elementos em disputa, de modo a estabelecer a norma ou o grupo de normas (e em que medida) prevalecerão para o caso concreto. (BARROSO, 2013).

Depois da ponderação, temos a *argumentação jurídica*, pois em sendo o Direito desenvolvido por meio da linguagem, pode nele ser desenvolvida, em vez de uma lógica apodítica, uma lógica do convencimento ou do consenso. Ou seja, substitui-se a lógica formal, pela razão prática, em busca da solução mais justa.

Busca-se, portanto, com a argumentação jurídica, a demonstração racional do itinerário lógico dos argumentos utilizados para se chegar a uma solução interpretativa que

convença o auditório, ou seja, todos aqueles que devem ser influenciados pela argumentação. (BARROSO, 2013).

Neste sentido, para que tal racionalidade (e não a manipulação) possa ser alcançada, urge que a argumentação jurídica: a) apresente fundamentos normativos, ou seja, reverencie o ordenamento posto e a dogmática jurídica; b) que a argumentação jurídica seja reverente à unidade, coerência e consistência do sistema jurídico, observando, inclusive os precedentes e a história na aplicação do preceito; c) por fim, que a argumentação não se pode perder no mundo abstrato das normas e desvinculando-se de suas conseqüências. (BARROSO, 2013).

Vale neste ponto, a advertência de Barroso (2013), que não é o caso de o intérprete ser um consequencialista, mas apenas ter a axiologia constitucional como referência, na aferição dos resultados produzidos pela argumentação jurídica.

Deste modo, facilmente se percebe que, como dito acima, o intérprete vai construir muitas vezes a melhor solução para o caso concreto; e esta melhor solução (conforme será melhor explicitado adiante) é aquele que homenageia a essência da Constituição (essência que, conforme será melhor explicitado, alfim, corresponde ao próprio projeto constitucional).

7 A ESSÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO

A essência da Constituição seria o seu cerne; o seu núcleo, que se maculado, esta perderia todo o seu sentido, e sua identidade.

Poderia ser aduzido, neste sentido, como núcleo-base da Lei Maior a Dignidade da Pessoa Humana.

Mas seria mesmo tal Princípio o âmago ou essência da Constituição?

Ora, realmente a Dignidade da Pessoa Humana é um dos princípios-chave da Lei Maior, representando, na dicção de Barroso (2013), um dos Princípios reitores de toda a lógica constitucional.

Explicita o autor que a *Dignidade da Pessoa Humana* reporta o consenso ético do mundo ocidental em termos de declarações de direitos, convenções internacionais e constituições; e o seu conteúdo mínimo é delineado, pelo valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia individual e o valor comunitário. (BARROSO, 2013).

O *valor intrínseco da pessoa humana*, em rápidas palavras, tem relação com a posição especial do ser humano no mundo, que o distingue dos outros seres vivos – posição fruto de sua racionalidade e da impossibilidade de ser instrumentalizado. (BARROSO, 2013).

A autonomia tem relação com o direito de cada ser humano de se autodeterminar, ou seja, de conduzir o seu próprio destino, de acordo com suas aspirações e sua personalidade. (BARROSO, 2013).

E o *valor comunitário* é o elemento social da dignidade, a dignidade vista de acordo com os valores compartilhados pela comunidade. (BARROSO, 2013).

Ou seja, para Barroso (2013), a dignidade da pessoa humana, denota um Princípio Síntese que procura significar toda a proteção jurídica que é de ser dada ao indivíduo, em função da sua condição de humanidade.

É um princípio relevantíssimo, mas, como veremos adiante, a essência representa mais do que o fim; ela representa, em nosso sentir (conforme veremos melhor adiante) todo o caminho (fins e meios) que a Constituição pretende em termos de conformação social. Neste sentido, talvez a Dignidade da Pessoa Humana represente um fim último, mas não de forma completa os caminhos que devem chegar a este fim.

Uma outra proposta seria considerar o Princípio Democrático como o fulcro do Sistema Constitucional. Vejamos.

Ora, na dicção de Britto (2006), os Princípios serão responsáveis pela unidade da Constituição e pela sua estabilidade e atualização. Tudo porque é a partir do seu caráter aberto, é que a Constituição buscará sua sintonia com as diversas e crescentes demandas sociais, caracterizadas em múltiplas aspirações e projetos de vida boa.

E, dentre os Princípios materiais, Britto (2006) identifica a Democracia como o valor constitucional por excelência, ou seja, coloca a Democracia como um megaprincípio – um princípio que identificar-se-ia com o próprio ser da Constituição.

Tanto no que concerne à acepção formal de Democracia, retratada na possibilidade de escolha, pelo povo, dos seus governantes (representantes), partilhando com estes o processo político.

Como em sua concepção de Democracia Substancial – ou seja, na configuração de um Estado Democrático de Direito – onde a efetiva finalidade do Estado e das normas jurídicas é voltar-se à concretização de valores que se marquem por uma vertente popular, que, em outras palavras, seria a efetiva concretização dos direitos fundamentais. (BRITTO, 2006).

Neste ponto, o autor fala em uma tríplice centralidade: a democracia no centro dos Princípios Constitucionais; os Princípios Constitucionais no centro da Constituição e a Constituição no centro do ordenamento jurídico.

E que da Democracia poderiam ser extraídos todos os demais Princípios: o Princípio Federativo (com a ampliação das esferas de Poder, limitando-o); a Separação de Poderes (pelo

mesmo motivo); a República (pela simetria entre o exercício do Poder pelo Povo e o fato de ser este, o povo, o titular da coisa pública); e os Direitos e Garantias Individuais, pois se o Poder é exercido pelo povo e para o povo, tem-se por óbvio que serão respeitados os direitos que qualificam este povo, enquanto indivíduos (seres humanos) e cidadãos. (BRITTO, 2006).

Por isso, seria, para Britto (2006), a Democracia o Princípio fundante de toda a ordem constitucional.

Mas, seria então a Democracia, a essência que estamos procurando? É ela que dá a identidade à Constituição? Pedimos vênia para entender que não. Pelos motivos que nos levaram a refutar a Dignidade da Pessoa Humana, para tal mister.

Ora, se a essência, para os fins que buscamos neste artigo, representa todo o caminho (fins e meios) que a Constituição pretende em termos de conformação social. Neste sentido, temos que a Democracia representa bem os meios, o modo de chegar a determinado fim. Mas, em nossa visão, pouco diz quanto aos fins que devem ser alcançados.

Neste passo, para discutirmos a essência da Constituição, é muito útil a concepção de uma Hermenêutica Ontológica, defendidas entre outros por Martin Heidegger.

Para tanto, explica Streck (2002) o que seria uma hermenêutica ontológica; aduzindo que seria aquela que se processa na compreensão do intérprete daquilo que é interpretado. E mais do que isso, o intérprete vai buscar o ser do ente interpretado.

Merecendo, relevo, a distinção Heideggeriana entre ser e ente: o ente seria tudo aquilo que se apresenta, aquilo que é reconhecido e estudado pela ciência (naquilo que o filósofo denomina) em seu caráter ôntico. (STRECK, 2002).

Diferente é o ser, que seria aquilo que precede a existência, e é estudado pela Filosofia e que somente pode ser alcançado pela compreensão, retirando-o de seu velamento, e entendendo o papel (filosófico) deste ser no mundo: - o que este ser está fazendo aí? Seria a grande pergunta ontológica. (STRECK, 2002).

Neste ponto, a grande pergunta para se estabelecer para a essência da Constituição, seria: o que este ser está fazendo ai?

Resposta que, para o autor, tem sido obtido de modo incompleto pela Hermenêutica atual, exatamente porque não se procura o estranhamento, não se encara o ser da Constituição e suas possibilidades de transformação na Sociedade. (STRECK, 2002).

E acaba-se por reproduzir (com a Hermenêutica e a aplicação do Direito) tudo aquilo que vem sendo demonstrado historicamente por uma tradição inautêntica, que utiliza categorias metafísicas para dar o fechamento ao sistema. Modo de proceder que tem, segundo o autor,

inegável utilidade em termos de manutenção do *status quo* e das relações de poder. (STRECK, 2002).

Neste sentido, súmulas, leis peremptórias, interpretações paradigmáticas, uso da tópica nada mais seriam do que a utilização de meios metafísicos para o encobrimento do ser (entificação do Direito). E desvio do real ser-aí da Constituição (o que esta Constituição está fazendo aí?) (STRECK, 2002).

Por isso, Streck (2002) pugna pela superação do pensamento dogmático, que esconde o ser da Constituição e do próprio Direito, enxergando a Constituição (e o próprio Direito) por meio da diferença ontológica ser e ente; e através da contemplação e reflexão (e não do mero uso da técnica) compreender o fenômeno constitucional como parte do mundo, e como meio de transformação deste mesmo mundo, concretizando os anseios do povo em busca de um real Estado Democrático de Direito.

Neste ponto, e trazendo estes raciocínios para a realidade deste texto, depreende-se que, para Streck (2002), o ser da Constituição é o papel que a mesma exerce em termos de transformação social, ou, em termos mais simples, o próprio projeto constitucional.

Projeto constitucional que corresponde a meios, como o Princípio Democrático ganhando máxima eficácia; e a fins, tendo a Dignidade da Pessoa Humana como vértice maior. Um sem o outro não faz sentido.

Deste modo, se a dignidade e desenvolvimento social do ser humano é o fim último do projeto constitucional; isto deve ser feito de modo democrático, respeitando os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e garantindo o desenvolvimento nacional (em termos econômicos e sociais).

Deste modo, o ser-aí da Constituição é o seu papel transformador, que deve ser legitimado pela Sociedade, para que se garanta a sustentabilidade da força normativa da Constituição.

Papel de legitimação que engloba também esforços hermenêuticos. Tema do próximo tópico.

8 UMA HERMENÊUTICA VOLTADA À SUSTENTABILIDADE DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Ora, vimos que o fio rígido que conduz os destinos da nação e dá estabilidade ao processo político e social como um todo, é o próprio projeto constitucional, a sua perspectiva

transformadora, o que ele induz e produz em termos de comandos para a evolução social daquela Sociedade.

No caso brasileiro, o projeto constitucional está delineado no art.3º da Lei Magna Federal, que seria construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Mas esta efetivação pode ser feita de qualquer modo? Não, estes objetivos têm que ser alcançados sem descurar dos fundamentos da ordem jurídica: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político. (BRASIL, 1988).

Estes configuram o projeto constitucional, os fins e os meios de serem alcançados; o coração e a força motriz da Constituição; e é exatamente este projeto que tem que se legitimar e ultrapassar eventuais interesses egoísticos que se apresentem.

Neste sentido, conforme apresentado por Hesse (1991), podem surgir forças sociais contrárias, que, ao deslegitimarem este projeto, desnaturam a legitimidade e a força normativa da própria Constituição, levando à sua insustentabilidade.

Vejamos como, em relação a alguns exemplos. Começando por analisar o caso do desenvolvimento nacional.

Ora, se não se investe em educação, o país terá cada vez mais dificuldade em prover a mão-de-obra técnica necessária para que haja um efetivo crescimento. Do mesmo modo, se se gasta excessivamente em custeio, e não em investimentos; não se cria a infraestrutura necessária para que o país possa desenvolver-se.

De outra parte, se o país não cresce, haverá maior possibilidade de concentração de renda, pois o valor social do trabalho diminui; o que inviabiliza o projeto constitucional de construção de uma sociedade justa e solidária.

Sendo certo que não investimento em educação, gastos excessivos com custeio, e aumento de concentração de renda são fatores que circundam os interesses egoísticos daqueles que jogam o jogo político.

Deste modo, a Hermenêutica e a aplicação do Direito deve cuidar para expungir estes interesses egoísticos que ameaçam a Constituição não só em seu projeto educacional, ou em seu projeto desenvolvimentista, mas em seu projeto como um todo; devendo ser rechaçadas

todas as idéias (e possibilidades interpretativas) que exprimam ou que incentivem condutas contrárias a este projeto.

Neste ponto, temos como certo, por exemplo, que as aplicações de recurso feitas em desacordo com a axiologia constitucional podem ser refutadas pelos órgãos de controle, gerando a possibilidade de punições (como a rejeição de contas, por exemplo).

Uma outra possibilidade seria a questão dos litígios judiciais, pois o amplo acesso ao Poder Judiciário para a solução de pretensões resistidas ocasionou uma verdadeira crise da justiça, e assim, surgiu a necessidade de novas formas de composição de conflitos, fazendo com que se configurasse o que Ada Pellegrini Grinover (2015) denominou da necessidade de instauração de uma verdadeira "cultura de consenso".

Inegável que essa crise decorreu do reconhecimento de que a prestação jurisdicional se tornou demasiadamente custosa e com efetividade tardia. E, neste sentido, a autocomposição que nada mais é que a utilização de mecanismos – negociação, mediação ou conciliação - com o objetivo de evitar a judicialização da demanda; passou a ser uma saída inexorável (tanto que o novel Código de Processo civil procura fomentar esta possibilidade.)

Neste ponto, resta evidente que se a Justiça não for capaz de regular os litígios, a integração social pretendida pela ordem jurídica não poderá alcançada. De outra sorte, resta também evidente que o incentivo à produção de litígios pode levar à insustentabilidade do sistema judicial (como denuncia Bourdieu (1989), aduzindo que as lides são incentivadas pelos profissionais do ramo jurídico, de modo a aumentar seus ganhos e incrementar seu capital simbólico).

Deste modo, em se multiplicando os litígios, em o acesso à Justiça não se confirmando e em a paz social não sendo alcançada; denotar-se-á o fracasso do projeto constitucional.

Por isso, para evitar esta perplexidade, a Hermenêutica Jurídica deve ser voltada a favorecer/promover/viabilizar as formas de autocomposição judicial, como meio apto a evitar um colapso no sistema judiciário e a inviabilização do projeto constitucional. E os comportamentos contrários a esta vertente hermenêutica devem ser controlados e absolutamente reprimidos.

Um outro exemplo que merece menção neste artigo, é o da Previdência Social.

Ora, tomando por base os regimes públicos de previdência, tem-se por evidente que os integrantes do sistema desejam contribuir o mínimo possível, sem prejuízo de obterem o máximo em termos de benefícios.

Mas, como não existe almoço grátis, se o regime previdenciário não for equilibrado atuarialmente (em termos de contribuições arrecadadas e da projeção dos benefícios devidos), é certo que tal regime necessitará de injeção de recursos do Tesouro.

Mais do que isso, as injeções de recursos poderão ser cada vez maiores, se levarmos em consideração que a base contributiva (servidores da ativa) está diminuindo, e o patamar de despesas aumentando (incluindo-se paulatinamente novos beneficiários e, com o aumento da longevidade, estes beneficiários passando mais tempo recebendo recursos do sistema).

Nesta toada, em face desta espiral negativa, teremos que o aporte de recursos do tesouro pode ser tão significativo, que isto pode inviabilizar investimentos em outros setores como saúde, educação, segurança, etc.

Deste modo, se não se modificam as regras de aposentadoria; se não se restringem os benefícios de pensão; se não se injetam recursos significativos nos Fundos de Previdência; tendo base, por exemplo, em uma lógica eleitoral (interesse egoístico); então o Direito que exsurge da Constituição deve ser interpretado e aplicado em termos de proteger o sistema constitucional desta perplexidade (responsabilizando, por exemplo, os gestores que não tomaram providências para evitar esta situação).

Tudo porque, se não houver numerário disponível, podem ser prejudicados não só os benefícios previdenciários, mas também os outros direitos sociais que dependem efetivamente de recursos.

Ou seja, uma má decisão do presente, tendo em vista uma lógica eleitoral, por exemplo, (já que mudanças no sistema previdenciário são impopulares) pode inviabilizar concretização de direitos fundamentais no futuro, e, em última análise o próprio projeto constitucional. O que deve ser evitado de forma peremptória.

Neste sentido, resumindo o que foi argumentado, temos que toda a Hermenêutica Jurídica deve ser reverente ao projeto constitucional. Nesta medida, em cada decisão envolvendo conceitos indeterminados, desacordos morais, colisões, deve se ter em mente a proposta de transformação social prevista na Constituição, e deve ser efetivada uma interpretação que seja absolutamente reverente a este mesmo projeto.

Sendo certo que, não havendo reverência, a solução preconizada estará eivada de vício. E deverá ser expungida do sistema jurídica pelos meios cabíveis. Tudo para proteger a força normativa da Constituição, legitimando seu projeto de transformação e blindando a Constituição contra os interesses egoísticos.

9 CONCLUSÃO

Diante do exposto, vimos que a Hermenêutica, dentre outras funções, procura o estabelecimento de condições para que o ser humano (o grande intérprete) possa compreender a realidade que o cerca.

Neste sentido, a Hermenêutica Jurídica será voltada à compreensão do Sistema Jurídico, às suas conexões, implicações; tudo para que o processo interpretativo possa redundar em uma aplicação correta e justa do Direito.

Nesta medida, viu-se ainda que em tempos de Constitucionalização do Direito, a Constituição além de centro do Sistema Jurídico, passa a conformar e condicionar, por meio de seus Princípios e sua Axiologia, todo o ordenamento infraconstitucional.

Ou seja, reconhece-se a força normativa da Constituição, que será tanto mais eficaz e cogente, quanto obtiver reconhecimento de sua legitimidade por parte dos destinatários da ordem jurídica.

Fato que é absolutamente relevante, já que, por certo, haverá uma tentativa de obstaculização da perspectiva transformadora da Constituição por forças reacionárias, a serviço da lógica dominante. E será exatamente a adesão do corpo social a essa perspectiva transformadora, que poderá levar à plena efetividade da vontade constitucional.

Viu-se também, como a aplicação do Direito não é mais exclusivamente silogística, e considerando que o processo de aplicação do Direito a partir da Constituição pode ser feita tendo em conta métodos diversos, tais como a tópica, a teoria da argumentação, a ponderação, entre outros, e que não há um comando normativo que determine o método exegético a ser aplicado a cada caso concreto; temos que deve ser reconhecida uma discricionariedade ao intérprete.

E que esta discricionariedade deve ser totalmente dirigida no sentido de vencer todo e qualquer tipo de interesse egoístico que possa prejudicar o projeto constitucional. Ou seja, deve ser tolhida a discricionariedade exegética que possa levar à ineficácia dos comandos normativos da Constituição.

Neste sentido, é dever de todos aqueles que consideram a Constituição como um elemento válido de transformação social, aplicá-la de modo a garantir a sua eficácia e a sua essência, o seu ser-aí, que é representado por seus objetivos transformadores e pelos meios legítimos que necessariamente têm que ser observados para a consecução de tal intento.

Ou seja, a Hermenêutica e a aplicação do Direito devem ser absolutamente reverentes ao projeto constitucional; projeto este que deve ser norte e aspiração de todos os cidadãos, mormente aqueles responsáveis pela operação do Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto Roberto**. Curso de Direito Constitucional:** Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BETTI, Emilio**. Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 01/06/2015.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: Uma Contribuição ao Estudo do Direito. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

CESAR, Constança Marcondes. **Notas de aulas da Disciplina Direito, Hermenêutica e Argumentação**. São Cristovão, 2014.

FEITOSA, Enoque. Forma Jurídica e Método Dialético: A crítica marxista ao direito. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque (orgs.) **Marxismo Realismo e Direitos Humanos.** João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2012, p.107-157

GRINOVER, Ada Pelegrini**. Conciliação e Mediação Judiciais no Projeto de novo Código de Processo Civil.** Lex Magister, 2015, Disponível em < http://www.lex.com.br/doutrina_24099670_CONCILIACAO_E_MEDIACAO_JUDICIAIS_NO_PROJETO_DE_NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL.aspx>. Acesso em: 14/08/2015.

GRODIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica.** Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

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

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

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** Prefácio e organização de Aurélio Wander Bastos. Epílogo de Rosalina Corrêa de Araújo. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. **Social and Economic Rights?** Lessons from South Africa. 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=269657>. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

TEIXEIRA, Braz. **Breve Tratado da Razão Jurídica.** Sintra: Zéfiro, 2012.