

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA CONTRIBUINDO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Josué Emilio Möller¹

RESUMO: Os direitos humanos, elevados a um status de paradigma político-jurídico na modernidade, gozam de aprovação generalizada. Eles conformam, no contexto de um ambiente global consideravelmente desregulamentado, esperanças de uma globalização humanitária e solidária, implementada mediante o desenvolvimento de um projeto de comunidade humana global. A sua valorização na política e no direito internacional, corroborada pela ampla ratificação das declarações e pactos que constituem o International Bill of Rights, e demais tratados internacionais, além de sua incorporação histórica no âmago de Constituições modernas, não deve ensejar, todavia, a errônea ilação de que a sua efetividade está plenamente assegurada pela normatização. A efetivação dos direitos humanos, perpassa pela transposição das justificativas metafísico-essencialista-ontológicas propiciadas pela adoção de uma perspectiva hermenêutica jurídica clássica ou metodológica, para as propiciadas pela perspectiva da hermenêutica filosófica, implicando uma atitude ética, por parte do intérprete, condizente com um ato de resistência em favor da preservação e cumprimento dos compromissos associativos encerrados nos textos internacionais e nacionais (constitucionais).

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos – Compromissos associativos – Efetivação de direitos – Hermenêutica filosófica

¹ Doutorando em Sistemas Jurídicos e Político-Sociais Comparados pela Università degli Studi di Lecce/Itália. Bolsista do Programa de Bolsas de Alto Nível da União Européia para a América Latina – ALBAN. Mestre e Bacharel em Direito pela Unisinos/Brasil. Professor do Mestrado em Instituições e Culturas Constitucionais Comparadas da Università degli Studi di Lecce/Itália. Membro da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito – ABRAFI, da Associação Internacional de Filosofia Jurídica e Social – IVR (Internationale Vereinigung für Rechts – und Sozialphilosophie), da Rede Européia Direito e Sociedade - RED&S (Réseau Européen Droit et Société/França). Advogado. Autor das obras: A justiça como equidade em John Rawls, SafE Editora, 2006 e A fundamentação ético-política dos direitos humanos, Juruá Editora, 2006. O presente ensaio foi inicialmente desenvolvido durante o curso de Mestrado em Direito na UNISINOS, tendo o autor contado com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Tecnológico – CNPq/Brasil, órgão do qual foi bolsista nos anos de 2003 e 2004. E-mail's: josuemoller@hotmail.com; josuemoller@yahoo.com.br; e josuemoller@alice.it.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos foram elevados a um *status* de paradigma político-jurídico na modernidade e gozam de aprovação generalizada. A sua valorização na política e no direito internacional, corroborada pela ampla ratificação das Declarações e pactos que constituem o *International Bill of Rights*², e demais tratados internacionais, além de sua incorporação histórica no âmago de Constituições modernas, não deve ensejar, todavia, a errônea ilação de que a sua efetividade está plenamente assegurada pela normatização.

É certo afirmar que foram as experiências históricas de violência, barbárie e exclusão, perpetradas contra os seres humanos por seus semelhantes, que ensejaram o reconhecimento dos direitos humanos e deram azo ao estabelecimento de compromissos jurídicos com a finalidade de possibilitar a coexistência humana digna em um ambiente comum. O comprometimento jurídico acerca dos direitos fundamentais, por sua vez, ampliou a problemática relacionada com a abordagem destes direitos de um plano de fundamentação meramente normativa para um plano de proteção efetiva. Entende-se que a concretização da proteção dos direitos humanos no contexto de um ambiente global caracterizado pela desregulamentação e pela fragilidade das instituições internacionais, depende da efetivação operada a partir do âmbito dos Estados Constitucionais.

O presente ensaio pretende abordar, de forma sintética, o modo pelo qual os motivos que ensejam o reconhecimento dos direitos humanos no âmbito internacional e no âmbito nacional incorporam o cerne de uma tarefa jurídico-interpretativa tendente a efetivá-los. Dito de outro modo, o trabalho pretende demonstrar a importância que a adoção da hermenêutica filosófica possui para a efetivação dos direitos humanos fundamentais, considerando-se os conteúdos ético-políticos e jurídicos expressos em documentos que estabelecem os compromissos normativos assumidos por uma comunidade humana como decorrentes de e relacionados com uma experiência histórica determinada.

2 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos adquiriram relevância na modernidade, opondo-se de forma crítica aos privilégios de classes e estabelecendo a pretensão material de conformarem direitos de igualdade e liberdade.

O comprometimento jurídico a seu respeito tomou corpo a partir das revoluções norte-americana e francesa, na medida em que as declarações de

² O chamado *International Bill of Rights* é constituído pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do pelo Pacto Internacional sobre Direitos Científicos, Sociais e Culturais (BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000. p. 11; e VIEIRA, Oscar Vilhena. "Globalização e constituição republicana" in PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 461).

direitos proclamadas a partir destas circunstâncias aliaram o estabelecimento de direitos fundamentais de indivíduos pertencentes a uma comunidade específica com uma pretensão de reconhecimento universal. Os direitos humanos foram historicamente incorporados em Constituições e acabaram conformando as funções dos Estados.

A forma de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais, nos âmbitos internacional e nacional, acaba determinado a sua adoção como parâmetro ético-político primordial de validação de normas e dos atos decorrentes da atuação estatal.

2.1. O Reconhecimento dos Direitos Humanos no Âmbito Internacional

Os direitos humanos, entendidos como paradigma político-jurídico no âmbito internacional, adquiriram relevância na modernidade. Em que pese o fato de alguns elementos históricos que fazem parte da idéia central desses direitos remontarem à antigüidade, dentre os quais, as idéias da inviolabilidade da dignidade de cada ser humano, da solidariedade humana cosmopolita, da afirmação da liberdade e da igualdade originais de todas as pessoas, a combinação de tais elementos consiste em uma composição normativa tipicamente moderna. Dito de outro modo, o entrelaçamento da idéia da inviolabilidade da dignidade humana com a idéia de reivindicação política e jurídica de liberdade para todas as pessoas, compõe uma noção normativa que surgiu com a modernidade e que se manifestou na conformação dos direitos humanos³.

Os direitos humanos entendidos enquanto produto da experiência moderna opõem-se de forma crítica à ordem jurídica tradicional de classes com privilégios, razão pela qual firmam a pretensão emancipatória de serem direitos de igualdade e liberdade dos homens em postulados que reivindicam comprometimento jurídico. O comprometimento jurídico internacional acerca dos direitos humanos, que reúne a pretensão de universalidade sobre as ordens jurídicas particulares, a sua força emancipatória, e a sua tendência de imposição política e jurídica, toma corpo a partir das revoluções democráticas do final do século XVIII, ocorridas na América do Norte e na França.

A Declaração de direitos do povo da Virgínia (*Virginia Bill of Rights*), de 1776, e a Declaração de direitos do homem e do cidadão (*Déclaration des droits de l'homme e du citoyen*), de 1789, marcam a ruptura de uma interpretação dos direitos humanos que não reivindicava comprometimento jurídico, para suplantá-la por outra que firmava os direitos humanos, na esteira de uma nova base de política e de direito, como parâmetro dos tempos modernos⁴ e como fator de transformação da realidade.

³ BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal*. Op. cit. p. 37.

⁴ BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal*. Op. cit. p. 38.

Os direitos humanos, incorporados em tratados internacionais e Constituições, passam a partir de então a impor os limites e as possibilidades do exercício do poder dos Estados. Os seus conteúdos são, assim, percebidos como expressão de compromissos jurídicos estabelecidos e assumidos por Estados, razão pela qual são entendidos como históricos, na medida em que são formulados quando e como as circunstâncias sócio-histórico-políticas são propícias ou referem a inexorabilidade do reconhecimento de novos conteúdos, podendo-se falar em gerações de direitos humanos⁵.

O processo de internacionalização dos direitos humanos envolve a redefinição do alcance do tradicional conceito de soberania estatal e a redefinição do *status* do indivíduo no cenário internacional, e tem como precedentes históricos, dentre outros, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho. Estes institutos contribuíram no processo de desenvolvimento dos direitos humanos no âmbito internacional, na medida em que privilegiaram o ser humano e promoveram a limitação da soberania estatal absoluta, mediante a proteção dos direitos fundamentais em situações de conflito armado, a fixação da manutenção da paz e da segurança internacional como objetivos internacionais, e o estabelecimento de padrões globais mínimos para as condições de trabalho no plano mundial. O Direito Internacional ou Direito dos Povos, até então restrito à regulamentação entre Estados soberanos no âmbito estritamente governamental, passou a abranger obrigações internacionais que salvaguardam os direitos do ser humano, a serem garantidas e implementadas coletivamente⁶.

A consolidação internacional dos direitos humanos ocorre, contudo, em meados do século XX, em decorrência dos “atos de barbárie que feriram profundamente a consciência da humanidade”⁷ cometidos durante a Segunda Guerra Mundial. A crença, partilhada pela comunidade internacional, de que parte das monstruosas violações dos direitos humanos perpetradas pelo nacional-socialismo de Adolf Hitler poderiam ter sido evitadas mediante a existência de um efetivo sistema de proteção internacional dos direitos humanos, ensejou “o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica”⁸ mediante a instituição da Organização das Nações Unidas em 1945, e a conseqüente aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

O reconhecimento dos direitos humanos universais como parte integrante do Direito Internacional ou Direito dos Povos caracterizou-se como uma velada

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 131-139; e BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal*. Op. cit. p.13.

⁷ Alusão ao preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁸ PIOVESAN, Flávia. “A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos” in *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LT, 1998. p. 135.

revolução operada no âmbito mundial e foi desencadeado por experiências internacionais de agressão, dentre as quais o genocídio praticado pelo regime nazista figurou como a principal. Esta percepção acarreta a designação, feita por Christian Tomuschat, de 1945 como o ano da “transição copernicana dos direitos humanos”, pois a partir de então a promoção dos direitos humanos foi reconhecida como meta obrigatória pela comunidade das nações⁹.

As experiências históricas operaram a transposição da abordagem dos direitos humanos de um plano restrito de justificação da metafísica e da filosofia da consciência para alcançar o plano da proteção e da concretização. A importância e a necessidade da implementação dos direitos humanos como compromisso ético global acarretou a conformação de uma tradição que adotou a sua proteção e concretização como parâmetro de atuação para os Estados integrantes da comunidade internacional¹⁰.

A concepção contemporânea dos direitos humanos, caracterizada pela universalidade e pela indivisibilidade, foi introduzida pela Carta da Organização das Nações Unidas – ONU, de 1945, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e por duas abrangentes convenções que ensejaram o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Científicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. Esses quatro documentos constituem a chamada Declaração Internacional de Direitos (*International Bill of Rights*)¹¹, que, juntamente com uma série ampla de tratados especiais sobre direitos humanos, contribui para o contínuo avanço dos seus conteúdos.

A concepção contemporânea dos direitos humanos, ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conseqüentemente, o valor da liberdade com o valor da igualdade, e adota o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Os direitos humanos foram e são, assim, sucessivamente expandidos, cumulados e fortalecidos no âmbito normativo¹².

Os direitos humanos aparecem como uma construção teórico-jurídica que se suporta em identidades comuns¹³ e importa a afirmação de uma ética universal ao envolver a idéia de consenso sobre valores de cunho universal¹⁴. Esta

⁹ TOMUSCHAT, Christian apud BIELEFELDT, Heiner. Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal. Op. cit. p. 13.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. “A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”. Op. cit. p. 139.

¹¹ BIELEFELDT, Heiner. Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal. Op. cit. p. 11; e VIEIRA, Oscar Vilhena. “Globalização e constituição republicana” in Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 461.

¹² PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 160; e MORAIS, José Luis Bolzan de. “Direitos humanos ‘globais (universais)’”. De todos, em todos os lugares! in Anuário de pós-graduação em direito da Unisinos. São Leopoldo, 2001, p. 46.

¹³ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 64.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. “A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”. Op. cit. p. 136.

concepção ética universal, consubstanciada no conteúdo dos direitos humanos, encontra amparo na capacidade de indivíduos diferentes coexistirem em um ambiente comum e incorpora como pressupostos o fato do pluralismo cultural (multiculturalismo) e o valor da tolerância. Enquanto o fato do pluralismo cultural percebe a inviabilidade de uma cultura¹⁵ que se pretende como verdadeira e ideal, o valor da tolerância reenvia os indivíduos e povos que não querem viver juntos à simples coexistência, razão pela qual supõe a existência de regras mínimas de reciprocidade que devem impedir que os grupos que não se amem, se matem¹⁶. Como bem explicita Michael Walzer, “a tolerância torna a diferença possível; [e] a diferença torna a tolerância necessária”¹⁷. O viver em conjunto presume o estabelecimento de uma comunhão de fins que permita a sobrevivência do outro.

Os direitos humanos, nesta esteira, no contexto de um ambiente global consideravelmente desregulamentado que promove influxos e demandas que buscam minorar a atuação estatal em razão de propaladas “tendências globais” que escondem interesses que movem os novos protagonistas globais, acabam por conformar a idéia de um projeto de comunidade humana global. A globalização, pensada sob um prisma diferenciado que remonta às origens do termo¹⁸, envolve a possibilidade de implementação de um projeto de universalização que preserve a autonomia dos Estados ao conjugar uma fundamentação ética adequada para um ambiente global e uma concretização em um ambiente local, a partir de “padrões compartilhados do justo”¹⁹.

A idealização de uma comunidade humana global, erigida com base no regime internacional de direitos humanos, propicia a sustentação de uma “nova soberania” que estabelece e impõe as possibilidades e os limites do Estados Nacionais²⁰. Outrossim, chama a atenção para a compreensão do papel desempenhado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, convenções e tratados internacionais relativos aos direitos humanos²¹, em um processo que pode ser denomi-

¹⁵ A definição do termo “cultura” é imprecisa, mas pode ser genericamente concebida como o conjunto satisfatoriamente padronizado e coerente de idéias que constituem a visão de mundo e de si mesmo de um dado povo (MAYBURY-LEWIS, David. “A antropologia numa era de confusão”. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Bauru, v.17, n.50, 2002, p.18).

¹⁶ ZARKA, Yves Charles. “Elaborar uma teoria política da coexistência.” IHU On-line: Boletim semanal do Instituto Humanitas. São Leopoldo, n.52, 2003, p. 5.

¹⁷ WALZER, Michael. Da tolerância. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. XII.

¹⁸ A origem da palavra “globalização”, que precede a acepção econômica predominante na atualidade, reside na previsão otimista, feita em 1944, por dois autores, Reiser e Davies, de uma “síntese planetária de culturas” a ser promovida por um “humanismo global” (GÓMEZ, José Maria. Política e democracia em tempos de globalização. Rio de Janeiro: Vozes, 2000. p. 18).

¹⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. “Direitos humanos ‘globais (universais)’. De todos, em todos os lugares.” Op. cit. p. 70.

²⁰ GÓMEZ, José Maria. Op. cit. p. 116.

²¹ A Declaração Universal é, porém, apenas um primeiro passo nesse processo de constitucionalismo globalizado que vem sendo propulsoado pelos direitos humanos (VIEIRA, Oscar Villhena. “Globalização e constituição republicana” in Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.461).

nado de “internacionalização do direito constitucional que se complementa pela internalização/constitucionalização do direito internacional público (dos direitos humanos)”²²⁻²³.

2.2 O Reconhecimento dos Direitos Humanos no Âmbito Nacional

A compreensão do alcance e do reconhecimento dos direitos humanos no âmbito nacional, mais propriamente, no âmbito do Estado Constitucional, envolve a percepção da vinculação indissociável que existe entre estes direitos e as noções de Constituição e Estado de Direito. A abordagem destas noções, por sua vez, remonta ao entendimento da maneira pela qual um povo se organiza com vistas à formação de uma comunidade humana ou política.

A organização de uma comunidade humana surge para suprir necessidades, satisfazer interesses, compatibilizar liberdades, enfim, para resolver os problemas da vida associativa e para concretizar os planos ou projetos comuns de um povo²⁴. Neste contexto, os fins comuns de um povo, ou seja, os objetivos e valores partilhados pelos indivíduos que compõem uma comunidade específica, são estabelecidos em um documento que expressa o compromisso ético-político e jurídico fundamental, a Constituição, e garantidos mediante o uso da força legítima por um organismo instituído, o Estado. O Estado Constitucional apresenta-se como ente que, em razão de ter sido instituído e institucionalizado no seio de uma comunidade humana, instrumentaliza a vida em sociedade mediante o estabelecimento de parâmetros para o exercício do poder e a efetivação dos compromissos associativos de um povo.

A Constituição, portanto, entendida como expressão do pacto social, consiste no acordo de vontades políticas que é desenvolvido em um espaço que permite a consolidação das pretensões sociais de um grupo²⁵. Esta idéia de Constituição, de certa forma, pode ser encontrada no pensamento de Aristóteles, na ocasião em que o filósofo concebe a organização originária e a perpetuação de uma comunidade política como o empreendimento, desenvolvido com vistas à obtenção de vantagens para os seus membros, que subordina todas as outras espécies de associações e firma o bem comum como o objetivo dos legislado-

²² MORAIS, José Luiz Bolzan de. As crises do Estado e da Constituição e a transformação especial dos direitos humanos. Op. cit. p. 89.

²³ “A concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização desses direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade.” (PIOVESAN, Flávia. “Globalização econômica, integração regional e direitos humanos” in Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 44).

²⁴ “Nenhum homem é capaz de suprir suas necessidades próprias sem a ajuda da sociedade; e estas necessidades, atuando sobre cada indivíduo, os impelem todos para a sociedade, como a gravidade atrai naturalmente para um centr. [...] Mas ela foi além. Não apenas forçou o homem para a sociedade através de diversas necessidades, que a ajuda recíproca de cada um pode suprir, mas também implantou nele um sistema de afeições sociais que, embora não necessárias para a sua existência, são essenciais para a sua felicidade.” (PAINE, Thomas. Os direitos do homem: uma resposta ao ataque do Sr. Burke à Revolução Francesa. Petrópolis: Vozes, 1989, p. 139-140).

²⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. “Revisitando o Estado” in Anuário de pós-graduação em direito da Unisinos. São Leopoldo, 2000, p. 87.

res²⁶, e que encontra na Constituição da Polis, a Politeia, a sua disciplina de governo e a organização do poder em três elementos, quais sejam, “o primeiro é o que delibera sobre os assuntos comuns; o segundo é o relativo às magistraturas, ou seja quem deve ser, qual deve ser sua esfera de competência e como deve proceder-se à sua escolha; e o terceiro elemento é o poder judicial”²⁷⁻²⁸. A Constituição organiza os conteúdos da vida política e social de uma comunidade²⁹, e antecede e/ou acompanha a instituição do Estado, constituindo as formas da sua atuação³⁰.

O Estado, como organismo concebido para atender às pretensões de um povo, deve a sua existência ao fato do estabelecimento de uma Constituição³¹. Deste modo, são os compromissos ético-políticos que sustentam os vínculos sociais de um povo, assegurados na Constituição, que determinam o tipo e as funções de Estado que será constituído. A evolução do Estado Moderno, que passou de um Estado Absolutista para um Estado Liberal, e as transformações ocorridas no bojo desse Estado Liberal, que acabaram qualificando-o consecutivamente como Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito, deve ser percebida como decorrente de um amadurecimento democrático que tomou fôlego a partir do estabelecimento de direitos e liberdades negativas³², e passou a acolher liberdades positivas e novas pretensões na medida em que novos direitos humanos eram reconhecidos pela comunidade política³³. As Constituições incorporaram historicamente, a partir das experiências revolucionárias democráticas, a categoria dos direitos humanos como conteúdo fundamental, e acabaram conformando as funções dos Estados de acordo com a ampliação do conteúdo desses direitos³⁴.

Os direitos humanos, reconhecidos como direitos fundamentais no âmbito constitucional, integram, juntamente com a definição da forma do Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constituci-

²⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 4.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 164.

²⁷ As citações de obras estrangeiras, contidas no corpo do presente ensaio, foram traduzidas livremente pelo autor.

²⁸ ARISTÓTELES. *Política*. México: Editorial Porrúa, 1998. p. 235.

²⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. “Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais” in *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 15.

³⁰ “Constituição não é uma coisa apenas de nome, mas de fato. Ela não é um ideal mas tem existência real. E se ela não pode ser produzida de forma visível, ela não existe. Uma constituição é uma coisa que antecede o governo, e um governo é apenas a criatura de uma constituição. A constituição de um país não é o ato de seu governo, mas do povo que constitui um governo.” (Grifei) (PAINE, Thomas. Op. cit. p. 60).

³¹ “Se a organização da comunidade nacional é um efeito e fato primordial em virtude da qual se encontra erigida em Estado, há que se deduzir disto que o nascimento do Estado coincide com o estabelecimento de sua primeira Constituição, seja ou não escrita, isto é, com a aparição do estatuto que pela primeira vez tenha provido a coletividade de órgãos que asseguram sua vontade e que fazem dela uma pessoa estatal (MALBERG, R. Carre de. *Teoria general del Estado*. 1.ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1948. p. 76).

³² BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 22.

³³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Op. cit. p. 148; e BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 111-124.

³⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Op. cit. p. 79.

onal, constituindo elemento nuclear da Constituição material³⁵. Os direitos humanos fundamentais constituem, como preconizado na Declaração de direitos do povo da Virgínia, a base e o fundamento do governo³⁶. Eles são qualificados como fundamentais em razão de incorporarem os conteúdos entendidos como mais relevantes para uma comunidade humana historicamente conformada (situada no tempo) e especialmente localizada (situada no espaço). Os direitos humanos formam, deste modo, juntamente com os princípios constitucionais, o cerne do compromisso associativo, isto é, integram a substância propriamente dita, o núcleo substancial da Constituição.

A contínua evolução e ampliação do rol dos direitos humanos está intrinsecamente ligada com expectativas individuais e sociais manifestas politicamente, com a atuação estatal em face de tais expectativas e com o nível de desenvolvimento da comunidade política em que eles são reconhecidos, seja no âmbito internacional, seja no âmbito do Estado Constitucional. Inversamente, a sua fragilidade e inefetividade está relacionada com insuficiências da ação estatal e/ou com o baixo desenvolvimento da comunidade³⁷. Importa perceber a dinâmica que envolve o reconhecimento de valores e objetivos no seio de uma comunidade humana inserida no tempo e no espaço.

A teoria da instituição e da fundação de Maurice Hauriou e a teoria da justiça como equidade de John Rawls contribuem para a explicitação da maneira pela qual conteúdos substanciais que se inscrevem na Constituição são reconhecidos e implementados em uma comunidade humana. As teorias erigidas por estes pensadores, cada uma com suas especificações, compreendem a institucionalização de conteúdos substanciais a partir da relação existente entre as manifestações subjetivas dos indivíduos e as circunstâncias objetivas reconhecidas pela tradição que permeiam o contexto social, ou melhor; entre a vontade que se expressa pelo consentimento individual e a possibilidade que se expressa pela sistematização do poder.

A teoria da instituição e da fundação, formulada por Maurice Hauriou, fundamenta juridicamente a sociedade e o Estado a partir da operação de fundação das instituições³⁸. A categoria da instituição é entendida como mecanismo que permite inscrever o direito na duração, na medida em que possibilita o equilíbrio de duas idéias, aparentemente antagônicas, que são necessárias para a harmonia social, quais sejam, a estabilidade e a mudança³⁹.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 61-62.

³⁶ "Declaração de direitos formulada pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunidos em assembleia geral e livre; direitos que pertencem a eles e à sua posteridade, como base e fundamento do governo." (Preâmbulo da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 16 de junho de 1776).

³⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan de. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Op. cit. p. 60.

³⁸ HAURIOU, Maurice. La teoría de la institución y de la fundación – Ensayo de vitalismo social. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968. p. 31.

³⁹ OST, François. O tempo do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 247.

A teoria da instituição erige-se em torno da noção de idéia diretriz. Esta idéia reside no cerne dos três elementos que compõem uma instituição corporativa, quais sejam, “1º a idéia de obra a realizar em um grupo social; 2º o poder organizado posto a serviço desta idéia para a sua realização; 3º as manifestações de comunhão que se produzem no grupo social a respeito da idéia e de sua realização”⁴⁰. As etapas do processo de institucionalização, condizentes com a caracterização dos referidos elementos, implicam, em um primeiro momento, a identificação de uma idéia diretriz que porta expectativas convergentes e valores partilhados pelo grupo, e projeta uma certa distribuição dos papéis sociais; em um segundo momento, a instauração de um poder, organizado na forma de governo, capaz de produzir regras para o grupo; e, em um terceiro momento, a manifestação de vontade de adesão dos indivíduos que fazem parte do grupo social, que atesta a confiança renovada na instituição. A continuidade subjetiva da adesão reforça a continuidade objetiva da idéia instituída⁴¹. A idéia diretriz reúne em si, ao que parece, um conteúdo que deve ser atribuído pelo que se pode conceber como uma razão prática que tem a função de filtrar (selecionar) as manifestações subjetivas surgidas no meio social, de acordo com os fins que permitem a agregação humana em uma comunidade política determinada. O vitalismo social, como propugna Maurice Hauriou ao conceber sua teoria, incorpora e personifica o Estado⁴².

A teoria da justiça como equidade, formulada por John Rawls, ambiciona encontrar uma base comum de justificação do justo, razão pela qual conforma uma concepção política de justiça que uma pluralidade de doutrinas razoáveis possa endossar⁴³. Ela assume como problema a dificuldade de identificação e implementação da justiça em face da diversidade cultural e toma corpo para dirimir questionamentos sobre a possibilidade da coexistência pacífica de indivíduos, doutrinas e povos, e da conservação de uma sociedade justa. A justiça rawlsiana concebida como a primeira virtude das instituições sociais⁴⁴ e o seu objeto a estrutura básica da sociedade, isto é, a organização sistemática da distribuição de direitos e deveres fundamentais e da divisão de vantagens provenientes da cooperação social⁴⁵. Os pressupostos de fundamentação dessa concepção de justiça residem na postulação de valores amplamente reconhecidos e que partem de uma “noção da própria cultura pública como fundo comum de idéias e princípios básicos implicitamente reconhecidos”⁴⁶.

A teoria da *justiça* como *equidade* erige-se em torno da noção de razão prática. O procedimento rawlsiano identifica o conteúdo dos princípios que com-

⁴⁰ HAURIU, Maurice. Op. cit. p. 41.

⁴¹ OST, François. Op. cit. p. 250.

⁴² HAURIU, Maurice. Op. cit. p. 56-57 e 77.

⁴³ RAWLS, John. O liberalismo político. São Paulo: Ática, 2000. p. 26.

⁴⁴ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3.

⁴⁵ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Op. cit. p. 7-8.

⁴⁶ RAWLS, John. O liberalismo político. Op. cit. p.50.

põem a concepção política de justiça mediante a utilização do método de “equilíbrio reflexivo. Este método abarca dois níveis de justificação, respectivamente, o consenso na situação inicial e o consenso sobreposto, e caracteriza-se pelo movimento de alternância entre ambos, envolvendo avanços e retrocessos de formulação dos princípios, at que o primeiro nível seja configurado de forma apropriada para que se obtenha consenso racional e derivação de princípios de justiça condizentes com o que seria acatado no segundo nível⁴⁷. Estes níveis de justificação operam o aperfeiçoamento da teoria e conformam uma razão prática que pauta a verificação da razoabilidade dos argumentos manifestos por indivíduos que fazem parte de uma comunidade humana com vistas à instituição de uma sociedade bem ordenada (adequadamente estruturada para a realização dos objetivos que ensejaram a sua instituição). A instrumentalização da razão prática rawlsiana propicia a formulação de uma concepção política de justiça baseada em critérios ético-políticos de uma tradição específica. As manifestações culturais razoáveis, que expressam valores que podem ser reciprocamente reconhecidos e acatados pelos indivíduos de uma comunidade, conformam o conteúdo da justiça que deve ser aplicado às e pelas instituições sociais.

A concepção política de justiça, concebida de acordo com a teoria de John Rawls, assume o papel da justiça do contexto social, na medida em que a escolha da estrutura básica da sociedade como objeto da justiça possui o condão de garantir que o conteúdo do justo seja estendido a todos os setores da sociedade⁴⁸. O Estado, enquanto instituição estruturada para dar conta das demandas sociais, tem sua atuação vinculada ao conteúdo da concepção política de justiça formulada, portanto, vinculada ao conteúdo reconhecido pela tradição cultural, que esta incorpora a fim de manter a coesão social.

A análise das duas teorias permite perceber o conteúdo substancial que se inscreve no cerne de uma Constituição como mediação dinâmica ou evolutiva que se dá entre a idealidade valorativa dos indivíduos e a tradição intersubjetiva reconhecida no contexto social, e que propicia o estabelecimento de uma comunidade complexa, situada no tempo e no espaço. O nível de desenvolvimento de um povo norteia a instituição do Estado Constitucional, no entanto afirmar isto não significa dizer que as reações objetivas deste organismo, em face das ações subjetivas dos indivíduos que pertencem à comunidade, encontram-se desde sempre legitimadas, mas justamente o contrário, sustentar que elas carecem de legitimação constante efetuada com base em critérios ético-políticos amplamente reconhecidos e respeitados pela tradição cultural, os quais podem ser identificados com “certos princípios jurídicos superiores, como aqueles que figuram nas Declarações dos Direitos Fundamentais⁴⁹.”

⁴⁷ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Op. cit. p.23; e VAN PARIJS, Philippe. O que é uma sociedade justa? Introdução prática da filosofia política. São Paulo: Ática, 1997. p. 61.

⁴⁸ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Op. cit. p. 57-61.

⁴⁹ OST, François. Op. cit. p. 250.

A estabilidade social, deste modo, assegurada pelo Estado Constitucional mediante o estabelecimento de uma ordem jurídica “não significa estatismo, ela entende-se antes como evolução contínua, transformação dominada”⁵⁰. O tempo firma-se como um aliado do direito e, sobretudo, da sociedade.

Os direitos humanos fundamentais, juntamente com os princípios constitucionais, em decorrência do grau de importância que possuem enquanto compromissos reconhecidos por uma comunidade humana, devem ser assegurados contra propostas de alterações ou supressões substanciais motivadas por instabilidades circunstanciais, e devem ser adotados como parâmetro primordial para a verificação da validade das normas que compõem o ordenamento jurídico e de atos decorrentes da atividade estatal. Dito de outra forma, os direitos humanos e os princípios decorrentes de um processo constituinte devem orientar o processo de transformação do ordenamento jurídico e dirigir a atuação estatal, implicando uma atitude de resistência de forma a evitar o periclitamento constitucional por formas, procedimentos e circunstâncias que careçam de legitimação ético-política. A Constituição brasileira de 1988, nesse ínterim, por exemplo, estabeleceu princípios fundamentais da República (artigos 1º a 4º da Constituição da República); a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, § 1º, da Constituição da República); o acolhimento de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios constitucionais adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil figure como parte (artigo 5º, § 2º, da Constituição da República); e a imutabilidade do texto constitucional quanto aos direitos e garantias individuais, além de outros preceitos constitucionais (artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República).

3 O CONTRIBUTO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

As experiências históricas de violência, barbárie e exclusão, perpetradas contra os seres humanos por seus semelhantes, ensejaram o reconhecimento dos direitos humanos e deram azo ao estabelecimento de compromissos jurídicos a fim de possibilitar a coexistência humana digna em um ambiente comum. O amplo reconhecimento da relevância dos direitos humanos ocasionou a celebração de compromissos jurídicos no âmbito internacional e no âmbito nacional.

A evolução dos conteúdos ou gerações dos direitos humanos deu-se e dá-se em virtude da interação entre esses dois âmbitos, que, como já dissemos, encontra na ocorrência de fatos históricos os motivos que desencadeiam reconhecimentos de novos direitos mediante o estabelecimento de compromissos associativos. A problemática em relação aos direitos humanos amplia-se passando a abarcar, além da necessidade de fundamentação, a necessidade de proteção⁵¹.

⁵⁰ OST, François. Op. cit. p. 248.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Op. cit. p.1.

A proteção dos direitos humanos deve conjugar os comprometimentos jurídicos estabelecidos nos âmbitos nacional e internacional. A implementação desta proteção, no contexto de um ambiente global caracterizado pela considerável desregulamentação e pela fragilidade das instituições internacionais, encontra amparo na efetivação dos direitos humanos operada a partir do âmbito dos Estados Constitucionais. A efetivação dos direitos humanos constitucionalizados perpassa, entretanto, pela transposição das justificativas propiciadas pela adoção de uma perspectiva hermenêutica clássica ou metodológica para as propiciadas pela hermenêutica filosófica, e implicam em uma atitude ética que envolve o cumprimento dos compromissos associativos encerrados no texto constitucional.

3.1 A Hermenêutica Filosófica Pautando o (Re)conhecimento dos Direitos Humanos Fundamentais

O reconhecimento e a efetivação dos direitos humanos fundamentais no âmbito do Estado Constitucional tem relação direta com o processo hermenêutico que outorga significado e desvenda o conteúdo do texto constitucional⁵². O problema da inefetividade dos direitos humanos fundamentais envolve, neste sentido, o descumprimento dos compromissos associativos estabelecidos na Constituição. Esse descumprimento do pacto social parece decorrer de uma crise de paradigmas que impede a realização dos preceitos constitucionais⁵³ e que importa a adoção de uma hermenêutica jurídica tradicional refratária ao giro lingüístico de cunho pragmático-ontológico ocorrida contemporaneamente⁵⁴.

A concretização dos preceitos constitucionais brasileiros encontra obstáculos na ocorrência do que Lenio Luiz Streck identifica como uma “crise de paradigmas de dupla face”, que abarca o modo de produção do direito (crise do paradigma normativista) e o modo de interpretar o direito (crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência) vigorantes no Brasil⁵⁵.

A crise de paradigma de dupla face desconsidera o processo de institucionalização do Estado Constitucional e relega a Constituição a um plano secundário, na medida em que não assume o compromisso associativo, típico de um Estado Democrático de Direito, que delega ao direito a função de transformação da realidade⁵⁶. Outrossim, sustenta um emaranhado de crenças, fetiches, valores, justificativas e práticas argumentativas consubstanciadas no que Luiz Alberto

⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 27.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. “A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da Constituição” in Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. São Leopoldo, 2000. p. 112.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 44.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 15.

⁵⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. “Revisitando o Estado”. Op. cit. p. 82; e MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Op. cit. p. 38.

Warat denomina de “sentido comum teórico dos juristas”⁵⁷. Este sentido comumente “coisifica” o mundo e promove a compensação das lacunas da ciência jurídica por meio de uma reprodução axiológica do direito geralmente desprovida de explicação razoável, conduzindo os operadores jurídicos a uma espécie de conformismo, confortável e acritico, para com o significado das palavras, categorias e atividades jurídicas⁵⁸. O exercício do operador jurídico é reduzido a um mero hábito reprodutivo, desconexo da realidade social e desvinculado dos compromissos associativos condizentes com a concretização de um Estado Democrático de Direito, assumidos no texto constitucional. Mister verificar os meandros desta crise de dupla face e as conseqüências hermenêuticas que decorrem da receptividade do giro lingüístico pelo direito.

A crise do paradigma normativista retrata a dificuldade histórica da dogmática jurídica em lidar com a realidade social, na medida em que, em um contexto de complexidade social e de crescentes conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais⁵⁹. O discurso dogmático oculta as condições de produção do sentido do discurso jurídico e abstrai as leis das condições histórico-sociais que a engendraram, considerando-as como leis-em-si mesmas, “como se a sua condição-de-lei fosse uma propriedade ‘natural’”⁶⁰.

A crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência diz respeito ao modo de interpretar predominante na hermenêutica jurídica tradicional que vigora no Brasil. Esta ainda encontra-se presa à lógica do sujeito cognoscente apregoada pela filosofia da consciência, baseada na dicotomia sujeito-objeto e refratária ao giro lingüístico de cunho pragmático-ontológico que enseja a passagem para a filosofia da linguagem. A hermenêutica jurídica tradicional atém-se ao significado literal das normas, isto é, pauta-se na extração do sentido das normas mediante a adoção métodos de conhecimento, razão pela qual caracteriza-se como sectária de uma postura hermenêutica clássica ou metodológica.

A hermenêutica clássica ou metodológica baseia-se em uma concepção da filosofia que se entende como ciência apta para conhecer os objetos, em razão de possuir um método ou caminho pré-determinado para percorrer. A hermenêutica configura-se, deste modo, como puro método da filosofia e é identificada como técnica, instrumento, e arte de interpretar textos. A hermenêutica clássica, ao restringir-se à atividade de conhecer para dominar determinados objetos, pode ser caracterizada como epistemológica. Ela parte de uma concepção de conhecimento dualística, seja do dualismo da metafísica grega e medieval, seja do dualismo da filosofia da consciência, que supõe e conserva a cisão entre um sujeito e um objeto⁶¹. A linguagem é considerada como uma terceira

⁵⁷ WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito I. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 57.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. Op. cit. p. 51-52.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. Op. cit. p. 34.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. Op. cit. p. 16.

⁶¹ ROHDEN, Luiz. “Hermenêutica metodológica e hermenêutica filosófica” in Revista de filosofia do centro de Ciências Humanas da Unisinos, v.4, n.6, São Leopoldo, 2003. p. 115-116.

coisa que se interpõe o sujeito e o objeto, “formando uma barreira que dificulta o conhecimento humano de como são as coisas em si mesmas”⁶².

A hermenêutica clássica, ao decompor as partes de um todo, pretende extrair o sentido como se este fosse o seu objeto exclusivo. Ela converte-se em mera metodologia ao pretender desvincular o procedimento interpretativo dos planos histórico, político e moral, como se a sua validade e autenticidade fossem asseguradas por uma postura de neutralidade mantida pelo intérprete com relação ao objeto interpretado. Com bem explícita Luiz Rohden, “ela delimita o interpretar apenas ao mundo do dito, ignorando sua outra margem, o não-dito, reduzindo este ao plano do não-ser em sentido parmenidiano. Apenas o convertido ao plano do dito é tido e reconhecido como válido” e “parte do engodo de construir um método válido, seguro e aplicável universalmente para o compreender”⁶³. A hermenêutica clássica pretende, enquanto técnica, obter, por meio de um processo circular metodológico, uma objetividade produzida pela subjetividade⁶⁴, razão pela qual é vista como pura técnica de interpretação pautada na extração de sentido (*Auslegung*) dos objetos⁶⁵.

A hermenêutica, mediante um longo processo de amadurecimento filosófico que culminou com o giro lingüístico⁶⁶ e o conseqüente rompimento com as concepções metafísico-essencialistas-ontológicas acerca de interpretação, operado pela passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem⁶⁷, suplanta a hermenêutica clássica e reflete sobre a instauração do sentido⁶⁸. A linguagem que, desde a obra *Crátilo* de Platão, ficara reduzida a mero instrumento que tinha a função de designar os objetos, não sendo constitutiva da experiência humana⁶⁹⁻⁷⁰, passa, a partir da pragmática de Ludwig Wittgenstein⁷¹ e da

⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 138.

⁶³ ROHDEN, Luiz. Op. cit. p. 117 e 125.

⁶⁴ ROHDEN, Luiz. Op. cit. p. 124.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 168.

⁶⁶ O giro lingüístico, como bem salienta Lenio Luiz Streck na obra *Hermenêutica jurídica e(m) crise* utilizando a expressão “viragem lingüística” como sinônimo, ocorreu sobre três frentes: a) neopositivismo lógico ou empirismo lógico; b) filosofia de Wittgenstein; e c) desenvolvimento da filosofia da linguagem ordinária (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 141-149).

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica (jurídica) e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica” in *Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos, São Leopoldo, 1998-1999*, p. 99.

⁶⁸ ROHDEN, Luiz. Op. cit. p. 112.

⁶⁹ “É possível, portanto, conhecer as coisas sem os nomes. Aqui está a tese fundamental de Platão e de toda a filosofia do Ocidente: ele pretende, com essa discussão das diferentes teorias vigentes de seu tempo, mostrar que na linguagem não se atinge a verdadeira realidade (alétheia ton onton) e que o real só é conhecido verdadeiramente em si (aneu ton onomaton) sem palavras, isto é, sem a mediação lingüística. A linguagem é reduzida a puro instrumento e o conhecimento do real se faz independentemente dela [...] A linguagem não é, pois, constitutiva da experiência humana do real, mas é um instrumento posterior, tendo uma função designativa: designar com sons o intelectualmente percebido sem ela.” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 22).

⁷⁰ “Platão começa a esconder o ser, ao trabalhar com a concepção de que é possível saber o que seja a coisa sem o uso da linguagem. Segundo a tese platônica, a palavra é tomada como representação da coisa.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 100).

⁷¹ “O mérito de Wittgenstein está, exatamente, em ter aberto novas perspectivas para a consideração da linguagem humana, embora sua perspectiva metodológica o tenha impedido de chegar a uma visão sistemática na investigação filosófica da linguagem cotidiana.” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. p. 147).

hermenêutica filosófica de Martin Heidegger e de Hans-Georg Gadamer, a ser entendida como “condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento”⁷². A linguagem converte-se em princípio fundamental da hermenêutica que é filosófica, mostrando-se irredutível à manipulação por parte de uma técnica, de um instrumento e de uma ciência. O compreender eleva-se a um nível filosófico quando se confronta com o não-escrito, com o não-dito, e com o que geralmente é ignorado⁷³.

A hermenêutica deixa de ser propriamente metodológica e passa a ser filosófica com Martin Heidegger. A problemática que envolve a linguagem ocupa a posição central do seu pensamento. Ele percebe que o homem, na modernidade, experimenta o real como objeto, como aquilo que pode ser manipulado, dominado, posto à sua disposição; contexto que reduz a linguagem à informação, como processo pelo qual o homem toma conhecimentos dos entes, a fim de poder exercer o domínio sobre eles. Isto caracteriza a essência da técnica, na medida em que esta revela o real em seu caráter de manipulável. A informação é entendida por Heidegger como a mediação do saber que é necessário para a manipulação. Ele considera que o problema de nossa época não é haver descoberto a linguagem como informação, mas ter absolutizado a dimensão instrumental da linguagem, reduzindo-a a um puro instrumento por meio do qual se entra em contato com os outros⁷⁴.

A hermenêutica, em Heidegger, experimenta a linguagem desde outro paradigma, para além da relação sujeito-objeto, razão pela qual supera a postura objetificante na consideração da linguagem. A linguagem deixa de ser percebida simplesmente como um instrumento que está diante de nós, para ser o espaço de mediação no qual se movimenta todo o pensar e se abrem para nós perspectivas para a experiência do mundo e das coisas⁷⁵. A compreensão e a linguagem são concebidas como pertencentes à esfera do desvelamento dos entes que radica na essência da linguagem enquanto casa do ser⁷⁶. O sentido do ser passa por uma análise do homem (*Dasein*⁷⁷), enquanto ente cujo ser consiste em compreender ser⁷⁸. A compreensão, como expressa Lenio Luiz Streck, “é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou pre-sença), onde o *Da* (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma ‘propriedade do ser, mas, sim, o próprio ser’”⁷⁹. O homem, ser-aí ou ser-no-mundo, é o ponto de partida para o estabelecimento do novo paradigma da filosofia, a ontologia fundamental ou ontologia hermenêutica⁸⁰.

⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 144.

⁷³ ROHDEN, Luiz. Op. cit. p. 125 e 128.

⁷⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. p. 201-204.

⁷⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 204-227.

⁷⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. p. 205-206.

⁷⁷ Lenio Luiz Streck promove uma explicação pormenorizada da tradução da palavra *Dasein* na nota 306 da obra *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Op. cit. p. 171).

⁷⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. p. 208.

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 170.

⁸⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. São Paulo: Loyola, 1996. p. 209.

Para Heidegger, o homem é enquanto ser-no-mundo, ou seja, ele já desde sempre se encontra situado num mundo determinado como hermenêutico, numa maneira determinada de ordenar a totalidade dos entes. O mundo não lhe é dado, num primeiro momento, como um conjunto de objetos com os quais, num segundo momento, se relacionaria atribuindo-lhes seus significados e funções⁸¹. O mundo se nos oferece na medida em que possuímos certos pré-juízos ou pré-conceitos que nos guiam na descoberta das coisas. O homem, enquanto existência, é ser do projeto e da possibilidade na faticidade⁸², razão pela qual “compreendendo seu próprio ser, o homem compreende suas possibilidades”⁸³. O homem é fundamentalmente ser de cuidado para consigo mesmo, cujo sentido originário é a verificação da sua inserção temporal e espacial no mundo⁸⁴.

Heidegger, como salienta Fábio Konder Comparato, considera que “a essência do ser humano é um autêntico ‘poder-ser’, ou seja, a partir de sua concepção do homem como ente em estado de permanente inacabamento (ständige Unabgeschlossenheit), Heidegger enxerga na morte, justamente, um duplo acabamento, temporal e ontológico. O homem deixa de ser, quando cessa de existir temporalmente e, portanto, já não é mais um ente em estado de poder-ser”⁸⁵. A temporalidade emerge como o sentido do cuidado do homem mediante seus três momentos consecutivos, quais sejam, o futuro (ser-adiante-de-si-mesmo), passado (já-ser-em) e presente (estar-junto-das-coisas)⁸⁶. Deste modo, “o projeto hermenêutico filosófico realiza uma leitura diacrônica do ser”, onde o filosofar “é marca da nossa finitude, da nossa historicidade”⁸⁷. Como bem sintetiza Lenio Luiz Streck, “é a situação hermenêutica que permite determinar o sentido do ser do ser-aí. No seu saber-ser, o ser-aí está, pois, confiado à sua capacidade (possibilidade) de se re-encontrar nas suas possibilidades [...] a compreensão é um elemento que faz parte do modo de ser-no-mundo, que está presente na própria estrutura do ser humano (Dasein)”⁸⁸.

A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer erige-se sobre os pressupostos heideggerianos, todavia avança e trabalha com a idéia de “dar sentido” ou “atribuir sentido” (*Singebung*) aos objetos (coisas). A hermenêutica gadameriana surge no horizonte de um problema humano, que diz respeito à experiência de nos encontrarmos frente à totalidade do mundo como contexto vital da própria existência⁸⁹. Ele critica o conceito dominante de experiência por considerá-lo demasiado orientado para o conhecimento científico, através de um procedi-

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 171.

⁸² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte II. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 117-126.

⁸³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. p. 210.

⁸⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte II. Op. cit. p. 130-175.

⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. “Fundamento dos direitos humanos” in *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 1998. p. 67-68.

⁸⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. p. 212.

⁸⁷ ROHDEN, Luiz. Op. cit. p. 126.

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 172.

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 168-169.

mento metódico, retira o objeto da sua época histórica e o reestrutura de forma a adequá-lo ao método⁹⁰⁻⁹¹. Para Gadamer, “a experiência é em primeiro lugar experiência de negatividade” (negação) e “contém sempre a referência a novas experiências”, razão pela qual pressupõe o desapontamento de expectativas⁹². Ele erige um conceito histórico e dialético de experiência, segundo o qual conhecer não é simplesmente um fluxo de percepções, mas um acontecimento, um evento, sobretudo, um encontro com algo⁹³. A dialética da experiência tem sua própria consumação não em um saber concludente, mas nessa abertura à experiência que é posta em funcionamento pela própria experiência⁹⁴. A verdadeira experiência, contudo, é aquela na qual o homem toma consciência da finitude humana, ou seja, é experiência da própria historicidade⁹⁵. A percepção da finitude e da historicidade do homem ensejam a reabilitação do conceito de preconceito e o reconhecimento de que existem preconceitos legítimos⁹⁶.

A experiência hermenêutica gadameriana tem a ver com a compreensão acumulada como herança. Enquanto uma experiência é um acontecimento, a nossa herança não é simplesmente um acontecimento que reconhecemos por meio da experiência, e que passamos a controlar, mas é estruturada como linguagem⁹⁷. A linguagem é entendida como totalidade, no interior da qual o homem (*Dasein*) se localiza e age. Enquanto experiência histórica do ser-aí, a linguagem é abertura para o mundo e condição de possibilidade para a compreensão⁹⁸. A linguagem consiste no espaço de mediação universal em que se realiza a compreensão, sendo que a forma de realização da compreensão é a interpretação. Deste modo, Gadamer entende que “todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no medium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto e é, ao mesmo tempo, a linguagem própria de seu intérprete”⁹⁹. A interpretação significa colocar em jogo os próprios conceitos prévios, com a finalidade de que a intenção do texto seja realmente trazida à fala para nós. Ela importa a realização da própria compreensão, que se cumpre para aqueles em cujo benefício se interpreta e para o próprio intérprete. A compreensão só alcança as suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que inicia não são arbitrárias¹⁰⁰.

⁹⁰ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1986. p. 197.

⁹¹ “O escopo da ciência é objetivar a experiência até que fique livre de qualquer momento histórico [...] Nisso a ciência moderna não faz mais do que continuar, com seus próprios métodos, o que, de um modo ou de outro, é sempre objetivo de qualquer experiência. Uma experiência só é válida, na medida em que se confirma; nesse sentido sua dignidade repousa na sua reprodutibilidade principal. Mas isto significa que, por sua própria essência, a experiência suspende em si mesma sua própria história e a extingue.” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 513).

⁹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 523-525.

⁹³ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Op. cit. p. 197.

⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 525.

⁹⁵ “Experiência é, pois, experiência da finitude humana. É experimentado, no autêntico sentido da palavra, aquele que é consciente desta limitação, aquele que sabe que não é senhor do tempo e do futuro. O homem experimentado, propriamente, conhece os limites de toda previsão e a insegurança de todo plano. Nele consuma-se o valor de verdade da experiência.” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 527-528).

⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 416.

⁹⁷ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Op. cit. p. 200.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 177-178; e OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. p. 227.

⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 566.

¹⁰⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 403 e 578-579.

A historicidade é condição prévia para que o ente seja um ser-no-mundo, razão pela qual quem compreende já possui, desde sempre, uma prévia compreensão das coisas e do mundo¹⁰¹. A condição hermenêutica de pertencimento a uma tradição traz a antecipação de sentido como consequência para a compreensão. A relação do círculo hermenêutico que vai do todo à parte e desta para o todo caracteriza a compreensão. O círculo hermenêutico descreve a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete, onde a antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não configura um ato da subjetividade na medida em que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição¹⁰².

A compreensão de um texto, para Gadamer, significa aplicá-lo a nós próprios, e saber que, embora se tenha de compreendê-lo em cada caso de uma maneira diferente, continua sendo o mesmo texto que se apresenta, a cada vez, de uma maneira diferente. A compreensão implica sempre uma apropriação do que foi dito, de modo que se converta em coisa própria¹⁰³. Ela significa o projetar-se em cada possibilidade de ser-no-mundo¹⁰⁴. O constante reprojeter, que perfaz o sentido do compreender e do interpretar, constitui, com explicita Gadamer, o processo do círculo hermenêutico descrito por Heidegger¹⁰⁵. A compreensão abarca uma fusão de horizontes, na medida em que a compreensão de uma tradição requer um horizonte histórico que se distinga do presente¹⁰⁶. O ganho de um horizonte significa aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo, não com a finalidade de apartá-lo da vista, mas para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos. A fusão ocorre constantemente na vigência da tradição, “pois nela o velho e o novo crescem juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos”¹⁰⁷. Todo encontro com a tradição realizado com consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa da hermenêutica filosófica consiste em não ocultar esta tensão em uma assimilação ingênua, razão que a leva a erigir horizontes históricos como uma fase na realização da compreensão¹⁰⁸. A interpretação importa uma tarefa criativa, na medida em que compreender é sempre interpretar e aplicar, isto é, compreender significa atribuir sentido. Os reflexos da atitude de uma hermenêutica jurídica são evidenciados por Gadamer quando refere que “uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica”¹⁰⁹.

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 180.

¹⁰² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 436 e 439.

¹⁰³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 579-580.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 179.

¹⁰⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 402.

¹⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 456; e STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. cit. p. 182.

¹⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 457.

¹⁰⁸ “O intérprete e o texto possuem cada qual seu próprio ‘horizonte’ e todo compreender representa uma fusão desses horizontes.” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. II. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 132).

¹⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 459-461.

Em suma, a hermenêutica filosófica não se limita ao entendimento instrumental dos significados dados, mas ultrapassa a exploração do âmbito das respostas dadas e abre-se às possibilidades inesgotáveis do sentido instaurar-se. Ela afirma a inexistência de conhecimento neutro e denuncia a pretensão de neutralidade. A hermenêutica, enquanto filosofia, não se atém à interpretação causal linear, nem tampouco à mera análise de textos ou proposições, mas envolve uma imbricação necessária entre ética e linguagem, uma vez que o modo de interpretar implica o discernimento com relação às implicações pessoais e sociais. A hermenêutica filosófica contextualiza-se no tempo e no espaço sem prender-se a uma dessas margens¹¹⁰, e mostra-se hábil para pautar a efetivação dos compromissos associativos reconhecidos por uma comunidade humana, dentre os quais os pertinentes aos direitos humanos fundamentais.

3.2 A Hermenêutica Filosófica Pautando a Efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais

A abordagem sintética da crise de paradigmas que abarca o modo de produção do direito e o modo de interpretar, bem como da passagem aplicativa de uma hermenêutica clássica de cunho metodológico para uma hermenêutica filosófica, propicia a percepção da maneira pela qual a aplicação de pressupostos da hermenêutica filosófica, enquanto adoção de uma postura ética pelo intérprete, pode pautar a efetivação dos compromissos éticos pertinentes aos direitos humanos fundamentais, inscritos em documentos político-jurídicos, tanto no âmbito internacional (declarações, pactos e tratados internacionais), como no âmbito nacional (Constituição).

A hermenêutica filosófica promove a efetivação compromissária do conteúdo dos direitos humanos fundamentais a partir de sua inserção temporal, histórica e fática. O intérprete, deste modo, deve tomar uma postura ética e responsável que condiga com o reconhecimento das experiências históricas que ensejaram e ensejam o estabelecimento e o reconhecimento de comprometerimentos jurídicos acerca dos direitos humanos. A reflexão hermenêutica deve desvelar os condicionamentos que atuam sobre o compreender, condicionamentos que sempre já estão sendo aplicados quando nos empenhamos em esclarecer um texto, visto que são constitutivos de nossa compreensão prévia¹¹¹. Ela deve promover a avaliação dos pré-conceitos do próprio intérprete, razão pela qual pode permitir que o conteúdo do texto normativo, diante do qual o intérprete se depara, manifeste-se como expressão de um compromisso inserido em um horizonte histórico. A efetivação dos direitos humanos fundamentais enquanto atribuição de sentido, mediante a

¹¹⁰ ROHDEN, Luiz. Op. cit. p. 128-131.

¹¹¹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Vol. II. Op. cit. p. 132.

verificação da legitimidade dos pré-conceitos estabelecidos sobre estes pela tradição¹¹², constitui parte inalienável do próprio sentido do compreender¹¹³.

A temporalidade, a historicidade, a faticidade, a experiência, a tradição, e, sobretudo, a percepção da finitude, encerradas na lingüisticidade que é intrínseca ao homem e configuradas na sua inserção no mundo (ser-no-mundo), devem condicionar, desse modo, a compreensão, a interpretação e, sobretudo, a aplicação dos compromissos referentes aos direitos humanos fundamentais.

A evolução da abrangência dos conteúdos referentes a estes direitos pode ser adequadamente fundamentada em um mundo complexo mediante a adoção de preceitos partilhados pela hermenêutica filosófica. Enquanto as fundamentações metafísico-ontológicas, propiciadas pela hermenêutica clássica, tornam fugidia a noção de tempo e inviabilizam a percepção da relação direta que a temporalidade, a historicidade e a faticidade possui para com o estabelecimento, o reconhecimento, e a efetivação dos compromissos pertinentes aos direitos humanos; a hermenêutica filosófica, considerando a relevância dos fatores retro referidos em decorrência de entender a linguagem como condição de possibilidade para o conhecimento, devem promover a reflexão sobre os condicionamentos que envolvem o processo de compreensão, interpretação e de aplicação dos compromissos éticos atinentes aos direitos humanos fundamentais de forma a dotá-los de efetividade, isto é, reflete sobre as condições de validade das normas referentes aos direitos humanos fundamentais enquanto vigentes em textos que expressam compromissos ético-políticos e jurídicos.

A aplicação dos pressupostos da hermenêutica filosófica à categoria dos direitos humanos fundamentais tem o condão de elevá-los a um nível privilegiado de reconhecimento e de efetividade, na medida em que pressupõe a essência do ser humano como um autêntico “poder-ser”, a finitude como situação do ser humano no tempo e justificadora de cuidado, o tempo como horizonte de compreensão e como condição de possibilidade do homem (ser-ai)¹¹⁴. Neste sentido, segundo o qual o projeto hermenêutico filosófico é diacrônico, a temporalidade – heideggerianamente compreendida¹¹⁵ – emerge como o sentido do cuidado do homem (ser-ai).

O presente, situação hermenêutica que permeia o intérprete, é, como bem salienta François Ost, “por excelência, o tempo da mediação humana, é ele que organiza o tempo que lhe dá profundidade”. A percepção do presente humano

¹¹² “Se se quer fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos [...] Nem a autoridade do magistério papal nem o apelo à tradição podem tornar supérflua a atividade hermenêutica, cuja tarefa é defender o sentido razoável do texto contra toda a imposição.” (GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Vol. I. Op. cit. p. 416).

¹¹³ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Vol. II. Op. cit. p. 132.

¹¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 67-68; e STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. Op. cit. p. 170.

¹¹⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit. p. 212.

abarca dois paradoxos. O primeiro, que percebe que o presente é simultaneamente o tempo do imediato e do aparecimento e o tempo mediato da consciência organizadora do tempo. O segundo, que percebe que o passado e o futuro conformam as condições de possibilidade do presente. O presente tem, sob esta perspectiva, a função de ligar aquilo que se apresenta como memória do passado e aquilo que se apresenta como expectativas e necessidades projetadas como promessas a serem realizadas no futuro. “Reinterpretada pelo filtro do presente, a experiência do passado pode reviver e nutrir os projetos de amanhã; quanto às expectativas do futuro elas desenrolam-se também no nosso presente, mobilizando um futuro que brilha ao contrário, em direção de um passado que contribui para revivificar [...] Encarado desse ângulo, o presente alarga-se consideravelmente até englobar uma parte do passado e uma parte do futuro, segundo o modelo da fusão de horizontes que Gadamer evocava”¹¹⁶. Assim, percebe-se o modo pelo qual o processo hermenêutico filosófico abrange as condições de possibilidade do homem (ser-ai), uma vez que promove, no presente, a mediação dos pré-conceitos que lhes são trazidos pela tradição mediante a linguagem, estando manifesta a relação entre experiência, faticidade, historicidade, memória, e expectativa ou promessa.

A hermenêutica filosófica, deste modo, não nega a vigência dos textos que expressam os compromissos ético-políticos e jurídicos de uma comunidade humana, tanto de âmbito internacional como de âmbito nacional (declarações, pactos, tratados internacionais, Constituições, etc.), mas promove a sua reflexão, a mediação e validação compreensiva, interpretativa e aplicativa com o auxílio do modelo de fusão de horizontes preconizado por Gadamer. Esta reflexão-mediação operada pelo(s) intérprete(s), que pauta o reconhecimento da validade da norma prevista em um texto, não implica uma disposição de neutralidade relacionada com a compreensão do sentido do texto, nem tampouco uma diminuição da disposição de neutralidade em benefício da alienação do sentido do texto em benefício de intenções pré-concebidas, mas implica descobrir os condicionamentos que atuam, desde sempre, sobre o compreender¹¹⁷ de forma a deixar que a autoridade da tradição fale ao intérprete e promova a validação dos costumes e conteúdos contidos nos textos¹¹⁸. Gadamer percebe que não existe entre a tradição e a razão nenhuma oposição incondicional, e reconhece a problemática consistente na restauração consciente de tradições ou a criação consciente de tradições novas, na medida em que o reconhecimento da tradição importa sempre

¹¹⁶ OST, François e KERCHOVE, Michel van de. “O presente, horizonte paradoxal das sanções reparadoras?” in *Filosofia do direito e direito econômico: que diálogo?* Miscelâneas em honra de Gérard Farjat. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 516.

¹¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. II. Op. cit. p. 132.

¹¹⁸ “Os costumes são adotados livremente, mas não criados por livre inspiração nem sua validade nela se fundamenta. É isso, precisamente, que denominamos tradição: o fundamento de sua validade. E nossa dívida para com o *Aufklärung*, no sentido de reconhecer que, à margem dos fundamentos da razão, a tradição conserva algum direito e determina amplamente as nossas instituições e comportamentos.” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Op. cit. p. 421).

um momento de liberdade e da própria história. Isto o leva a afirmar que “também a tradição mais autêntica e venerável não se realiza naturalmente, em virtude da capacidade de permanência daquilo que, singularmente esta aí, mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas”¹¹⁹.

Estas considerações a respeito do modo pelo qual a hermenêutica filosófica busca promover a reflexão, a mediação e a validação dos conteúdos reconhecidos pela tradição para operar a compreensão, a interpretação e a aplicação dos textos, tem o condão de propiciar o entendimento dos pressupostos de que partem as teorias de Maurice Hauriou e de John Rawls, que foram sinteticamente abordadas no item 1.2 retro¹²⁰. Tanto a *teoria da instituição e da fundação* elaborada pelo primeiro, quanto a *teoria da justiça como equidade* elaborada pelo segundo, sob uma perspectiva institucionalista e mediante o procedimento adotado, explicitam a maneira dinâmica pela qual os conteúdos substanciais reconhecidos no seio de uma comunidade humana, inserida no tempo e no espaço, inscrevem-se em documentos que expressam o comprometimento ético-políticos e jurídicos, e justificam os motivos que devem ensejar a aplicação compromissária e dirigente destes conteúdos. Elas permitem conceber um projeto de sociedade inscrito na duração¹²¹, mediante a percepção de que a estabilidade de uma ordem jurídica depende de adaptação controlada.

As teorias erigidas por estes pensadores percebem os efeitos benéficos desempenhados tanto pela tradição quanto pela transformação ou evolução do contexto social, ao mesmo tempo em que percebem os efeitos maléficos desempenhados tanto pela manutenção da tradição quanto pela mutabilidade constante do contexto social. Em razão disto, legitimam a proteção e a busca de efetividade do conteúdo substancial fundamental dos compromissos associativos, inclusive contra a detenção do poder por maiorias eventuais. Os procedimentos construídos por estas teorias para a proteção dos direitos humanos fundamentais e para a proteção da Constituição são sofisticados no que se refere à manutenção da estabilidade social de uma comunidade humana. Todavia, a estrutura de ambas parece carecer de pressupostos filosóficos capazes de justificar a indução dos valores democráticos que ambas sustentam.

As teorias referidas necessitam identificar os conteúdos substanciais que pretendem institucionalizar na sociedade, função que pode encontrar auxílio no modelo da fusão de horizontes gadameriana operado pela aplicação dos pressupostos da hermenêutica filosófica. A complementaridade entre as teorias institu-

¹¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Vol. I. Op. cit. p. 422.

¹²⁰ Em razão de as teorias de Maurice Hauriou e de John Rawls terem sido abordadas, de forma bastante sintética, no item 1.2 retro, e em razão de a referência a elas ser efetuada neste momento para demonstrar o importante papel que a hermenêutica filosófica pode desempenhar para a sustentação de ambas, a abordagem se pautará apenas pela enunciação das características de ambas. Obras consultadas: Maurice Hauriou (“La teoría de la institución y de la fundación”) e John Rawls (“Uma teoria da justiça”, “Justiça e democracia”, “Liberalismo político” e “O direito dos povos”).

¹²¹ OST, François. Op. cit. p. 246.

cionalistas e a hermenêutica filosófica possui duas vias, na medida em que favorece as teorias institucionalistas mediante a promoção da reflexão, da mediação, e da validação da tradição, ao mesmo tempo em que favorece a explicitação da maneira pela qual a hermenêutica filosófica pode contribuir para a efetivação dos compromissos ético-políticos e jurídicos fundamentais de uma comunidade política.

A hermenêutica filosófica, atrelada à teorias filosóficas que sustentam procedimentos democráticos e conteúdos substanciais e que encontram amparo na tradição, possibilita a fundamentação e a (re)formulação da Teoria da Constituição e da Teoria do Estado, de modo que estas incorporem e promovam a efetivação de compromissos éticos que se encontram inseridos em textos jurídicos.

Os direitos humanos, no âmbito internacional, a partir das barbáries cometidas na Segunda Guerra Mundial que ensejaram a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, passaram a ocupar um papel muito importante no imaginário da comunidade internacional e serviram de respaldo ideológico no processo de descolonização e na luta de resistência contra os regimes autoritários nas mais diversas partes do mundo, deixando de ser instrumento retórico e passando a ser incorporados pelos Estados e, conseqüentemente, inscritos em suas Constituições¹²².

No âmbito nacional, o processo de ruptura com o regime autoritário militar que perdurou de 1964 a 1985, e o processo de democratização do Estado brasileiro iniciou-se pela liberalização política e por meio de uma transição lenta e gradual permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. A ruptura consolidou-se mediante a institucionalização de uma nova ordem constitucional que se deu com a promulgação da Constituição da República de 1988. A nova Constituição promoveu a instauração de um regime político democrático e projetou a construção de um Estado Democrático de Direito no Brasil, bem como importou um avanço na consolidação dos direitos e garantias fundamentais. Os direitos humanos fundamentais ganharam uma importância extraordinária em função do alargamento dos direitos previstos, o que se deveu a um progresso significativo no que se refere ao reconhecimento de obrigações internacionais. Eles representam uma das decisões básicas do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade humana alcançam expressão jurídica, e “assinalam um horizonte de metas sócio-políticas a alcançar”¹²³.

Os direitos humanos, em uma perspectiva hermenêutica filosófica, encontram-se protegidos como direitos fundamentais em nosso texto constitucional em razão de importarem expectativas e compromissos reconhecidos pelo povo brasileiro, os quais foram estabelecidos a fim de que dirigissem e pautassem a ação

¹²² VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit. p. 460.

¹²³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional Op. cit. p. 51-63.

estatal. A temporalidade, a historicidade, a faticidade e a experiência conformaram anseios que acabaram por incorporar no processo constituinte conquistas e promessas associativas.

Os direitos humanos fundamentais encontram-se, portanto, previstos e vigentes no texto constitucional como núcleo do compromisso ético-político e jurídico fundamental a ser concretizado pelo Estado Democrático de Direito brasileiro. Insta serem efetivados pelos operadores jurídicos com a observância da prudência e da razoabilidade. A aplicação da hermenêutica filosófica deve, neste sentido, contribuir para (re)modelar e (re)fundar os preceitos da hermenêutica jurídica, de forma a promover uma desconstrução dos discursos puramente metafísicos em sentido clássico ou tradicional vigorantes no pensamento dogmático do Direito (sentido comum teórico)¹²⁴. Outrossim, deve nortear um movimento de resistência dos compromissos ético-políticos e jurídicos fundamentais encerrados na Constituição e realizar um modelo constitucional que “supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais”¹²⁵.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos fundamentais conformam, no contexto de um ambiente global consideravelmente desregulamentado, esperanças de uma globalização humanitária e solidária implementada mediante o desenvolvimento de um projeto de comunidade humana global.

A sua efetivação perpassa, todavia, pela necessária transposição de justificativas metafísico-essencialistas-ontológicas propiciadas pela aplicação dos pressupostos de uma hermenêutica clássica ou metodológica baseada na relação cognitiva sujeito-objeto, para justificativas ontológico-fundamentais propiciadas pela aplicação dos pressupostos de uma hermenêutica filosófica baseada na experiência histórica estruturada como linguagem e na relação sujeito-sujeito, implicando uma tomada de atitude ética pelo intérprete que envolve o cumprimento dos compromissos associativos encerrados nos textos normativos internacionais e nacionais (constitucionais).

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica* Op. cit. p. 215.

¹²⁵ STRECK, Lenio Luiz. “Constituição ou barbárie? A Lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. A resistência constitucional como compromisso ético” in *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*, Rio de Janeiro, 2002, p. 208.

A realização dos comprometimentos jurídicos encerrados nos textos normativos internacionais e nacionais pertinentes aos direitos humanos fundamentais encontra obstáculos na ocorrência de uma crise de paradigmas que abarca o modo de produção do direito e o modo de interpretar o direito. Tais paradigmas conformam uma hermenêutica jurídica tradicional nos moldes da hermenêutica clássica refratária ao giro lingüístico de cunho pragmático-ontológico, que se entende apta, como ciência universal, para conhecer os objetos em razão de possuir um método ou caminho determinado para percorrer. A linguagem, neste contexto, é considerada como uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, e prejudica o conhecimento humano de como as coisas são em si mesmas. A hermenêutica clássica trabalha com a noção de extração de sentido (*Auslegung*).

A hermenêutica filosófica, por sua vez, sectária do giro lingüístico, avança e trabalha com a noção de atribuição de sentido (*Singebung*). Ela denuncia a pretensão de conhecimento neutro e não se limita ao entendimento instrumental dos significados dados, mas ultrapassa a exploração do âmbito das respostas dadas e se abre às possibilidades inesgotáveis do sentido se instaurar. A linguagem passa a ser considerada condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento. A hermenêutica filosófica contextualiza-se no tempo e no espaço, e mostra-se hábil para pautar a efetivação dos compromissos associativos reconhecidos por uma comunidade humana, dentre os quais, os pertinentes aos direitos humanos fundamentais.

A efetividade dos direitos humanos fundamentais reside, assim, na aplicação de um modo de interpretação que os percebe como instrumentos de viabilização da coexistência e de transformação social. A efetivação compromissária do conteúdo dos direitos humanos é operada, deste modo, a partir de sua inserção temporal, histórica e fática no âmbito e no contexto argumentativo-discursivo da comunidade política em que sua concretização é pugnada. Impende ao intérprete tomar uma postura ética e responsável condizente com o reconhecimento de circunstâncias e experiências históricas que ensejaram o estabelecimento de comprometimentos jurídicos acerca dos direitos humanos.

A aplicação da hermenêutica filosófica condiz com a atividade de reflexão sobre os condicionamentos que envolvem o processo de interpretação dos compromissos éticos atinentes aos direitos humanos fundamentais com vistas a dotá-los de efetividade, abarcando a análise das condições de validade das normas a eles referentes enquanto vigentes em textos que expressam compromissos ético-políticos e jurídicos. A efetivação dos direitos humanos fundamentais que se pauta em preceitos da hermenêutica filosófica se enquadra em um horizonte de aplicação jurídica que não nega a vigência dos textos que expressam os compromissos ético-políticos e jurídicos a eles referentes, mas que promove a sua reflexão, mediação e validação compreensiva e interpretativa. Tais preceitos, quando atrelados a teorias filosóficas que sustentam procedimentos democráticos e conteú-

dos substanciais que encontram amparo na tradição, propiciam bases teóricas apropriadas para a fundamentação e a reformulação da Teoria da Constituição e da Teoria do Estado, de modo que estas incorporem e promovam a efetivação dos compromissos ético-políticos e jurídicos institucionalizados em comunidades humanas determinadas.

Os direitos humanos fundamentais qualificam-se, em uma perspectiva hermenêutica que reconhece as circunstâncias e os valores que ensejaram e ensinam o seu reconhecimento nos âmbitos internacional e nacional, como núcleo do compromisso ético-político e jurídico fundamental de um Estado Democrático de Direito, e afiguram-se como padrões normativos aptos para legitimar uma atitude de resistência tendente a controlar os processos de transformação dos ordenamentos jurídicos e para nortear a atuação das instituições nacionais e internacionais.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 4.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- _____. *Política*. México: Editorial Porrúa, 1998.
- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- _____. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- COMPARATO, Fábio Konder. "Fundamento dos direitos humanos" in *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LIT, 1998. p. 52-74.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 1997.
- _____. *Verdade e método*. Vol. II. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GÓMEZ, José Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.
- HAURIOU, Maurice. *La teoría de la institucion y de la fundacion - Ensayo de vitalismo social*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. 14.ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- _____. *Ser e Tempo*. Parte II. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- MALBERG, R. *Carre de*. Teoria general del Estado. 1.ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

- MAYBURY-LEWIS, David. "A antropologia numa era de confusão". Revista Brasileira de Ciências Sociais. Bauru, v.17. n.50, 2002.
- MÖLLER, Josué Emilio. A fundamentação ético-política dos direitos humanos. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- _____. A justiça como equidade em John Rawls. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. "Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais" in A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 11-25.
- _____. "Direitos humanos 'globais (universais)'. De todos, em todos os lugares!" in Anuário de pós-graduação em direito da Unisinos. São Leopoldo, 2001, p. 43-76.
- _____. "Revisitando o Estado" in Anuário de pós-graduação em direito da Unisinos. São Leopoldo, 2000. p. 69-104.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo: Loyola, 1996.
- OST, François. O tempo do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- OST, François e KERCHOVE, Michel van de. "O presente, horizonte paradoxal das sanções reparadoras?" in Filosofia do direito e direito econômico: que diálogo? Miscelâneas em honra de Gérard Farjat. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- PAINÉ, Thomas. Os direitos do homem: uma resposta ao ataque do Sr. Burke à Revolução Francesa. Petrópolis: Vozes, 1989.
- PALMER, Richard E. Hermenêutica. Lisboa: Edições 70, 1986.
- PIOVESAN, Flávia. "A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos" in Cultura dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 1998. p. 132-151.
- _____. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- _____. "Globalização econômica, integração regional e direitos humanos" in Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 39-75.
- RAWLS, John. Justiça e democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- _____. O liberalismo político. *São Paulo: Ática, 2000.*
- _____. O direito dos povos. *São Paulo: Martins Fontes, 2001.*
- _____. Uma teoria da justiça. *São Paulo: Martins Fontes, 1997.*
- ROHDEN, Luiz. "Hermenêutica metodológica e hermenêutica filosófica" in Revista de filosofia do centro de Ciências Humanas da Unisinos, v.4, n.6, *São Leopoldo, 2003. p. 109-132.*
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. *Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.*
- STRECK, Lenio Luiz. "A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da Constituição" in Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. *São Leopoldo, 2000, p. 105-139.*
- _____. "Constituição ou barbárie? A Lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. A resistência constitucional como compromisso ético" in Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002), *Rio de Janeiro, 2002, p. 199-209.*
- _____. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. *Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.*
- _____. "Hermenêutica (jurídica) e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica" in Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos, *São Leopoldo, 1998-1999, p. 77-120.*
- _____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito. *Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.*
- VAN PARIJS, Philippe. O que é uma sociedade justa? Introdução à prática da filosofia política. *São Paulo: Ática, 1997.*
- VIEIRA, Oscar Vilhena. "Globalização e constituição republicana" in Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. *São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 449-476.*
- WALZER, Michael. Da tolerância. *São Paulo: Martins Fontes, 1999.*
- WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito I. *Porto Alegre: Fabris, 1994.*
- ZARKA, Yves Charles. "Elaborar uma teoria política da coexistência." IHU Online: Boletim semanal do Instituto Humanitas. *São Leopoldo, n.52, 2003, p.5.*