



Fernando Rabello

DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA À CORREÇÃO PROCEDIMENTAL DAS DECISÕES JUDICIAIS

FROM PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS TO THE PROCEDURAL CORRECTION OF JUDICIAL DECISIONS

Bruno Torrano Amorim de Almeida

RESUMO

Aborda a atual concepção do direito sob as perspectivas da hermenêutica filosófica e da metodologia jurídica, verificando a função contemporânea dos princípios constitucionais e suas implicações de integridade, coerência e consistência. Sustenta que a racionalidade das decisões exige um método de correção discursivo-procedimental, e que isso não contraria a natureza filosófica da hermenêutica.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria do Direito; hermenêutica filosófica; metodologia jurídica; racionalidade; decisão; princípio.

ABSTRACT

The author mentions the current concept of law from the standpoint of both philosophical hermeneutics and legal methodology, assessing the contemporary function of constitutional principles and their implications of integrity, coherence and consistency. He states that the rationality of decisions calls for a method of discursive-procedural adjustment, and that it does not oppose the philosophical nature of hermeneutics.

KEYWORDS

Law Theory; philosophical hermeneutics; legal methodology; rationality; decision/ruling; principle.

1 INTRODUÇÃO

O que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal [...]. Quando nos deparamos com fundamentações como essa em uma decisão judicial, percebemos intuitivamente a incompatibilidade com aquilo que se espera de um magistrado. De fato, argumentos como o citado, radicados em mero preconceito do julgador – e não na normatividade do Direito –, são uniformemente rejeitados no mundo jurídico, e não se prestam à realização final dos preceitos democráticos. Mesmo sabendo que as fundamentações são imprescindíveis à lisura constitucional do ato judicial², *seria um erro deduzir que, na medida em que estas são necessárias, há um campo livre para as convicções morais subjetivas dos aplicadores do Direito* (ALEXY, 2007, p. 30, tradução nossa).

Verificar em que condições o conteúdo de uma decisão judicial pode ser reputado **justificado** do ponto de vista constitucional é tarefa penosa e tem ocupado diversos filósofos do Direito. Longe de entrar nas discussões mais aprofundadas a respeito do tema – o que certamente seria mais adequado para uma dissertação ou tese –, este trabalho se limitará, em breves linhas, a elucidar os pressupostos sem os quais é impossível o controle das explosões de instintos, emoções e paixões características da natureza humana.

Tratando inicialmente das peculiaridades filosóficas da denominada “nova hermenêutica”, a intenção é demonstrar que, embora o reconhecimento da normatividade e expansividade dos princípios seja o primeiro e imprescindível passo pré-compreensivo para extirpar subjetivismos indevidos, constituindo argumento idôneo para aferir que diversos julgados não seguem a denominada “coerência normativo-intencional do ordenamento”, há diversos casos em que essa menção à integridade ou à coerência normativa é insuficiente para proceder à racionalização

do discurso decisório. Assim, para além da hermenêutica filosófica, indagar-se-á se acaso não é imprescindível a existência de uma metodologia jurídica que a abarque, para então relevar, em breves linhas, que outros fatores os julgadores, para chegar a respostas constitucionalmente adequadas, devem dar atenção nos casos mais problemáticos.

2 O PÓS-POSITIVISMO, A NOVA HERMENÊUTICA E A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Ponto de partida para qualquer tentativa de racionalização do discurso jurídico diz respeito à compreensão de que as premissas básicas das quais partia o positivismo metodológico ou conceitual se encontram superadas na atual conjuntura filosófica.

A chamada “nova hermenêutica”, reconhecendo que o fenômeno interpretativo é apanágio da própria existência e realização humana, alçou o conceito a um novo patamar de intelegibilidade que se caracteriza por ser de natureza ontológico-existencial.

A mudança paradigmática na compreensão do direito ocorreu em várias dimensões e por meio da contribuição de diversos teóricos de relevância. Entretanto, para os fins deste trabalho, é necessário ressaltar somente as duas modificações reputadas principais.

No plano da hermenêutica, a virada ontológico-existencial promovida pela filosofia da linguagem logrou demonstrar, com contundência, alguns erros fundamentais no proceder interpretativo positivista – especialmente o fracionamento em etapas, o caráter metodológico do ato compreensivo e, para alguns, a espúria prescindibilidade da interpretação em regiões em que a clareza do texto fosse notória. A chamada “nova hermenêutica”, reconhecendo que o fenômeno interpretativo é apanágio da própria existência e realização humana, alçou o conceito a um novo patamar de inte-

gibilidade que se caracteriza por ser de natureza ontológico-existencial.

A interpretação constitui ato compreensivo que orbicula do todo para a parte e da parte para o todo, ao mesmo tempo em que é passado e presente: sua realização é conjunção entre fatores histórico-narrativos e fenômenos culturais existentes no contemporâneo – naquilo que se chama de “círculo hermenêutico”. O ato interpretativo faz-se, portanto, por meio da simbiose entre o **todo** significante que se antecipa e o **individual**, em um movimento circular que determina, a partir da linguagem intersubjetivamente compartilhada, o significado socialmente construído. Não constitui somente uma condição de possibilidade de compreensão – porque ao mesmo tempo confunde-se com ela –, mas especialmente uma

determinação do concreto sentido da “coisa”, pelas forças linguísticas que condicionam o pensamento. Em seu aspecto existencial, a interpretação radica na constatação de que todas as ocasiões da vida reclamam por esforço hermenêutico e, por outro lado, que tal esforço não pode ser destituído de seu concomitante caráter aplicativo – *a aplicação não quer dizer aplicação ulterior de algo comum dado, compreendida primeiro em si mesma, a um caso concreto, mas é, antes, a verdadeira compreensão do próprio comum que cada texto dado representa para nós.* (GADAMER, 1999, p. 505).

O que não significa, obviamente, afirmar que a concretização do direito, considerando seu caráter normativo, também seja puramente ontológico-existencial, tal como ocorre com a hermenêutica filosófica. A questão será retomada adiante com ligeiras considerações sobre a filosofia

pragmático-transcendental, mas desde já devem ficar consignadas as palavras de Gadamer: *que a hermenêutica jurídica pertença ao conjunto de problemas de uma hermenêutica geral é o que não é de modo algum evidente. De facto, não se trata nela de uma reflexão de tipo metódico como para a filologia e para a hermenêutica bíblica, mas propriamente de um princípio jurídico subsidiário. A sua tarefa não é compreender as proposições jurídicas vigentes, mas encontrar direito, isto é, interpretar as leis de modo que a ordem jurídica cubra inteiramente a realidade social* (GADAMER, 1999 apud NEVES, 1993, p. 85).

O outro fator decisivo na virada paradigmática é a negação ao caráter puro do direito. Kelsen dizia que *o conceito de “bom” não pode ser determinado senão como “o que deve ser”, o que corresponde a uma norma. Ora, se definimos Direito como norma, isto implica que o que é conforme-ao-Direito (das Rechtmässige) é um bem* (KELSEN, 2009, p. 75). Assim, *por considerá-los um ideal irracional, acessível apenas pelas vias da emoção, o positivismo se omite em relação aos valores. Sua atenção se converge apenas para o ser do Direito, para a lei, independentemente de seu conteúdo* (NADER, 2004, p. 377). Mas a atual inteligência sobre o conceito de direito reconhece que a ordem jurídica não pode ser compreendida sem levar em consideração as projeções morais e axiológicas compartilhadas na sociedade que lhe subjaz. A ordem jurídica, como construção do indivíduo para o indivíduo, não constitui sistema hermético, indiferente aos anseios e clamores do povo que o legitima, preso somente a si próprio por supostos laços científicos que lhe conservam a pureza. Ao revés, constitui conjunto de normas compromissadas com os valores da sociedade, que projetam o futuro e, intencionando realizar seus augúrios, estabelecem políticas e permitem, obrigam ou proíbem ações humanas visando ao bem comum. O direito ao mesmo tempo condiciona e é condicionado pela cultura. Lembrando a lição do saudoso Miguel Reale (1987, p. 65), é o direito uma imbricação necessária entre fato, valor e norma, elementos estes que *não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta*.

O ato interpretativo faz-se [...] por meio da simbiose entre o todo significante que se antecipa e o individual, em um movimento circular que determina, a partir da linguagem intersubjetivamente compartilhada, o significado socialmente construído.

Ambas as esmeradas transformações mencionadas – hermenêutica e axiológica –, tendo em vista que não subsistem apartadamente, mas em conjunto, permitem implicar que não é mais possível, como fez o positivismo, interpretar os textos normativos em seu nível vulgarmente abstrato – no modelo de um direito **puro** traçado sem interseções com o aspecto moral –, chegando a resultados que definham as problemáticas concretas da vida. A aplicação dos princípios a partir do empreendimento do **novo paradigma** reconduz o direito à sua função de realização da justiça ao caso concreto, de modo a atribuir faticidade à conformação jurídica e dilapidar a confusão entre justiça e **regra de direito**. A justiça é muito mais do que isso. *É um conceito fundamental,*

absolutamente irreduzível, da ética, da filosofia social e jurídica, bem como da vida política, social, religiosa e jurídica. A justiça surge no entendimento filosófico e teológico como a segunda das quatro virtudes cardinais: prudência, justiça, coragem e temperança (KAUFMANN, 2004, p. 225).

Por isso é acertada a crítica de Friedrich Müller quando denota que o método kelseniano de aplicação normativa falha no ofício de fundamentar racionalmente uma decisão judicial e, graças ao formalismo exacerbado, pode levar à manutenção de recortes ideológicos espúrios. Na Teoria Pura do Direito, a linguagem funciona como mero instrumento semântico de determinação de sentidos em um amplo cenário de possibilidades, incapaz, portanto, de chegar a uma decisão adequada a partir do contexto histórico específico da comunidade – dimensão pragmática. A confusão entre texto e norma embutida na teoria de Kelsen, embora coerente com a proposta do autor austríaco de apartar o direito em um sistema fechado, vilipendia a realidade e é sintomática da rigorosa separação positivista entre “ser” e “dever ser”. Müller opõe-se explicitamente a esse entendimento cerrado do direito ao consignar que a norma jurídica possui dois elementos necessários: o **programa normativo**, ou seja, o enunciado abstratamente previsto, e o **âmbito da norma**, ou seja, o caso concreto a partir do qual a **norma** será construída, ou, ainda, a área em que a norma deve ser identificada empiricamente (MÜLLER, 2009, p. 228). A norma é, desse modo, sempre produto da interpretação e nunca está contida inteiramente nos textos legais. A norma, engenho das especificidades do concreto, reconstrói-se em cada caso decidendo³.

Nesse paradigma que objetiva aposentar *a redução da norma ao seu texto, do ordenamento jurídico a uma ficção artificial, da solução do caso a um processo logicamente inferível por meio do silogismo* (MÜLLER, 2009, p. 121), jaz praticamente abandonado o entendimento de que a tarefa do magistrado se *esgota na* ou *se confunde com* a mera interpretação da lei. A “vontade da lei” (*mens legis*), a “vontade do legislador” (*mens legislatoris*), assim como a desnecessidade de interpretação ante a clareza do texto – *in claris non fit interpretatio, interpretatio cessat in claris* –, são expressões não apenas obsoletas, mas totalmente inadequadas à concretização do direito, pois impossíveis em nível linguístico, erradas em nível exegético, e inaceitáveis em nível normativo (NEVES, 2003, p. 16). Mesmo Carlos Maximiliano, perspicaz e conhecido hermeneuta brasileiro que escrevia sob outros influxos filosóficos, não se deixou molestar por essa tentação. Suas palavras são precisas: *que é lei clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isto acontece, é força procurar conhecer o sentido, isto é, interpretar. A verificação da clareza, portanto, ao invés de dispensar a exegese, implica-a, pressupõe o uso preliminar da mesma* (MAXIMILIANO, 2006, p. 30).

Ademais, esse modo pós-positivista de pensar desemboca em nova inteligência acerca dos **princípios constitucionais**, de modo a não mais considerá-los, como fazia o positivismo metodológico – ou até mesmo a amenização hartiana (HART, 1994) –, simples invocações morais-corretivas aplicáveis de esguelha na hipótese de **lacuna** no ordenamento jurídico, mas, ao contrário, mandamentos de justiça e equanimidade que constituem verdadeiros vetores éticos da comunidade. Os princípios são, portanto, o **todo** que se **antecipa**. Representam condição de

possibilidade para que o intérprete **circularize**, nos termos já explicitados da hermenêutica filosófica, nos simbióticos passado-presente, geral-individual, e diga, por meio dos usos de linguagem adequados, qual a resolução apropriada do caso individual. Bem por isso, não há como negar-lhes, concorrentemente às regras, o atributo de “normas”. Afinal, seguindo as emblemáticas e precisas palavras de Zagrebelsky, *se considerarmos seriamente a diferença estrutural entre os princípios e as regras, nos daremos conta da impossibilidade de reduzir o alcance dos primeiros a uma mera função acessória das segundas* (ZAGREBELSKY, 2007, p. 118, tradução nossa). No Brasil, Eros Grau (2003, p. 146), ao seu passo, é enfático no sentido de que *a interpretação da Constituição é marcada pela força dos princípios*. Por outro lado, Walter Rothenburg destaca que os princípios possuem significado suficiente para produzir efeitos imediatos. Sob o prisma constitucional é impróprio, pois, *empres-tar-lhes uma feição meramente diretiva, de sugestão, que não se compadece, absolutamente, com a franca natureza normativa que se lhes deve reconhecer* (ROTHENBURG, 1999, p. 22). Como se vê, a evolução do conceito de princípio é a evolução do próprio caráter normativo do Direito.

De tudo isso se segue que o magistrado não estará desincumbido de sua tarefa jurisdicional se sua fundamentação não corresponder aos imperativos de integridade do ordenamento como um **todo**, que advém, em grande parte, da **coerência** exigida pela **nova hermenêutica**. Sempre lembrando que *o princípio da integridade obriga, também no caso da aplicação jurídica, a que se tratem todos os membros da comunidade política com igual respeito, à medida que coloca cada decisão sob o pleito de compatibilidade com a melhor das interpretações* (GÜNTHER, 2004, p. 411). Assim, na dimensão de valor (“value”) e de moralidade política (“the dimension of political morality”) – que opera simultaneamente a uma dimensão de consistência lógico-institucional da prática judiciária, dos precedentes –, a legitimidade da decisão condiciona-se àquilo que Dworkin chamou de “argumentos de princípio”, os quais diferem radicalmente dos denominados “argumentos de política” e

permitem a chegar a uma resposta constitucionalmente adequada.

Os argumentos de princípio são aqueles que *justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo* (DWORKIN, 2002, p. 129), ou seja, são aqueles que se afastam da livre criação judicial do direito nos “casos difíceis”⁴ e respeitam a integridade⁵, realizando uma necessária aproximação entre objeto de análise (caso concreto) e **objetivo sistêmico** traçado normativamente na extensão constitucional e, por conseguinte, corroborando a concepção do direito como *um projecto axiológico-normativo de constituenda realização* (NEVES, 2003, p. 363).

[...] é acertada a crítica de Friedrich Müller quando denota que o método kelseniano de aplicação normativa falha no ofício de fundamentar racionalmente uma decisão judicial e, graças ao formalismo exacerbado, pode levar à manutenção de recortes ideológicos espúrios.

3 FUNDAMENTAÇÃO POR MEIO DE PRINCÍPIOS, O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE E A REALIZAÇÃO NORMATIVA DO DIREITO

Como visto acima, os princípios são a pedra de toque de toda aplicação judicial⁶. Neles se materializa, com primazia, a antecipação de sentido da intencionalidade política e normativa do Direito. Naquilo que reputamos acertada a construção teórica de Streck, com forte influência dworkiniana, a resposta constitucionalmente adequada só é possível *a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito)* (STRECK, 2010, p. 98).

Mas – e isso é fundamental –, em se tratando de seres humanos carregados de emoções, angústias, expectativas, mágoas e dúvidas, bem como de uma comunidade jurídica vasta em uma cultura esparsa e matizada, essa “antecipação de sentido” que fundamenta uma pré-compreensão dos elementos intencionais

constitucionais nunca alcançará sua plenitude. Seria inequívoco atestado de ingenuidade acreditar na possibilidade de racionalizar o discurso jurídico a ponto tal que não existissem divergências e se formasse uma linearidade jurisprudencial – como se os tribunais estivessem fartamente integrados pelos Juizes Hércules mencionados por Dworkin, enquanto, como todos sabem, o Juiz Hércules constitui metáfora sobre-humana sem nenhuma correspondência fática.

A redução da tão temida **discricionariedade**, nesse cenário emotivo e pluralista que ilustra, respectivamente, a natureza humana e a dinâmica de uma sociedade em constante mutação, jamais pode chegar ao ponto de negá-la

por completo. Da mesma forma que é correto dizer que a hermenêutica gadameriana é limitativa, no sentido de não deixar nas mãos do magistrado uma ampla gama de possibilidades, não menos acertado é concluir que esse procedimento nunca será plenamente efetivo. Isso é compartilhado por autores explicitamente asseclas ao “fórum de princípios”, como Alexy. Ensina Lamego que, *para DWORKIN (como, aliás, para ALEX-Y), o ‘modelo dos princípios’ não serve à construção do Direito como ‘texto’ – ou seja, como ordem ‘coerente’ de valorações –, mas supõe um Vernunftbezug des Rechts, a remissão à ‘comunidade de princípio’, concepção que assume natureza ‘constitutiva’, quer para a sua teoria do Direito quer para a sua teoria da Democracia* (LAMEGO, 1990, p. 266). Mesmo diante disso, Alexy chega a afirmar que, ao fim e ao cabo, podem ser verificados dois tipos de discricionariedade: a “discricionariedade decisionista”, típica do positivismo, em que as motivações e conclusões dos magistrados não são abalizadas por um controle racional relacionado com a “comunidade de princípios”, ou seja, em que *a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável*

racionalmente (ALEXY, 2008, p. 165); e, por outro lado, a denominada “discricionariedade fundamentada”, que leva a decisões que respeitam a integridade principiológica e, por conseguinte, preservam a força normativa da Constituição a partir de argumentos devidamente justificados constitucionalmente. Duas espécies, portanto, de discricionariedade totalmente distintas: uma, propriamente dita, apanágio do positivismo metodológico ou conceitual, que leva a resultados não controláveis pela circularidade entre todo e parte, passado e presente, consistindo em livre criação do direito por magistrados não investidos com o poder de legislar; e a outra, que se afasta notoriamente do arbítrio e das explosões emotivas – sem desconsiderá-las como naturais ao homem –, pugnando pela incidência incondicional das normas principiológicas no controle discursivo da decisão.

De todo modo, nada invalida a constatação de que a função do magistrado, diante desse quadro que se desenha, habita o estreito horizonte da realização concreta e normativa do direito. Consiste na intermediação entre princípio e contexto, traduzindo uma busca pela racionalidade da decisão. É, portanto, *acto judicativamente decisório através do qual, pela mediação embora do critério jurídico possivelmente oferecido por essas normas, mas com ampla actividade normativamente constitutiva, se cumprem em concreto as intenções axiológicas e normativas do direito, enquanto tal* (NEVES, 2003, p. 12).

Seria inequívoco atestado de ingenuidade acreditar na possibilidade de racionalizar o discurso jurídico a ponto tal que não existissem divergências e se formasse uma linearidade jurisprudencial [...]

Não obstante, o reconhecimento de que, sendo a moral cooriginária ao direito, sua realização deve **sempre** acontecer pelo viés normativo (caráter deontológico), e não axiológico⁷, e, embora reduza sobremaneira as possibilidades subjetivistas no julgamento dos casos e permita preservar os princípios de justiça da comunidade, não constitui esforço completo e perfeito no sentido de controlar racionalmente as decisões judiciais. Afinal, *o sistema de valorações do ordenamento jurídico não é nenhuma medida fixa, que sujeite o que há de se decidir a uma determinada valoração. As diferentes normas são cristalizações de pontos de vista valorativos completamente diferentes e, muitas vezes, divergentes* (ALEXY, 2007, p. 32, tradução nossa). Em outros termos, *as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas* (BARROSO, 2008, p. 346).

Dizer que uma decisão deve obedecer a coerência principiológica ou buscar a prática jurídica como um todo, a despeito da inquestionável exatidão dos termos, é conclusão insuficiente caso se pretenda resolver a problemática específica que exsurge do caso concreto. A reconhecida distância entre a abstração dos princípios constitucionais e a concretude da hi-

pótese decidenda indica que são necessários outros elementos que possibilitem a imprescindível **justificação normativa** do ato decisório. Do que se deve dar total suporte à acertada máxima de MacCormick: *Coerência é sempre uma questão de racionalidade, mas nem sempre uma questão de verdade* (MACCORMICK apud NEVES, 2003, p. 375).

4 A INSUFICIÊNCIA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A EXIGÊNCIA DO MÉTODO. OUTROS FATORES NECESSÁRIOS À RACIONALIDADE DA DECISÃO

É certo que invocar a mencionada coerência normativo-intencional dos princípios ou a integridade do direito foi bastante para se concluir, como fez o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n. 84.078, que, ante o princípio da presunção de inocência, é impossível a execução provisória de sentença penal condenatória. Ainda relacionado com a jurisprudência do STF, foi também suficiente para inferir, no julgamento do HC n. 97.256, pela possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos em tema de tráfico de entorpecentes.

Mas o mesmo não se pode dizer, por exemplo, quanto aos critérios que devem ser utilizados tencionando delimitar o valor devido a título de dano moral. Não há dúvida de que, quando da elaboração do Código Civil de 2002, *perdeu-se a oportunidade, por exemplo, de se estabelecer a extensão e os contornos do dano moral, bem como de se disciplinar a sua liquidação prevendo alguns parâmetros básicos destinados a evitar decisões díspares, relegando novamente à jurisprudência essa tarefa* (GONÇALVES, 2003, p. 5). Por outro lado, ao ignorar os tormentos incomensuráveis de doutrinadores e julgadores, a mera menção à integridade deixa em aberto saber o que deve se entender por *serviços de natureza contínua* de que fala o art. 1º da Lei 5.859/72⁸. Três dias por semana? Quatro dias? Todos os dias da semana? O que diferenciaria o trabalho de “natureza contínua” do trabalho “não eventual”?

São esses apenas dois dos infundáveis exemplos de situações em que a dificuldade de regulação legislativa ou o uso de cláusulas gerais impossibilitam que o juiz desvende o melhor direito a ser aplicado tão somente procedendo a uma análise intencional da principiologia constitucional. *Este é desde logo o caso em que a lei lança mão dos denominados conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais. Aqui apresenta-se somente um quadro muito geral que o juiz, no caso concreto, terá de preencher mediante uma valoração adicional* (LARENZ, 1983, p. 140).

De modo que a metodologia jurídica é necessária se se pretende suprir essa indeterminação. Sua existência não constitui transtorno à natureza da hermenêutica filosófica⁹. Não representa incompatibilidade com os termos ontológicos do círculo hermenêutico, mas, ao contrário, meio imprescindível à concretização do caráter normativo do direito. Não há de se falar, portanto, em “morte” do método, como se apressam alguns teóricos, mas sim reforçar a existência deste enquanto **jurídico**, reconhecendo que a hermenêutica filosófica constitui apenas um passo entre vários outros necessários à **realização normativa do direito**. Esta pressupõe haja adequada **justificação** dos argumentos lançados no ato decisório – justificação que transcende os limites óbvios da pré-compreensão principiológica, ou, como se queira dizer, da antecipação de sentido constituo-

nal, para galgar sobretudo nos campos da validade. *Toda interpretação jurídica (englobando os tradicionais métodos de interpretação – v.g., literal, histórico, teleológico, sociológico) emerge como um só processo tópico e sistemático, que torna imperiosos a viabilização do equilíbrio entre formalismo e pragmatismo, o reconhecimento da impossibilidade do método único e a busca de soluções respeitadoras do ordenamento na sua fecunda dimensão axiológica e em seu caráter histórico não-linear, compreendido como projeto holístico, potencialmente coerente e permeável a evolutivas mutações* (FREITAS, 2004, p. 68).

Afirmar que a hermenêutica filosófica é meio necessário à consecução dos objetivos constitucionais e à frenagem de indesejados decisionismos não é, portanto, o mesmo que dizer que o processo de realização normativa do direito é pura e simplesmente um ato hermenêutico, ou seja, *um acto estritamente hermenêutico na sua específica índole problemática e no seu cumprimento metódico* (NEVES, 2003, p. 52). Sobre o assunto, e com o costumeiro acerto, Castanheira Neves (2003, p. 78-79) leciona que *não é apenas o seu particular modo constitutivo, mas antes de mais a sua específica índole normativa o que impede pensar para a interpretação jurídica uma metódica tão-só hermenêutica. Devendo, aliás, reconhecer-se que é essa sua índole normativa a determinar-lhe o que tem de constitutivo, pois trata-se de uma interpretação que se nos oferece constitutiva justamente porque é normativa – a interpretação jurídica é normativamente constitutiva. E pela conjugação de três momentos que nela concorrem: pelo objecto (problemático) que refere, pelo objectivo (epistemológico-metodológico) em que se integra e pela axiologia (regulativa) que assume.*

Metodologia cuja imprescindibilidade se faz mais perceptível a partir das considerações dos sequazes da pragmática transcendental. Dizer que a linguagem é ente que mediatiza todas relações de significação e de validade no contexto da comunidade significa dar um passo adiante: (I) do positivismo clássico, porque o conhecimento não é produto da mera sensibilidade humana ou da síntese indutiva por meio de métodos naturalistas; (II) do positivismo lógico,

porque o conhecimento não advém da mera relação entre teorias e fatos; e (III) das condições transcendentais kantianas, porque a validade do conhecimento não está em uma interação sujeito-objeto pré-linguística, desvinculada dos signos intersubjetivamente compartilhados¹⁰. É por força desta linguagem intersubjetivamente construída, isto é, desta relação de identidade dos significados entre os seres viventes numa dada realidade, que se permite falar em conhecimento compartilhado no mundo. Toda construção semântica, nesse cenário, é potencialmente uma construção pragmática, porque impossível de ser destacada dos usos e dos intérpretes. Do que se depreende que, no sentido atual, a linguagem é na verdade *condição transcendental de possibilidade de todo sentido e validade* (HERRERO, 1997, p. 500), sendo todo ato comunicativo peculiarizado pela **pretensão à verdade** dos termos de sua exteriorização. Mas não só pela pretensão à verdade, como também pela **pretensão de correção** dos enunciados comunicativos, fenômeno comum a toda complexidade das relações intersubjetivas e, também, como não poderia deixar de ser, insito à construção do direito. A argumentação, nesse aspecto, pressupõe a admissão, pelo sujeito, de regras que são, em última análise, o fundamento de validade intersubjetivo deste discurso. Com base nisso, toda proposição jurídica reclama por uma **correção** filtrada pela racionalidade – a pretensão de correção do discurso jurídico é limitada pelos aspectos inerentes à natureza deontológica das normas, diria Alexy –, que nada mais é do que a possibilidade de justificação racional dos argumentos propostos. Justificação racional que pressupõe não só uma argumentação racional, mas, obviamente, a já mencionada antecipação de sentido daquilo que a comunidade constrói como direito.

De modo que, sendo a hermenêutica filosófica apenas uma das etapas da realização normativa, o que se deve buscar mediante instrumentos procedimentais é o alcance de respostas constitucionalmente adequadas que passaram pelo filtro da razão. É dizer: a aplicação do direito, para além de seu passo hermenêutico filosófico, é fenômeno complexo dotado de momentos metodológicos de concretização (HERKENHOFF,

1994, p. 5-27). A hermenêutica, via de consequência, não deve ser pensada como incompatível com aquilo que os pragmáticos-transcendentais apregoam. Karl-Otto Apel, nesse sentido, considera que as transições do século XX (concernentes à Filosofia da Linguagem, Hermenêutica Fenomenológica e ao desenvolvimento da Semiótica) podem ser retratadas como movimentos que rumam na direção do desenvolvimento completo do paradigma da semiótica transcendental (APEL, 1998, p. 51). *Apel julga que é possível assentar as bases de uma “comunidade de comunicação” que faça justiça a alguns dos postulados do racionalismo crítico mas ao mesmo tempo mantenha a necessidade de uma hermenêutica* (MORA, 2000, p. 157). A Hermenêutica é, portanto, de inequívoca utilidade para a correção procedimental das decisões jurídicas.

Disso se segue que, com critérios procedimentais que conduzam a respostas racionais sob o influxo principiológico da Constituição da República, o controle das decisões se otimiza. São alcançadas respostas que, embora não sejam as **únicas** constitucionalmente adequadas para os casos a que se referem, não deixam os princípios em último patamar, como se estes fossem vetores morais que aparecessem de soslaio – o que, aliás, anacronicamente faz o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao estabelecer que, na lacuna da lei, primeiro lança-se mão da analogia, dos costumes, para só então seguir os chamados “princípios gerais de direito”.

O reconhecimento do método, e não a sua negação, é tarefa exigível se se pretende evitar os tão combatidos decisionismos judiciais. É, igualmente, exigível para dar conta do já mencionado problema de **validade**, insito ao contexto jurídico e essencialmente diverso do contexto ontológico da hermenêutica. *Propor a questão da correção dos argumentos significa propor o problema de como distinguir os argumentos corretos dos incorretos, os válidos dos inválidos* (ATIENZA, 2006, p. 28).

Posto o problema desse jeito, é notório que, para além da invocação da coerência normativa, uma determinada proposição só poderá ser racionalmente fundamentada dentro da estrutura do ordenamento jurídico se – naquilo em

que concordamos com Alexy, seguindo os ensinamentos de Wittgenstein – forem obedecidas certas **regras de linguagem** que levem a uma correção procedimental-discursiva. *Caso se queira adotar o modelo discursivo de Alexy, se deverá observar, necessariamente, certas regras específicas como parâmetros indispensáveis para a sua correção, tais como: ‘a regra da não contradição’; ‘a regra geral da fundamentação’ e o ‘princípio da universalidade’* (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 109). Tais regras subdividem-se em seis grupos: regras fundamentais (não contradição, sinceridade, universalidade, uso comum da linguagem); regras da razão (regra geral de fundamentação, igualdade de direitos, universalidade e não coerção); regras sobre a carga de argumentação; formas dos argumentos; regras de fundamentação; e regras de transição (ATIENZA, 2006, p. 166-170).

Em outros termos, a partir da virada linguística, a interpretação é entendida como projeção da própria natureza humana, insita à existência e realização do homem na sociedade; interpretar é compreender e aplicar mediante um movimento circular entre parte e todo, passado e presente.

58

Qualquer decisão que se pretenda **constitucionalmente adequada** deve ter em vista, sempre seguindo as regras de racionalização do discurso, também os seguintes fatores argumentativos: (I) a **dogmática**, ou seja, a construção teórica e conceitual atual e mais avançada do direito, que melhor equacione as problemáticas específicas com a necessária filtragem constitucional; (II) os **precedentes**, mediante o reconhecimento de sua vinculação com o direito dos jurisdicionados obterem certo grau de previsibilidade nas demandas em que figuram; (III) a **razão**, com argumentos que não se percam nas temíveis veredas das emoções ou na vontade violenta de maiorias circunstanciais, fenômeno, a propósito, muito comum nos casos em que se mantém prisão preventiva em vista do clamor público – conferir o HC n. 990.10.580363-6, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo negou liberdade provisória dizendo que a **gravidade** do delito demonstra a periculosidade dos réus, e que o **clamor público**, não obstante ser insuficiente *de per se* para manter a prisão cautelar, não deve ser ignorado pelos magistrados; (IV) os **fundamentos empíricos**, que traduzem uma análise que permita dizer se a questão decidida possui peculiaridades que tornam impossível a aplicação de um precedente e que, portanto, clamam pela análise circunstancial na busca pelo melhor direito – conferir, quanto a isso, o HC n. 147648, no qual o Superior Tribunal de Justiça, em excelente decisão, afastou sua jurisprudência pacífica acerca da impossibilidade da progressão de regime *per saltum*, para conceder ao impetrante, que cumpria pena em regime fechado e requerera a progressão há mais de dois anos sem apreciação do Judiciário, o benefício do regime aberto; (V) as **formas especiais de argumentos jurídicos**, como a analogia, resolução *a contrario sensu*, etc.; e (VI) os **cânones da inter-**

pretação, que, embora ultrapassadas como método puro e final de hermenêutica, podem contribuir para reforçar razões, com argumentos de cunho histórico, teleológico, etc.¹¹.

Tudo isso desvenda que, pela “força do melhor argumento”, que busca o consenso a partir do uso de variados meios de fundamentação pretensamente lógicos e não contraditórios entre si, fomenta-se a criação de uma decisão judicial à qual pode ser atribuída qualidade de *constitucionalmente adequada*, ou, ainda, *verdadeira* – entendida esta verdade como *justificação* da afirmação (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 110), deslocada do nível ontológico hermenêutico para o nível normativo de validade. No âmbito processual, a viabilidade de uma verdade consensual habermasiana resulta da linguagem intersubjetivamente construída e, também, da ausência de restrições temporais, coativas, e cognitivas. Por evidência, no influxo comunicativo entre as partes do processo, é natural que conflitos argumentativos ocorram e interpretações por vezes totalmente antagônicas se estabeleçam entre os interessados, sem se poder dizer, *a priori*, qual delas é mais consentânea com a intencionalidade normativa constitucional. Isso, entretanto, deve ser encarado como natural em uma realidade complexa e pluralista, e é pressuposto de alcance do próprio consenso – *Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses* (HABERLE, 2002, p. 51). No final das contas, o que se pressupõe é o respeito incondicional aos direitos e às garantias fundamentais – ampla defesa, contraditório, publicidade, isonomia, etc. (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2008, p. 82).

A decisão judicial é, nesses termos, ato jurídico que busca a realização normativa mediante critérios de validade que emanam do próprio ordenamento jurídico. A mera menção à hermenêutica filosófica e seu papel na concretização judicial de princípios é indiscutivelmente insuficiente para desvendar, com o rigor necessário, qual o melhor direito aplicável à espécie, porque não procede, sem o método da argumentação jurídica, à verificação validante dos seus próprios fundamentos. Disso resulta a necessária incidência dos fatores supramencionados e de regras de linguagem que verificam o encadeamento lógico e a não contradição entre as partes do argumento, tudo com o objetivo de estabelecer a correção procedimental de eventuais deficiências na regulação da matéria decidenda.

5 CONCLUSÃO

O pós-positivismo é fenômeno contemporâneo que dimensiona diversos ataques aos pressupostos positivistas, a começar pela hermenêutica. Esta, por ter natureza ontológico-existencial, não é mais concebida como um “método” exigível somente em casos em que a clareza do texto seja suficiente para determinação do sentido, mas empreendimento peculiar a toda e qualquer atividade humana. Em outros termos, a partir da virada linguística, a interpretação é entendida como projeção da própria natureza humana, insita à existência e realização do homem na sociedade; interpretar é compreender e aplicar mediante um movimento circular entre parte e todo, passado e presente. Não se realiza em partes e não possui caráter metodológico na sua manifestação problemática. No plano dos valores e da moral, o positivismo também sofreu duras críticas. A suposta pureza

da “Ciência do Direito” não encontra eco nos prelecionamentos atuais dos filósofos jurídicos. Direito é realidade, e como tal “ductibiliza-se” de acordo com as mudanças valorativas ou morais: ao mesmo tempo é condicionado e condiciona o seio social.

Consequência da **nova hermenêutica** é a asserção de que a interpretação jurídica deve considerar o Direito como um todo, a partir de suas implicações de integridade, coerência e consistência. Em questões normativas, são os princípios constitucionais que prevalentemente estabelecem a antecipação de sentido necessária à realização daquilo que a comunidade política constrói como direito. Princípios, portanto, não podem ser vistos como meros vetores corretivos quando há insuficiência de regras, mas verdadeiras normas que condicionam a realidade e resgatam a faticidade do Direito.

A constatação de que a nova hermenêutica repudia sua específica realização metodológica não implica concluir que a realização do direito obedeça a mesma lógica. O direito, como fenômeno normativo, clama por interpretação normativamente constitutiva, estando munido de um campo de validade inconfundível com o ontológico interpretativo. Há de se dar razão, aqui, àqueles que propõem, com base na filosofia pragmático-transcendental, a irrenunciabilidade de uma correção discursiva-procedimental das decisões jurídicas. Ou seja, estão corretos aqueles que tomam a hermenêutica filosófica como **momento** da realização normativa, e não aqueles que propugnam que esta realização normativa é, de todo, um **ato** tão só hermenêutico.

Sendo o método imprescindível a essa correção normativa, dizer que os princípios constitucionais são normas que invocam a coerência do ordenamento como um todo é tão correto quanto insuficiente para o efetivo controle racional das decisões judiciais. A decisão judicial, em sua notória problemática normativa, pressupõe o respeito a regras de linguagem que preservem a lógica, a não contrariedade dos termos do ato decisório, a igualdade de direitos, a universalidade, etc. Enfim, regras que, a partir da busca do melhor direito e do consenso, permitam o alcance respostas constitucionalmente adequadas.

NOTAS

- 1 Trecho da decisão proferida no famoso caso “Richarlyson”, na qual o Juízo rejeitou a queixa-crime oferecida pelo querelante sob o argumento de que futebol é *jogo viril, varonil, não homossexual*.
- 2 Art. 93, inc. IX, da Constituição Federal: *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*.
- 3 Assinala também Müller, como um dos *característicos do positivismo e de seus métodos interpretativos, o haver estabelecido a identidade da norma com o texto da norma e que esse entendimento ainda predomina no campo do Direito Constitucional, fazendo da “metódica” uma simples “metódica” de interpretação de textos de linguagem, com recurso às regras artificiais da hermenêutica clássica* (BONAVIDES, 1993, p. 417).
- 4 Sobre respostas corretas nos *hard cases*, cf. Dworkin (2005, p. 175-216).
- 5 Lembre-se, aqui, das palavras de Walter Burkhardt, citado por Konrad Hesse: *quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático* (BURCKHARDT apud HESSE, 1991, p. 22).
- 6 Há que se ter em mente, entretanto, a *inexistência de um paralelismo necessário entre as regras e a perspectiva subjetiva e, por outro lado, entre princípios e perspectiva objetiva, de tal sorte que se pode falar em regras e princípios consagradores de direitos subjetivos fundamentais, bem como de regras e princípios meramente objetivos* (SARLET, 2009, p. 144). De modo que, se é correto falar-se em eficácia irradiante dos direitos fundamentais como um todo, não menos correto é considerar que a concepção irradiante prevalece na esmagadora maioria dos casos nos princípios, e não nas regras.
- 7 Nas palavras de Alexy (2008, p. 153), *princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo. No direito o que importa é o que deve ser. Isso milita a favor do modelo de princípios*.
- 8 *Cujo texto é: Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei*.
- 9 Para explicação aprofundada desse aspecto não contraditório entre hermenêutica gadameriana e método jurídico, cf. Neves (2003, p. 423 e ss.).
- 10 A lógica transcendental kantiana constitui o âmbito intelectual de entendimento *a priori* dos objetos. Refere-se a conceitos de origem não empírica e não estética que permitem **pensar** o objeto. *Uma tal ciência, que determinaria a origem, o âmbito e o valor objetivo desses conhecimentos, deveria chamar-se lógica transcendental, porque trata das leis do entendimento e da razão, mas só à medida que se refere a objetos a priori e não, como a lógica vulgar, indistintamente aos co-*

nhecimentos de razão, quer empíricos quer puros (KANT, 2001, 118). Para Karl-Otto Apel – não sem alguma polémica –, a chamada “Semiótica Transcendental” é o resultado da transformação da lógica transcendental kantiana operada por Charles S. Peirce, ou seja, a superação do estado pré-linguístico kantiano com deslocamento do fundamento de validade de cognição do sujeito (intuição e entendimento) para os signos socialmente compartilhados. *Isso porque sem a idéia de “opinião última” ou consenso da comunidade como postulado necessário da lógica semiótica, a investigação em busca da verdade como um empreendimento do discurso argumentativo não faria sentido algum. Portanto, a semiótica transcendental corresponde às condições de possibilidade da cognição mediada significativamente* (SILVA, 2006, p. 94).

- 11 Os fatores citados coincidem quase integralmente com os propostos por Alexy (2007, p. 223 e ss.).

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2. ed. Madrid: CEPC, 2007.
- _____. *Teoría dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- APEL, Karl-otto. *From a transcendental-semiotic point of view*. New York: Manchester University Press, 1998.
- _____. *Transformação da filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*. São Paulo: Loyola, 2000.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CADEMARTORI, L. H. U.; DUARTE, F. C. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FREITAS, J. A. *Interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GADAMER, H-G. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GONÇALVES, C. R. *Comentários ao código civil: parte especial: do direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.
- HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1994.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

- HERRERO, Francisco Javier. A pragmática transcendental como “filosofia primeira”. *Revista Síntese Nova Fase*, Belo Horizonte, v. 24, n. 79, p. 497-512, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LAMEGO, J. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MORA, Jose Ferrater. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Loyola, 2000. t. 1.
- MÜLLER, F. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- NEVES, Antonio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. 1.
- _____. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- ROSA, Alexandre Morais da.; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ROTHENBURG, W. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, J. C. Semiótica transcendental versus interpretação empírica da semiótica. *Cognitio Estudos*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 89-95, jan./jul. 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

Artigo recebido em 24/2/2011.

Artigo aprovado em 21/3/2011.