

A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E O DILEMA ACERCA DE COMO EVITAR JURISTOCRACIAS: A IMPORTÂNCIA DE PETER HÄBERLE PARA A SUPERAÇÃO DOS ATRIBUTOS (*EIGENSCHAFTEN*) SOLIPSISTAS DO DIREITO

Lenio Luiz Streck*

1. À Guisa de Introdução – Peter Häberle, a interpretação da Constituição e algumas implicações para a teoria da validade do direito.

Este texto possui uma finalidade específica: discutir o problema da validade do direito num contexto em que vêm à tona as chamadas teorias pós-positivistas. Possui como tese central a ideia de que as teorias do direito contemporâneas superaram a discussão sobre a validade do direito no modo como era colocada pelo positivismo jurídico-normativista.

Deixando mais claro: como é cediço, no contexto do normativismo kelseniano os critérios para aferição da validade do direito eram dados apenas por uma conformação formal da norma inferior com a norma superior. Isso no âmbito da ciência do direito, é claro. Já o conteúdo deste processo, vale dizer, a interpretação efetuada pelos órgãos jurídicos, passava ao longe das preocupações kelsenianas. Para tanto, basta lembrar que, no capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito, Kelsen relega os problemas da interpretação do direito para o âmbito da vontade, admitindo, inclusive, sua incontrollabilidade, quando afirma o conceito de "moldura (ou quadro) normativa(o)". Ou seja, Kelsen era um pessimista em relação à atividade aplicativa do direito (decisão judicial).

Como venho explicitando de há muito, minha tese vai em direção contrária, isto é, vai no sentido de afirmar que a aferição da validade do direito *passa – obrigatoriamente – pelo enfrentamento desse conteúdo interpretativo, do controle dessa vontade do sujeito solipsista*, que havia sido deixado de lado pelo normativismo kelseniano. Vale dizer: o direito só pode ser considerado válido se os conteúdos afirmados pela jurisdição forem legítimos do ponto de vista democrático. Nesse sentido, é possível afirmar que o

* Professor titular da Unisinos-RS; Doutor em Direito pela UFSC; Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa; Professor Visitante da Unesa, Roma TER, FDUC (Coimbra) e Universidad Javeriana (Colômbia); pesquisador da Universidad de Deusto-Espanha; Presidente de Honra do IHJ- Instituto de Hermenêutica Jurídica.

normativismo kelseniano foi uma espécie de maldição lançada sobre o universo jurídico, especialmente pela confusão que causou: a expressiva maioria dos juristas viu no capítulo oitavo da TPD um espaço crítico, porque Kelsen disse que a interpretação dos juízes era um ato de vontade...! O que acontece é que, em verdade, essa tese se constituiu em um verdadeiro “ovo da serpente” do decisionismo (e suas variações ativistas). Não compreendeu a comunidade jurídica que a preocupação do positivismo normativista kelseniano era com a ciência do direito e não com a aplicação do direito. A primeira se dava no nível da meta-linguagem; a segunda no nível da linguagem-objeto. Esqueceram-se da complexidade da obra kelseniana, cuja raiz, como se sabe, está no neopositivismo lógico (círculo de Viena).

Em outras palavras, nesta quadra da história, não pode ser considerado válido um direito que não seja legitimado pelo selo indelével da democracia. Na altura atual de minhas pesquisas, penso que o espaço adequado para estas discussões encontra-se delineado nas questões que incidem no momento da decisão judicial. Por isso, meu trabalho atual procura atuar no sentido de se estabelecer uma teoria da decisão jurídica. Ou seja, a intersubjetividade não tem espaço apenas no momento do estabelecimento dos sentidos (analíticos) do direito, mas, sim e fundamentalmente, no momento aplicativo, pela simples razão de que interpretar é aplicar (*applicatio*), como sempre disse Hans-Georg Gadamer.

Todavia, essa convicção de que os problemas da validade-legitimidade do direito passam pelo enfrentamento dessa teoria da decisão, é resultado de um longo caminho. Muito mais do que um ponto de partida, ela representa um ponto de chegada de um processo de pesquisa que já se estende para mais de 12 anos, desde a publicação da primeira edição de *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* (hoje já em sua décima edição). Com efeito – e isto está ainda mais delineado em meu *Verdade e Consenso* (3ª. e 4ª. edições), minhas pesquisas estão profundamente inseridas naquela que é apontada por muitos como a principal questão da teoria do direito atual: o problema da *interpretação*.¹

¹ Apenas a título exemplificativo, é possível citar Ronald Dworkin, que anuncia que o próprio Direito é um “conceito interpretativo” (Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, em especial a segunda parte). De maneira similar, e ao mesmo tempo denunciando os limites das teorias positivistas, Friedrich Müller vai dizer que o *pospositivismo* não se refere a um *antipositivismo* qualquer, mas uma postura teórica que, sabedora do problema não enfrentado pelo positivismo – qual seja: a *questão interpretativa concreta, espaço da chamada “discrecionalidade judicial”* – procura apresentar perspectivas teóricas e práticas que ofereçam soluções para o problema da concretização do direito, e não para problemas abstrato-sistemáticos apenas. Aliás, registre-se que o termo *pós-positivismo* foi utilizado – de uma maneira expressa e com pretensões concretas – por

Essa pujança da questão interpretativa no campo jurídico deve-se, em grande parte, àquilo que Jorge Miranda chamou de “Revolução Copernicana do Direito Público”, ou seja, o novo lugar ocupado pelas Constituições do Pós-guerra e o igualmente novo papel exercido pelos Tribunais Constitucionais, mormente no campo da Europa Continental.

Nesse sentido, é importante lembrar que é nesse contexto de afirmação das Constituições e do papel da jurisdição constitucional, que teóricos dos mais variados campos das ciências sociais – principalmente dos setores ligados à sociologia, à ciência política e ao direito – começaram a tratar de fenômenos como a *judicialização da política e o ativismo judicial*. Ambos os temas passam pelo enfrentamento do problema da interpretação do direito e do tipo de argumento que pode, legitimamente, compor uma decisão judicial.

Em outras palavras: quais são as condições de possibilidade do argumento jurídico-decisório? Sob que circunstâncias é possível afirmar que o tribunal, no momento de interpretação da constituição, não está se substituindo ao legislador e proferindo argumentos de política ou de moral? Neste ponto é importante mencionar estudos como *The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics* (Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder)² *On law, politics & judicialization* (Martin Shapiro, Martin e Alec Stone Sweet)³, *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism* (Ran Hirschl)⁴. Em outra perspectiva, mas apontando também para a incisividade do poder judiciário na condução da vida política, tem-se o artigo *Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais* (Robert A. Dahl).⁵

Esse é o grande dilema contemporâneo. Superadas as formas de positivismo exegético-racionalista (formas exegéticas), os juristas ainda não conseguiram construir as condições para o controle das posturas voluntaristas (que, registre-se, por apostarem na

Müller já na primeira edição de seu *Juristische Methodik* em 1971 (Cf. MÜLLER, Friedrich. *O novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 11).

² In: _____ (Orgs.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

³ In: New York: Oxford University Press, 2002.

⁴ In: Cambridge: Harvard University Press, 2007; também, do mesmo autor, O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. In *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, maio/agosto de 2009, pp. 139-175.

⁵ In. *Revista de Direito Administrativo*, n. 252, setembro/dezembro de 2009, pp. 25-43.

discrecionariade dos juizes, não deixam de ser também positivistas). Se antes o intérprete estava assujeitado a uma estrutura pré-estabelecida, já a partir do século XX o dilema passou a ser: como estabelecer controles à interpretação do direito e evitar que os juizes se assenheorem da legislação democraticamente construída?

Com efeito, o elemento interpretativo presente no direito, portanto, está no subterrâneo de uma teoria da decisão judicial, possibilitando-a. No enfrentamento dessa questão interpretativa, é impossível olvidar as contribuições do nosso homenageado. Com efeito, a obra de Peter Häberle ocupa lugar de destaque nas discussões que envolvem a afirmação da força normativa da Constituição e o papel da jurisdição constitucional para a consecução desse desiderato. Isso porque Häberle foi um dos primeiros constitucionalistas que se preocupou em equacionar o problema do monopólio judicial na interpretação da Constituição (Jurisdição Constitucional), buscando promover meios de participação da sociedade civil no processo de interpretação da Constituição.

A tese lançada por Häberle em seu *Die offene Gesellschaft der Verfassungsin-terpreten* (A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição) possui uma indiscutível relevância democrática na medida em que procura estabelecer meios de contenção do trabalho interpretativo realizado pelo Tribunal Constitucional através da diluição da atividade interpretativa em todo o tecido social. Nas palavras do próprio autor:

"A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. (...) Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade."⁶

Minha defesa de uma teoria da decisão judicial, embora por outras vias teóricas, compartilha com Häberle esse elemento de preocupação com a construção e manutenção de uma sociedade democrática. Também compartilho com o mestre alemão a defesa intransigente dos direitos fundamentais a partir da superação dos velhos modelos teóricos usados para fundamentá-los. Como vaticina Häberle: os direitos fundamentais são o elemento nuclear de um ordenamento jurídico e fator hábil para “medir” os indicadores de legitimidade de um determinado governo (na medida de sua efetivação). Por isso, tais direitos gozam de uma dupla dimensão: individual e institucional; representam, ao

⁶ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p. 13.

mesmo tempo, a realização de direitos subjetivos e objetivos, rompendo, assim, com o dualismo liberal de confrontar indivíduo/homem com o Estado ou com o maniqueísmo liberal que submetia a liberdade à autoridade⁷.

Por todos esses motivos, tanto a tese defendida neste artigo quanto aquela que emerge da obra de Häberle, apontam para uma mudança de rota na teoria jurídica. Costumo afirmar que essa mudança de rota acarretou uma alteração paradigmática que ainda não foi suficientemente explorada e compreendida pelos juristas. Um destes pontos que permanecem, ainda, elaborados de forma insuficiente é, exatamente, o problema da validade e seu (novo) papel nesses tempos de radicalidade da interpretação e da decisão judicial. É nesse ponto, talvez, que minha tese se distancie da de Häberle: minha aposta para a solução dos dilemas contemporâneos que assombram o Estado Constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais passa por uma análise hermenêutica, notadamente daquela desenvolvida no contexto do século XX, que se apresenta como Filosofia Hermenêutica (Heidegger) e como Hermenêutica Filosófica (Gadamer). No que se segue, procurarei esclarecer esse ponto, com especial ênfase à discussão sobre a validade do direito.

2. O problema da validade do discurso jurídico

A hermenêutica filosófica (e por isso, para homenagear Häberle, falaria de uma “Sociedade aberta dos hermeneutas” e, ao mesmo tempo, delinear as diferenças com o mestre alemão) tem sido – impropriamente – criticada no campo do direito pelo fato de que, embora ela tenha oferecido o modo mais preciso de descrição do processo compreensivo, por outro lado ela não teria possibilitado a formação (normativa) de uma teoria da validade da compreensão assim obtida. Esse é um problema central que precisa ser enfrentado com muito cuidado. Trata-se de discutir as condições para a existência de uma teoria da decisão, o que implica discutir o problema da validade daquilo que se compreende e explicita na resposta. Afinal, interpretar é explicitar o compreendido, segundo Gadamer.

⁷ Cf. HÄBERLE, Peter. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Perú: Fondo Editorial, 1997.

Validade foi, sem dúvida nenhuma, a expressão de ordem das teorias do direito surgidas na primeira metade do século XX. Através deste termo queria-se apontar para as possibilidades de determinação da verdade de uma proposição produzida no âmbito do direito. Ou seja, no contexto das teorias do direito que emergiram nesta época a preocupação estava em determinar as condições de possibilidade para a formação de uma *ciência jurídica*. Assim, penso que, para se pensar em uma ciência jurídica, primeiro é preciso estar de posse de um contexto de significados que nos permitam dizer a conexão interna que existe entre *verdade* e *validade*.

Para o positivismo de matriz kelseniana o vínculo entre verdade e validade dava-se da seguinte maneira: a validade é atributo das normas jurídicas, enquanto prescrições objetivas da conduta; ao passo que a verdade é uma qualidade própria das proposições jurídicas que, na sistemática da Teoria Pura do Direito, descrevem – a partir de um discurso lógico – as normas jurídicas. Ou seja, novamente estamos diante da principal operação epistemológica operada por Kelsen que é a cisão entre Direito e Ciência Jurídica. O Direito é um conjunto sistemático de normas jurídicas validas; enquanto a Ciência Jurídica é um sistema de proposições verdadeiras⁸. Disso decorre o óbvio: *normas jurídicas* ou são *válidas* ou *inválidas*; *proposições jurídicas* são *verdadeiras* ou *falsas*.

A aferição da validade é feita a partir da estrutura supra-infra-ordenada (lembro aqui da metáfora da pirâmide, embora Kelsen nunca tenha se referido desta forma ao ordenamento jurídico) que dá suporte para o escalonamento das normas jurídicas. Desse modo, uma norma jurídica só será *válida* se puder ser subsumida a outra – de nível superior – que lhe ofereça um fundamento de validade. Assim, a sentença do juiz é válida quando pode ser subsumida a uma lei – em sentido lato – e a lei é válida porque pode ser subsumida à Constituição. Já a validade da Constituição advém da chamada *norma hipotética fundamental* que, por sua vez, deve ter sua validade pressuposta. Isto porque, se continuasse a regredir em uma cadeia normativa autorizativa da validade da norma aplicanda, a Teoria Pura nunca conseguiria chegar a um fundamento definitivo, pois sempre haveria a possibilidade da construção de outro fundamento e isso repetido ao infinito. Assim, Kelsen oferece a tautologia como forma de rompimento com esta cadeia

⁸ Cf. Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985, pp. 78 e segs.

de fundamentação: a norma fundamental hipotética *é* porque *é*, por isso se diz que sua validade é pressuposta⁹.

Ocorre que a relação de validade – que autoriza a aplicação da norma, fundamentando-a – não comporta uma análise lógica na qual a pergunta seria por sua *verdade* ou *falsidade*. Como afirma Kelsen: “as normas jurídicas como prescrições, isto é, enquanto comandos, permissões, atribuições de competência, não podem ser verdadeiras nem falsas”¹⁰ (porque elas são válidas ou inválidas – acrescento). Desse modo, o jusfilósofo austríaco indaga: como é que princípios lógicos como a da não-contradição e as regras de concludência do raciocínio, podem ser aplicados à relação entre normas? A resposta de Kelsen é a seguinte: “os princípios lógicos podem ser, se não direta, indiretamente aplicados às normas jurídicas, na medida em que podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem estas normas e que, por sua vez, podem ser verdadeiras ou falsas”.¹¹ É dessa maneira que Kelsen liga verdade e validade, pois, no momento em que as proposições que descrevem as normas jurídicas se mostrarem contraditórias, também as normas descritas o serão e a determinação de qual proposição é a verdadeira, por consequência, determinará qual norma será igualmente válida.

Já no chamado “positivismo moderado” de Herbert Hart algumas diferenças são notadas. No que tange ao predomínio da determinação da *validade* com critério absoluto para determinação de fundamento do direito, não há grandes dessemelhanças. Porém, é na forma como Hart formula o fundamento do ordenamento jurídico que as divergências entre o seu modelo teórico e aquele fornecido por Kelsen aparecem com maior evidência. Com efeito, vimos que Kelsen resolve o problema do regresso ao infinito de seu procedimento dedutivista para determinação da validade com uma tautológica norma hipotética fundamental. Ou seja, ele se mantém no nível puramente abstrato da cadeia de validade de seu sistema e resolve o problema do fundamento neste mesmo nível, a partir de uma operação lógica.

Já Hart usará outro expediente para resolver o problema do fundamento. Na sua descrição do ordenamento jurídico, identificará a existência de dois tipos distintos de *regras* (normas): as primárias e as secundárias. As chamadas regras primárias são aque-

⁹ Para uma crítica pormenorizada ao problema do fundamento e a *Grundnorm* kelseniana, consultar STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁰ Cf. KELSEN, OP.CIT., p. 82.

¹¹ Idem, Ibidem.

las que determinam direitos e obrigações para uma determinada comunidade política. Tais regras seriam aquelas que estabelecem o direito de propriedade, de liberdade etc. Já as regras secundárias são aquelas que autorizam a criação de regras primárias. Neste caso, uma regra que estipule como deverão ser feitos os testamentos, é um exemplo de uma regra secundária e todas as regras que criem órgãos, estabeleçam competências ou fixem determinados conteúdos que deverão ser regulados concretamente pelas autoridades jurídicas também são consideradas regras secundárias. Portanto, o que determina a validade do direito em Hart é a compatibilização – dedutivista, evidentemente – das regras que determinam obrigações (primárias) com as regras secundárias¹².

Hart afirma ainda que, em sociedades menos complexas – sendo que por sociedades menos complexas devem ser entendidas todas aquelas que antecedem a modernidade –, não existiam regras secundárias desenvolvidas com a sofisticação que encontramos em nosso contexto atual. Neste caso, estas sociedades primitivas baseavam suas regras de obrigação apenas em critérios de *aceitação*. Como afirma Dworkin, “uma prática contém a *aceitação* (grifei) de uma regra somente quando os que seguem essa prática reconhecem a regra como sendo obrigatória e como uma razão para criticar o comportamento daqueles que não a obedecem”¹³. Nos modernos sistemas jurídicos, toda fundamentação do direito depende da articulação do conceito de *validade*. No entanto, há uma única regra – que Dworkin chama de “regra secundária fundamental” – que rompe com a necessidade de demonstração da validade e se baseia em critérios de aceitação para determinação de seu fundamento: trata-se da chamada *regra de reconhecimento*. Em síntese: a regra de reconhecimento está para Hart assim como a norma hipotética fundamental está para Kelsen: em ambos os casos funcionam como resposta para o problema do fundamento último do sistema jurídico. Todavia, a regra de reconhecimento tem um caráter mais “sociológico” do que a norma hipotética fundamental kelseniana. Como afirma Hart: “*sua existência* (da regra de reconhecimento – acrescente) *é uma questão de facto*”¹⁴.

Mas o que há de errado com os projetos positivistas de ciência jurídica? Com Heidegger, podemos dizer que esse conceito corrente de ciência (como um universo teó-

¹² Cf. HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, pp. 89 e segs.

¹³ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 32.

¹⁴ Cf. HART, op., cit., p. 121.

rico de proposições válidas-verdadeiras) esconde um modo mais originário do fenômeno da verdade. Isso porque a verdade deve ser percebida já em meio à lida com o mundo prático e não reduzida ao universo teórico das ciências. Afinal, a própria verdade “teórica” das ciências é produto da interpretação projetada pela compreensão.

Portanto, há algo anterior à verdade da ciência que, de certa forma, lhe é condição de possibilidade. No caso do direito, o equívoco dos projetos positivistas está no próprio recorte na totalidade do ente que tais teorias efetuam para caracterizar o estudo do fenômeno jurídico. Dito de outro modo, o modelo excessivamente teórico de abordagem gera uma espécie de *asfixia da realidade*, do mundo prático. Ou seja, o contexto prático das relações humanas concretas, de onde brota o direito, não aparece no campo de análise das teorias positivistas. Isso gera problema de diversos matizes. O fato de nenhuma das duas teorias conseguir resolver o problema da eficácia do sistema pode ser elencado com um destes problemas.

Para mim, entretanto, o principal problema aparece quando se procura determinar *como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial*. Ambas as teorias apostam na vontade do intérprete (na verdade, na velha *Wille zur Macht* nietzscheana) para resolver o problema gerando a discricionariedade judicial (que, no mais das vezes, acaba em arbitrariedade). Ora, evidente que tais teorias *sofrem de um letal déficit democrático*. Pergunto: como justificar, legitimamente, uma decisão tomada pelo poder judiciário? Isso tais teorias não respondem. E nem poderiam responder, uma vez que essa dimensão dos acontecimentos fica fora de seu campo de análises.

Dizendo de outro modo – e venho insistindo nesse ponto – essa problemática da “validade da explicitação da compreensão” (portanto, da validade da interpretação) deve ser analisada a partir da destruição do método que é proporcionada por Gadamer. Com efeito, não há nisso um déficit de metodologia ou de racionalidade. Essa ruptura não significou um ingresso na irracionalidade ou no relativismo filosófico. *Muito pelo contrário*. Assim como a integridade em Dworkin, a hermenêutica está fundada na autoridade da tradição, que pode ser autêntica e inautêntica, além da importância do texto (que, em Gadamer, é um evento, como já demonstrei em *Verdade e Consenso*¹⁵).

¹⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

Para ser mais específico e evitar mal entendidos: Gadamer deixa claro que a ausência do método *não significa que se possa atribuir sentidos arbitrários aos textos*. Na medida em que a interpretação sempre se dá em um caso concreto, fica nítida a impossibilidade de cisão entre *quaestio facti* e *quaestio jûris*. A hermenêutica não trata apenas da faticidade; ela não apenas explica como se dá o sentido ou as condições pelas quais compreendemos. Na verdade, por ela estar calcada na circularidade hermenêutica (*hermeneutische Zirkel*), fato e direito se conjuminam em uma síntese, que somente ocorre concretamente, na *applicatio* (lembremos sempre que não se cinde conhecimento, interpretação e aplicação). Se interpretar é explicitar o que compreendemos, a pergunta que se faz é: essa explicitação seria o *locus* da validade? Se verdadeira essa assertiva – e creio que não é – então estaríamos diante de outro problema: o que fazer com a *quaestio facti*?

3. Há uma teoria da validade na hermenêutica?

Ao contrário do que apregoa, tenho que a hermenêutica filosófica, assim como a teoria integrativa dworkiniana, tratam adequadamente de uma teoria da decisão. A diferença é que ambas não admitem aquilo que está no cerne da expressiva maioria das teorias jurídicas contemporâneas: a discricionariedade dos juízes. Se a hermenêutica e a teoria integrativa não se preocupassem com a decisão, estas seriam relativistas, admitindo várias respostas para cada problema jurídico. *Não há dúvida de que uma teoria jurídica democrática deve se preocupar com a validade normativo-jurídica do concreto juízo decisório. O que não se pode concordar é que, para alcançar esse juízo decisório são possíveis juízos discricionários, o que reforça(ria) novamente o solipsismo interpretativo.*

Numa palavra: a questão da validade reside na circunstância de que não podemos simplesmente confundir essa validade com uma espécie de imposição ontológica (no sentido clássico) nas questões com que se ocupam determinados campos do conhecimento científico. Também não podemos mais pensar a validade como uma cadeia causal sucessiva que tornaria verdadeiro um determinado conjunto de proposições jurídicas. *A validade é o resultado de determinados processos de argumentação em que se confrontam razões e se reconhece a autoridade de um argumento.*

E que fique bem claro que o reconhecimento da autoridade de um argumento não está ligado a uma imposição arbitrária. Pelo contrário, a hermenêutica é incompatível com qualquer tipo de arbitrariedade. Como afirma Gadamer – ao proceder a reabilitação da *autoridade* da tradição:

“o reconhecimento da autoridade está sempre ligado à idéia de que o que a autoridade diz não é uma arbitrariedade irracional, mas algo que pode ser *inspecionado principalmente*. É nisso que consiste a essência da autoridade que exige o educador, o superior, o especialista”.¹⁶

Em consequência, devemos primeiro compreender o problema da validade como uma questão que pode ser amplamente desenvolvida pela ciência e pela lógica. Mas não há dúvida de que aqui também reaparece um certo tipo de pressuposto que está sempre presente para produzir o campo comum de interação próprio para troca de argumentos.

Mas a questão aqui não se encerra. Vejamos: também poderíamos discutir o problema da validade em outro nível. Sob esse aspecto, a validade foi durante o neokantismo muitas vezes apresentada como o sentido que sustenta qualquer teoria dos enunciados. É desse conceito de validade que Heidegger extrai a necessidade de se fazer uma distinção entre a validade na ciência e a validade na filosofia, questão que ele, sob certos aspectos, utilizou para se inspirar na lenta determinação do que significa a diferença ontológica, na medida em que a validade que se coloca no nível dos entes é a validade para a qual nós temos instrumentos de argumentação/discussão, enquanto a outra validade termina já sempre operando nesses tipos de argumentação, que é o sentido. *E esse sentido dos neokantianos passou em Heidegger precipuamente no conceito de ser*. Por isso, para alguns autores, a diferença ontológica nasceu de uma leitura que Heidegger fez de certas discussões neokantianas.¹⁷

É preciso entender que a hermenêutica (filosófica)– e Dworkin segue essa mesma reflexão – (re)valoriza a dimensão prática da retórica oferecendo a possibilidade de instauração de um ambiente no qual *os problemas da realidade são resolvidos concretamente, no interior desta mesma realidade, e não numa instância superior*, de cunho

¹⁶ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 420.

¹⁷ Também Stein aponta para este fato indicado no texto: “a diferença ontológica, cuja envergadura se desdobrou muito com o labor do filósofo, lhe foi ao menos possibilitada pelas análises de Emil Lask. O pensamento de Heidegger que se quer nos antípodas do problema gnosiológico, contudo, lhe deve algo de essencial”. Cf. Stein, Ernildo. *Uma Breve Introdução à Filosofia*. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 83.

ideal que, posteriormente, passa a ser aplicada por mimetismo à realidade. Note-se, por exemplo, que as críticas de que existe um excesso de abstração na teoria de Dworkin apresentam um equívoco de base: a orientação filosófica de Dworkin vai em direção a uma análise pragmática da realidade. Tal acusação poderia ser feita às teorias argumentativas e epistemo-procedurais, mas jamais à Dworkin ou à hermenêutica filosófica.

Em defesa de Dworkin – circunstância que pode ser estendida à hermenêutica filosófica – é preciso lembrar que, enquanto um procedimentalista como Habermas desonera os juízes da elaboração dos discursos de fundamentação (*Begründungsdiskurs*) – porque desacredita na possibilidade de os juízes poderem se livrar da razão prática (evitada de solipsismo, como ele afirma já no início de seu *Faktizität und Geltung*) – ele (Dworkin) ataca esse problema a partir da responsabilidade política de cada juiz/intérprete/aplicador, obrigando-o (*has a duty to*) a obedecer a integridade do direito, evitando que as decisões se baseiem em raciocínios *ad hoc* (teleológicos, morais ou de política).

Insista-se: quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de *argumentos de princípio* e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da “comunidade jurídica” como enunciados assertóricos ou categorias (significantes primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem haver no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes, etc; ele deve decidir por princípios). É preciso compreender que essa “blindagem” contra discricionarismos é uma defesa candente da democracia, uma vez que Dworkin está firmemente convencido – e acertadamente – que não tem sentido, em um Estado Democrático, que os juízes tenham discricionariedade para decidir os “casos difíceis”.

Na verdade, isso é assim – filosoficamente – porque Dworkin compreendeu devidamente o problema do esquema sujeito-objeto, questão que, entretanto, não está devidamente esclarecida e compreendida pela teoria do direito. Exatamente por superar o esquema sujeito-objeto é que *Dworkin não transforma o seu “juiz Hércules” em um juiz solipsista* e tampouco em alguém preocupado apenas em elaborar discursos prévios, despreocupados com a aplicação (decisão). Hércules é uma metáfora, demonstrando as possibilidades de se controlar o sujeito da relação de objeto, isto é, com Hércules

Dworkin quer demonstrar *que não é necessário, para superar o sujeito solipsista (Sebtsüchtiger) da modernidade, substituí-lo por um sistema ou por uma estrutura* (v.g., como fazem Luhmann e Habermas). Insista-se: a teoria dworkiniana, assim como a hermenêutica, por serem teorias preocupadas fundamentalmente com a *applicatio*, não desoneram o aplicador (juiz) dos *Begründungsdiskurs* (discursos de fundamentação). E isso faz a diferença.

4. As críticas à hermenêutica e o problema da má compreensão do sentido de “pré-compreensão” (*Vorverständnis*)

Destarte, a discussão que proponho, tanto em *Verdade e Consenso* como em *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*, inexoravelmente é atravessada pelas condições de possibilidade da preservação da democracia a partir dos parâmetros do Estado Democrático de Direito. O que sempre pretendi dizer é que não teria sentido que, nesta quadra da história, depois da superação dos autoritarismos/totalitarismos surgidos no século XX e no momento em que alcançamos esse (elevado) patamar de discussão democrática do direito, viéssemos a “depende” da discricionariedade dos juízes na discussão dos assim denominados “casos difíceis” ou em face das (inexoráveis) incertezas da linguagem. Ora, pensar assim seria substituir a democracia pela “vontade do poder” (entendido como o último princípio epocal da modernidade) dos juízes ou de uma doutrina que, seguida pelos juízes, substituisse a produção democrática do direito. Essa produção democrática do direito – *plus* normativo/qualitativo que caracteriza o Estado Democrático de Direito – é um salto para além do paradigma subjetivista.

É nesse sentido que, ao ser anti-relativista, a hermenêutica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte dos juízes. Veja-se: alguns críticos da hermenêutica acusam-na de ser irracionalista. A essa crítica respondo que, antes de tudo, a hermenêutica filosófica não pode ser “regionalizada”, como, por exemplo, “hermenêutica constitucional” ou “hermenêutica a ser feita em países com ‘múltiplas visões de mundo disputando espaço’” (sic). Hermenêutica é filosofia; conseqüentemente, *não há* modos diferentes de interpretar, por exemplo, o direito penal, o direito civil, o direito constitucional, o cotidiano, a mídia, etc. Esse é o caráter de universalização da hermenêutica e não de regionalização (se assim se quiser dizer).

No mais, ratifico, aqui, que minhas críticas ao decisionismo, ao discricionarismo, etc., *não estão assentadas apenas nisso* (a pré-compreensão como limite). Essa é uma das teses (conclusões) que venho defendendo. Minha cruzada contra discricionariedades e decisionismos se assenta no fato de existirem *dois vetores de racionalidade* (apofântico e hermenêutico), *circunstância que os críticos da hermenêutica não entendem* (veja-se, já aqui, a distinção entre compreender e entender, este de nível lógico-argumentativo e aquele de nível hermenêutico-estruturante).

Isso se deve ao fato de que tais críticas advém do âmbito da teoria da argumentação, que (ainda) aposta em “descrições e prescrições”, “subsunções e deduções”, enfim, dos domínios do (metafísico) esquema sujeito-objeto. Mas, registre-se, críticas desse viés já haviam sido feitas à hermenêutica filosófica de há muito, epitetando-a de “relativista”, ataque que Gadamer respondeu com veemência, conforme se pode ver em *Wahrheit und Methode* e nas minhas obras.

Em definitivo: o fato de a hermenêutica (filosófica) rechaçar o método não implica ausência (ou carência) de racionalidade. Até porque o método que é destruído pela hermenêutica filosófica é o método acabado e definitivo que o subjetivismo epistemológico da modernidade construiu. Permito-me dizer isto de modo mais agudo: *exatamente porque o método* (no sentido moderno da palavra) *morreu é que, agora, exige-se maior cuidado no controle da interpretação* (atenção: compreender e interpretar são coisas diferentes).

Frise-se: o método morreu porque morreu a subjetividade que sustentava a filosofia da consciência (*locus* do sujeito solipsista - *Selbstsüchtiger*). Ora, o método sobra diante da superação do esquema sujeito-objeto. *Método não é sinônimo de racionalidade*. Longe disso! E nem é necessário lembrar que a obra Verdade e Método pode (ou deve) ser lida como Verdade *contra* o Método, o que significa admitir a possibilidade de verdades conteudísticas (não apodílicas, é claro). O que os críticos da hermenêutica não entendem é que a hermenêutica atua em um nível de racionalidade que é estruturante, transcendental não clássico (Stein); já as teorias da argumentação - mormente a de Robert Alexy - atuam a partir de um vetor de racionalidade de segundo nível, ficando, portanto, *no plano lógico e não filosófico* (é a contraposição entre o como apofântico [*wie*] e o como hermenêutico [*als*]). E, não esqueçamos, *filosofia não é lógica*.

Eis a distância entre a hermenêutica e teorias procedurais como a teoria da argumentação jurídica. A diferença fundamental talvez esteja no fato de que a hermenêutica atua no âmbito da intersubjetividade (S-S), enquanto as teorias procedurais (como a teoria da argumentação jurídica) *não superaram o esquema sujeito-objeto* (S-O).

É evidente – e até compreensível – que qualquer teoria que esteja refém do esquema sujeito-objeto acreditará em metodologias que introduzam discursos adjudicadores no direito (Alexy é um típico caso). Isso explica também por que a *ponderação* reprimista a velha discricionariedade positivista. Isso explica também porque Alexy e seus seguidores – falo especialmente dos seus seguidores no Brasil – não abrem mão da discricionariedade.

Com efeito, a teoria da argumentação não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade, *circunstância que é reconhecida pelo próprio Alexy*:

“Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário”.¹⁸

Esse é o ponto que liga a teoria alexyana – e consequentemente, de seus seguidores – ao protagonismo judicial, isto é, o *sub-jectum* da interpretação termina sendo o *juiz e suas escolhas*. É também nesse sentido que concordo com Arthur Kaufmann, ao negar qualquer interligação entre hermenêutica e teoria da argumentação jurídica:

"A teoria da argumentação provém, essencialmente, da analítica. Esta proveniência pode vislumbrar-se ainda hoje em quase todos os teóricos da argumentação. Não nos é possível, nem necessário, referir todas as correntes da teoria da argumentação, até porque, como nota Ulfrid Neumann, nem sequer existe a teoria da argumentação jurídica. Assim, já é questionável que se possam considerar a tópica e a retórica como formas especiais da teoria da argumentação."

Agregue-se, ademais, diz Kaufmann, *que a teoria da argumentação não acompanha a hermenêutica na abolição do esquema sujeito-objeto, prevalecendo-se da objetividade*.¹⁹

¹⁸ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Luis Virgílio A. Silva. São Paulo, Malheiros, 2008, p.611.

¹⁹ Ver, para tanto, KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 154 e segs.

Interessante notar que tanto a hermenêutica filosófica como a teoria dworkiniana, cada uma a seu modo, admitem respostas corretas (interpretações corretas). *E por que acreditariam nisso, se são irracionais* (sic)? Por certo que isso deixa claro que a idéia de racionalidade que guia os críticos da hermenêutica filosófica é aquela proveniente do método da modernidade, isto é, para eles, só pode ser epitetado de “racional” uma teoria que ofereça um método ou um procedimento para sua realização. Mas, será que todas as transformações da filosofia desencadeadas no decorrer do século XX permitem ainda afirmar um tal conceito de racionalidade?

Em Dworkin a integridade e a coerência são o modo de “amarrar” o intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos (e nem é necessário enfrentar, aqui, as indevidas e injustas críticas feitas à metafórica figura do juiz Hércules, acusado de “solipsismo”), há algo mais digno do signo da racionalidade que isso? Onde estaria o relativismo hermenêutico? Por certo, se olharmos com cuidado, veremos que relativistas são as teses procedurais-argumentativas, que sustentam *uma margem de discricionariedade daquele que manipula o procedimento*, como ocorre com as diversas teorias da argumentação. Já na hermenêutica filosófica (gadameriana) a não cisão entre interpretação e aplicação (pensemos nas três *subtilitates*) e a autoridade da tradição são os componentes que “blindam” a interpretação contra irracionalismos e relativismos. Por isso é que se chama de hermenêutica da faticidade.

E por isso também que se pode dizer que os princípios não proporcionam abertura na interpretação, com o que até positivistas como Ferrajoli concordam. O ovo da serpente do irracionalismo, da discricionariedade e do decisionismo está em Kelsen e Hart, cada um ao seu modo. E para quem até hoje acredita que a interpretação é um ato de vontade, basta que se acrescente a esse “ato de vontade” a expressão “de poder” e estaremos de volta ao último princípio epocal da modernidade: a *Wille zur Macht*, a vontade do poder de Nietzsche, que sustenta as diversas formas de pragmatismo no direito, além de concepções realistas como as dos *Critical Legal Studies*.

Ainda uma questão relevante: como as teorias da argumentação estão fortemente atreladas à tradição da filosofia analítica, há uma espécie de tendência em colocar o enunciado como ponto de partida para o problema da linguagem e, conseqüentemente, para a resolução dos problemas (lógicos) que povoam o universo jurídico. Ressalte-se

que esta tendência está sedimentada no senso comum teórico que atravessa o direito brasileiro desde há muito tempo.

Com efeito, já na primeira edição de *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise*, demonstro, de modo contundente, o fato de a dogmática jurídica ainda buscar capturar, na interpretação da lei, a essência das palavras. Ou seja, para grande parcela do pensamento jurídico pátrio o problema da interpretação da lei estaria resolvido se fosse possível construir *um grande dicionário onde estivesse contida toda a essência significativa transmitida pelas palavras*. Não deixa de ser sintomático que o livro esteja hoje em sua décima edição e a crítica permaneça terrivelmente atual. E também a teoria da argumentação praticada no Brasil permanece no interior daqueles que entendem que o problema da compreensão e da justeza dos enunciados começa com as palavras e a essência que delas brotam.

Nesse ponto não é demais registrar que foi Heidegger quem mostrou que, em filosofia, é equivocado pensar nas palavras como fonte de “essências de significado”. Em outras palavras, Heidegger criticava abertamente a existência de uma “filosofia da linguagem” porque esta desconsiderava o lugar mais originário de onde a questão da linguagem exsurge. Nessa medida, depois de demonstrar como o enunciado é um modo derivado da interpretação (que por sua vez foi possibilitada por uma [pré] compreensão existencial), aparece a seguinte afirmação no parágrafo 34 de *Ser e Tempo: das significações brotam palavras; estas, porém, não são coisas dotadas de significados*. Note-se: não é nas palavras que devemos buscar os significados do mundo (ou do direito, para ser mais específico), *mas é para significar (o direito) que necessitamos de palavras*. É para isso que as palavras servem: para dar significado às coisas! Para haver compreensão, basta que a articulação do significado dado às coisas (ou ao Direito) esteja provido de sentido. Isto significa dizer: o Dasein, em seu modo prático de ser-no-mundo, desde sempre já se move – compreensivamente – em um todo de significados – que em *Ser e Tempo* recebe o nome de *significância* – e é desta relação fática de compreensão afetivamente disposta que brotam as significações das palavras. Dito de outro modo: articulamos as palavras que temos disponíveis projetando sentidos a partir deste todo de significados. Ou seja, o discurso – que é o modo de manifestação da linguagem – é articulado sempre imerso nesta dimensão de (pré)compreensibilidade da significância.

Esse é o significado da pré-compreensão. Ela não é uma criação da hermenêutica filosófica de Gadamer. Ao contrário, o próprio Gadamer admite em *Verdade e Método* que a pré-compreensão – tese fundamental para construção de sua filosofia – é uma *des-coberta heideggeriana*. E é em Heidegger que está o mais eficaz remédio contra o relativismo. Afinal, *Ser e Tempo* é um livro antirelativista. Numa época de pessimismos (social, econômico e filosófico), em que não faltavam teses que interpretavam o mundo no sentido do juízo final e do recomeço radical – lembro aqui de *A Queda do Ocidente* de Oswald Spengler –, *Ser e Tempo* postula a verdade como dimensão em que o ser-aí (*Dasein*) desde sempre se movimenta. Nessa medida, a questão da significância, da estrutura prévia do enunciado e da constituição existencial (prévia) da compreensão são as questões nucleares para a correta introdução ao problema da pré-compreensão e sua relação com a verdade.

Que fique bem claro: não se pode confundir pré-compreensão com visão de mundo, preconceitos ou qualquer outro termo que revele uma abertura para o relativismo. A pré-compreensão demonstra exatamente que não há espaço para este tipo de relativização subjetivista que acabaria, no fundo, caindo nas armadilhas de um ceticismo filosófico.

De todo modo, o que transparece das críticas à hermenêutica é exatamente *a confusão entre pré-compreensão e preconceitos*. Ora, como já demonstrado, a pré-compreensão é do nível do *a priori*, antecipador de sentido. A pré-compreensão é uma espécie de totalidade que não pode ser fatiada (como se existisse uma pré-compreensão religiosa e outra leiga/laica). Não nos perguntamos por que compreendemos, pela simples razão de que já compreendemos – lembrando aquilo que ensina Heidegger: em todo *Discurso*, enquanto um existencial do ser-aí, já há uma compreensibilidade sendo articulada.

É por isso que Gadamer diz que o método chega tarde. A pré-compreensão não significa uma estrutura de caráter histórico e cultural que caracteriza uma posição que se prende a um conteúdo determinado que possa ser apresentado como válido contra outro conteúdo. O que está em questão aqui é o problema do preconceito, que pode aparecer na ideologia, na visão de mundo e nos conflitos de caráter histórico.²⁰ Daí a lição de

²⁰ Para evitar esse tipo de mal-entendido, nada melhor do que lembrar o próprio GADAMER (*Verdade e Método. Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica.*, op.cit.), para quem os preconceitos e opiniões prévias (e fica claro que é disso que Sarmento está falando e não da *Vorverständnis*) que ocupam a consciência do intérprete *não se encontram à sua livre disposição*. Por isso o intérprete não

Heidegger (do qual – frise-se uma vez mais – se originou a hermenêutica filosófica de Gadamer) acerca da estrutura da compreensão: embora possa ser tolerado, o círculo hermenêutico não deve ser rebaixado/degradado a círculo vicioso. Ele esconde uma possibilidade positiva do conhecimento mais originário, que, evidentemente, somente será compreendida de modo adequado quando ficar claro que a tarefa primordial, constante e definitiva da interpretação continua sendo não permitir que a posição prévia (*Vorhabe*), a visão prévia (*Vorsicht*) e a concepção prévia (*Vorbegriff*) *lhe sejam impostas por intuições ou noções populares* (do senso comum).²¹

5. Ainda o mesmo problema, agora sob outra perspectiva.

O tema é, pois, recorrente, valendo lembrar que essa crítica à falta/ausência de racionalidade é feita no Brasil, por exemplo, por Inocêncio Mártires Coelho, que, entretanto, confunde a hermenêutica filosófica com o “método hermenêutico-concretizador” (faz uma crítica a este, mas atinge àquela – e por isso merece ser discutida). Elejo a obra²² do Professor da UNB e do IDP pela sua amplitude e representatividade, uma vez que muitas das questões aqui debatidas abarcam críticas semelhantes que outros autores fazem à hermenêutica no Brasil. Com efeito, Mártires Coelho inicia dizendo que esse “método hermenêutico-concretizador” é pouco diferente do método tópico-problemático (o que, por si, já constitui um problema, embora sem maior relevância para os objetivos da presente anotação). Mais ainda, assinala que os adeptos do método hermenêutico-concretizador

“procuram ancorar a interpretação no próprio texto constitucional - como limite da concretização -, mas sem perder de vista a realidade que intenta regular e que, afinal, *lhe esclarece o sentido*; noutras palavras, trata-se de uma

está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, *daqueles outros* (aqui está o ponto fulcral da confusão entre pré-compreensão e preconceitos) *que a obstaculizam e que levam a equívocos*.

²¹ Como bem assinala GADAMER (*Verdade e Método. Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*, op.cit.), o que Heidegger diz aqui não é em primeiro lugar uma exigência à práxis da compreensão, mas descreve a forma de realização da própria interpretação compreensiva. A reflexão hermenêutica de Heidegger tem o seu ponto alto não no fato de demonstrar que aqui preza um círculo, mas que este círculo tem um sentido ontológico positivo. A descrição como tal será evidente para qualquer intérprete que saiba o que faz. Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas, enfim, dos preconceitos e voltar seu olhar para as “coisas elas mesmas” (veja-se que textos sempre tratam de coisas, sendo que, por isso, texto é sempre um evento). Por isso, diz Gadamer, a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias.

²² Dois livros são objetos da presente crítica: *Interpretação Constitucional* (Porto Alegre: Fabris, 1992 e São Paulo, Saraiva, 2007); *Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica* (São Paulo, Saraiva, 2010); *Interpretação Constitucional* (São Paulo, Saraiva, 2007).

postura que encontra apoio, dentre outras, nas seguintes descobertas hermenêuticas de Gadamer: interpretar sempre foi, também, aplicar; aplicar o direito significa pensar, conjuntamente, o caso e a lei, de tal maneira que o direito propriamente dito se concretize; e, afinal, o sentido de algo geral, de uma norma, por exemplo, só pode ser justificado e determinado, realmente na concretização e através dela”.

Na seqüência – pressupondo como fato consumado a “origem comum” do método hermenêutico-concretizador e da hermenêutica filosófica – Mártires Coelho investe contra a categoria da pré-compreensão, *verbis*:

“Considerando, entretanto, que toda pré-compreensão, em certa medida, possui algo de irracional, pode-se dizer que, apesar dos seus esforços, os que propugnam por esse método (*sic*), assim como os defensores do processo tópico-problemático, ficam a dever aos seus críticos algum critério de verdade que lhes avalize as interpretações, de nada valendo, para quitar essa dívida, apelarem para uma imprecisa e mal definida verdade hermenêutica, que pode ser muito atraente como idéia, mas pouco nos diz sobre os alicerces dessa construção”.²³

Coloquemos, então, as discordâncias com o estimado e erudito Professor brasileiro: em primeiro lugar, o método hermenêutico-concretizador é trazido por Canotilho a partir de duas fontes: Hesse e Müller, *não fazendo nenhuma referência a Gadamer*. De fato, há em Müller (que é associado ao método estruturante) uma base gadameriana. A questão, no entanto, não é a influência de Gadamer em Müller ou Hesse, *mas o modo como Gadamer é lido pelos juristas*. Müller, por exemplo, usa Gadamer para justificar a relação da interpretação com a aplicação e, ao mesmo tempo, procura oferecer uma estrutura metodológica para controlar a interpretação. Não podemos esquecer da relação do pensamento de Gadamer com os métodos constitutivos da compreensão! Em Gadamer, não é possível associar métodos e a antecipação da compreensão na circularidade hermenêutica. Isso de modo algum! Na seqüência, Mártires Coelho confunde pré-compreensão com preconceitos (problemática que também aparece em autores como Daniel Sarmento²⁴), ou seja, utiliza *pré-compreensão* como se fosse preconceito, ideologia, subjetividades ou visão de mundo. Realiza, portanto, um processo de “fatiamento” da pré-compreensão.

²³ Cf. MARTIRES COELHO, op.cit., *Interpretação Constitucional*, op.cit., p.103-104.

²⁴ Cf. SARMENTO, Daniel. *Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete*. In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Claudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binembojn (Org.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Insisto: a pré-compreensão é uma espécie de todo que sempre nos antecipa quando nos relacionamos com os entes no mundo. Em hipótese alguma isso representa uma idéia, mas pelo contrário isso é possibilitado por um ver fenomenológico que acessou o mundo prático em suas estruturas mais originárias. Isso implica a seguinte pergunta: por que a pré-compreensão de que fala Gadamer – que, insista-se, é estruturante, que antecipa o sentido (novamente a *razão hermenêutica* de que fala Ernst Schnädelbach) – seria irracional? Por que a hermenêutica não oferece nenhum critério “garantidor” da verdade? Novamente, o que está em jogo é uma idéia de que o racional só é alcançado quando se tem um método disponível para assegurar a organização e o processamento do processo de conhecimento do direito.

Mas, observemos: o ataque de Mártires Coelho não é – diretamente – à hermenêutica filosófica. Mas tudo indica que a confusão entre hermenêutica e método concretizador *acabou por propiciar uma cobrança de “racionalidade” da hermenêutica*, uma vez que o professor brasileiro diz de nada valer, “para quitar essa dívida, apelarem para uma imprecisa e mal definida verdade hermenêutica”. Aqui transparece, nitidamente, que o lugar da crítica de Mártires Coelho não é o *ontological turn* e, sim, o da filosofia da consciência (*Philosophie des Bewusstseins*), enfim, do lugar da fala do método tradicional da modernidade. Gadamer, como tenho insistido, faz uma ruptura com o método a partir da superação do esquema sujeito-objeto (*Subjekt-Objekt-Schema*), confrontando-se, abertamente, com o sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) da modernidade. Mas, confundir essa ruptura com o método com a instauração de uma irracionalidade (ou um livre atribuir de sentidos) *é confundir, também neste ponto, os níveis em que se dão a compreensão e a explicitação dessa compreensão*.

Ora, Mártires Coelho cobra da hermenêutica uma razão instrumental que a hermenêutica afastou justamente em face do esquema sujeito-objeto. Mas é preciso compreender que, no lugar disso, *Gadamer coloca a autoridade da tradição, a aferição da verdade hermenêutica a partir dos pré-juízos legítimos e ilegítimos, circunstância que reforça a relação da hermenêutica para com o direito, mormente pelo locus privilegiado representado pela Constituição*. Não esqueçamos – novamente – da *applicatio* gadameriana e sua incindibilidade para com a interpretação. Essa circunstância favorece em Dworkin a utilização da integridade e da coerência como modos de controlar/amarrar o intérprete, evitando discricionariedades e arbitrariedades, problemática que perpassa

toda a presente obra. E, não esqueçamos, numa palavra, o que Gadamer dizia acerca da acusação de irracionalidade e/ou de relativismo à hermenêutica: *o relativismo não deve ser combatido; deve ser destruído*. Parece claro isso: o irracionalismo é, paradoxalmente, produto da “racionalidade instrumental” da modernidade!

Por fim, importa referir que essas críticas – embora relevantes e feitas de forma sofisticada por autores do porte do professor Martires Coelho – tornam-se problemáticas porque se originam de um território ocupado pelo proceduralismo das teorias argumentativas. Ainda, numa palavra: com Habermas e Luhmann podemos, ao menos, discutir uma alternativa para o pensamento pós-metafísico (Habermas) e, até mesmo, as possibilidades de qualquer uma dessas alternativas (Luhmann). Lembremos que Habermas é anti-relativista, anti-discricionarista, assim como Dworkin. Com certeza, Luhmann não compactua com irracionalidades (pode-se dizer que, nele, as contingências são evitadas pelas estruturas). O que não é possível é avaliar o pensamento hermenêutico-gadameriano-dworkiniano pela lente da filosofia da consciência (portanto, pela metafísica moderna).

Por tudo isso – e permito-me insistir nesse ponto – discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, *uma questão de democracia*. Por isso, deveria ser despiciendo acentuar ou lembrar que *a crítica à discricionariedade judicial não é uma “proibição de interpretar”*. Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). É fundir horizontes. E direito é um sistema de regras e princípios, “comandado” por uma Constituição. Assim, afirmar que as palavras da lei (*lato sensu*) contêm vaguezas e ambigüidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais “abertos” em termos de possibilidades de significado, *não constitui novidade*.

O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esqueça-se o sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete, dando assim razão a Kelsen, para quem *a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade*, tese, aliás, ainda hoje seguida por um grupo de importantes juristas brasileiros, como os Ministros do STF Marco Aurélio e Luis Fux.

É preciso insistir: a hermenêutica por mim trabalhada é antirrelativista e antidiscrecionária, o que significa dizer que *o sentido não está à disposição do intérprete* (o que é diferente de dizer que há uma “exegese de estrita literalidade”).

Na verdade, o “drama” da discricionariedade que venho criticando de há muito é que esta transforma os juízes em legisladores. E mais do que transformar os juízes em legisladores, o “poder discricionário” propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento”, típica problemática que remete a questão ao solipsismo característico da filosofia da consciência no seu mais exacerbado grau. Ou seja, *concebe-se a razão humana como “fonte iluminadora” do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade*. Nesse paradigma, as coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à *dis*-posição de um protagonista (no caso, o juiz, enfim, o Poder Judiciário). E isso acarreta consequências graves no Estado Democrático de Direito.

Eis a complexidade: historicamente, os juízes eram acusados de ser a boca da lei. Essa crítica decorria da cisão entre questão de fato e questão de direito, isto é, a separação entre faticidade e validade (problemática que atravessa os séculos). As diversas teorias críticas sempre aponta(ra)m para a necessidade de rompimento com esse imaginário exegético. Ocorre que, ao mesmo tempo, a crítica do direito, em sua grande maioria, sempre admitiu – e cada vez admite mais – um alto grau de discricionariedade nos casos difíceis, nas incertezas designativas, enfim, na zona de “penumbra” das leis. Tudo isso tem consequências sérias para o direito. Seríssimas.

6. À guisa de conclusão: para além dos “monopólios interpretativos”.

Quando questiono os limites da interpretação (ou a ausência deles) – a ponto de alçar a necessidade desse controle à categoria de princípio basilar da hermenêutica jurídica - está obviamente implícita a rejeição da *negligência do positivismo “legalista” para com o papel do juiz*, assim como também a “descoberta” das diversas correntes realistas e pragmatistas que se coloca(ram) como antítese ao exegetismo das primeiras.

Ou seja, a questão que está em jogo ultrapassa de longe essa antiga contraposição de posturas, mormente porque, no entremeio destas, surgiram várias teses, as quais, sob pretexto da superação de um positivismo fundado no sistema de regras, construíram um modelo interpretativo calcado em procedimentos, cuja função é(ra) descobrir os valores presentes (implícita ou explicitamente) no novo direito, agora “eivado de princípios e com textura aberta”.

Já as posturas subjetivistas, especialmente, redundaram em um fortalecimento do protagonismo judicial, fragilizando sobremodo o papel da doutrina. Em *terrae brasilis* essa problemática é facilmente notada no impressionante crescimento de uma cultura jurídica cuja função é reproduzir as decisões tribunalícias. *É o império dos enunciados assertóricos que se sobrepõe à reflexão doutrinária*. Assim, os reflexos de uma aposta no protagonismo judicial não demorariam a ser sentidos: a doutrina se contenta com “migalhas significativas” ou “restos dos sentidos previamente produzidos pelos tribunais”. Com isso, a velha jurisprudência dos conceitos (*Begriffjurisprudenz*) – ou um arremedo dela - acaba chegando ao direito contemporâneo a partir do lugar que era o seu destinatário: *as decisões judiciais, ou seja, são elas, agora, que produzem a conceitualização*. Com uma agravante: o sacrifício da faticidade; o esquecimento do mundo prático.

De todo modo, o ponto fulcral não está nem no exegetismo, nem no positivismo fático (por todos, basta examinar as teses do realismo jurídico nas suas variadas perspectivas) e tampouco nas teorias que apostam na argumentação jurídica como um passo para além da retórica e como um modo de “corrigir as insuficiências do direito legislado”. Na verdade, o problema, em qualquer das teses que procuram resolver a questão de como se interpreta e como se aplica, *localiza-se no sujeito da modernidade, isto é, no sujeito “da subjetividade assujeitadora”*, objeto da ruptura ocorrida no campo da filosofia pelo giro linguístico-ontológico e que não foi recepcionado pelo direito.

Isso significa poder afirmar que qualquer fórmula hermenêutico-interpretativa que continue a apostar no solipsismo estará fadada a depender de um sujeito individualista, como que a reprimatizar o nascedouro do positivismo através do nominalismo (pensamos em Guilherme de Ockan, que, trezentos anos depois, inspirou Hobbes, efetivamente o primeiro positivista da modernidade). Está-se lidando, pois, com rupturas paradigmáticas e princípios epocais que fundamentam o conhecimento em distintos períodos da história (do *eidos* platônico ao último princípio fundante da metafísica moderna: a *vontade do poder*, de Nietzsche).

Em síntese – e quero deixar isso bem claro – para superar o positivismo é preciso superar também aquilo que o sustenta: o primado epistemológico do sujeito (da subjetividade assujeitadora) e o solipsismo teórico da filosofia da consciência. *Não há como escapar disso*. E penso que apenas com a superação dessas teorias que ainda apostam no esquema sujeito-objeto é que poderemos sair dessa armadilha que é o solipsismo.²⁵

Por tais razões, a hermenêutica se apresenta nesse contexto como um espaço no qual se pode pensar adequadamente uma teoria da decisão judicial, livre que está tanto das amarras desse sujeito onde reside a razão prática como daquelas posturas que buscam substituir esse sujeito por estruturas ou sistemas. Nisso talvez resida a chave de toda a problemática relativa ao enfrentamento do positivismo e de suas condições de possibilidade.

É tarefa contínua, pois, que se continue a mostrar como persistem equívocos nas construções epistêmicas atuais e como tais equívocos se dão em virtude do uso aleatório das posições dos vários autores que compõe o chamado *pós-positivismo*. Com efeito, isso fica evidente no conceito de princípio. O caráter normativo dos princípios – que é reivindicado no horizonte das teorias pós-positivistas – não pode ser encarado como um alibi para a discricionariedade, pois, desse modo, estaríamos voltando para o grande problema não resolvido pelo positivismo.

²⁵ Vejamos a gravidade disso: os projetos dos Códigos de Processo Civil e Penal que tramitam no Congresso Nacional apostam exatamente nesse “tipo ideal-filosófico”, ao estabelecerem o primado do “livre convencimento” na gestão da prova. Essa circunstância bem demonstra a dificuldade para a superação do velho paradigma da filosofia da consciência. Para uma crítica desse jaez, ver STRECK, L.L. O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo: nas so(m)bras da filosofia da consciência. In: *Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Gilson Bonato (Org). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

Com isso quero dizer que a tese da abertura (semântica) dos princípios – com que trabalha a teoria da argumentação (e outras teorias sem filiação a matrizes teóricas definidas) – é incompatível com o modelo pós-positivista de teoria do direito. Na verdade, o positivismo sempre nutriu uma espécie de aversão aos princípios. Na medida em que na discussão sobre os princípios sempre nos movemos no território precário da razão prática, o positivismo – de todos os matizes – trata(va)-o sempre como uma espécie de reforço que possuía no máximo uma função de integração sistemática. Esse é o significado da doutrina dos princípios ocultos de que fala Esser, ou seja, uma tentativa de sanar uma possível incompletude sistemática no todo do ordenamento jurídico.

Nessa medida, é preciso ressaltar que só pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo. Parece óbvio reforçar isso. *A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial* ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática. Implica, também, assumir uma tese de descontinuidade com relação ao conceito de princípio. Ou seja, no pós-positivismo os princípios não podem mais serem tratados no sentido dos velhos princípios gerais do direito nem como cláusulas de abertura.

De efetivo, uma teoria pós-positivista necessita superar os três elementos fundantes dos diversos positivismos jurídicos:

Primeiro, porque o positivismo sempre se caracterizou pelas fontes sociais do direito, pela separação entre direito e moral e pela discricionariedade delegada ao juiz nos *hard cases* ou nas incertezas da linguagem em geral.

Segundo, porque, como já demonstrado alhures, há uma correspondência de tais características com os obstáculos opostos pelo positivismo ao novo constitucionalismo (neoconstitucionalismo): a falta de uma nova teoria das fontes, a falta de uma nova teoria da norma e a ausência de uma teoria da interpretação que dê conta da superação do paradigma objetivista aritotélico-tomista e da filosofia da linguagem. Há, assim, um modo de unificar essas características e os obstáculos, uma vez que é possível vislumbrar uma imbricação ou cruzamento entre eles.

A partir disso, a elaboração de uma teoria pós-positivista tem que levar em conta os seguintes elementos:

I. Há que se ter presente que o direito do Estado Democrático de Direito supera a noção de “fontes sociais”, em face daquilo que podemos chamar de prospectividade, isto é, o direito não vem a reboque dos “fatos sociais” e, sim, aponta para a reconstrução da sociedade. Isso é facilmente detectável nos textos constitucionais, como em *terrae brasilis*, onde a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa a erradicar a pobreza, etc, além de uma gama de preceitos que estabelecem as possibilidades (e determinações) do resgate das promessas incumpridas da modernidade.

II. Essa problemática tem relação direta com a construção de uma nova teoria das fontes, uma vez que a Constituição será o locus da construção do direito dessa nova fase do Estado (Democrático de Direito); conseqüentemente, não mais há que se falar em qualquer possibilidade de normas jurídicas que contrariem a Constituição e que possam continuar válidas; mais do que isso, muda a noção de parametricidade, na medida em que a Constituição pode ser aplicada sem a *interpositio legislatoris*, fonte de serôdi-as teorias que relativizavam a validade/eficácia das normas.

III. Não pode restar dúvida de que tanto a separação como a dependência/vinculação entre direito e moral estão ultrapassadas, em face daquilo que se convencionou chamar de institucionalização da moral no direito (esta é uma fundamental contribuição de Habermas para o direito: a co-originariedade entre direito e moral), circunstância que reforça, sobretudo, a autonomia do direito. Isto porque a moral regula o comportamento interno das pessoas, só que esta “regulação” não tem força jurídico-normativa. O que tem força vinculativa, cogente, é o direito, que recebe conteúdos morais (apenas) quando de sua elaboração legislativa²⁶. Observemos: é por isso que o Estado Democrático de

²⁶ Aqui cabe um esclarecimento, para novamente evitar mal entendidos. A elaboração legislativa não esgota – nem de longe – o problema do conteúdo do direito. Quando concordamos que as questões morais, políticas, etc, façam parte da “tarefa legislativa”, isso não quer dizer que haja, de minha parte – e, por certo, dos adeptos das posições substancialistas – uma viravolta na questão “procedimentalismo-substancialismo”. Se as posturas procedimentalistas pretendem esgotar essa discussão a partir da garantia do processo democrático de formação das leis, isso, no entanto, não esgota a discussão da concreta normatividade, locus do sentido hermenêutico do direito. De fato, mais do que apostar na formulação democrática do direito, há que se fazer uma aposta paradigmática, isto é, acreditar na perspectiva pós-positivista do novo constitucionalismo e sua materialidade principiológica. A virtude soberana não se dá simplesmente na formulação legislativa e na “vontade geral”. Fundamentalmente, ela será encontrada na Constituição, que estabeleceu uma ruptura com a discricionariedade política que sempre sustentou o positivismo. E tudo isso está ancorado no contramajoritarismo, que vai além do mero controle da aferição da correção dos procedimentos democráticos utilizados na feitura das leis. Também é na Constituição que encontraremos os mecanismos de controle da aferição substancial dos textos legislados e da aplicação destes textos (nunca esqueçamos: o substancialismo não abre mão do procedimentalismo). A igualdade, o devido processo legal, o sentido do republicanismo, a perspectiva de Estado Social, a obrigação de concretização dos direitos fundamentais-sociais, para citar apenas es-

Direito não admite discricionariedade (nem) para o legislador, porque ele está vinculado a Constituição (lembremos sempre a ruptura paradigmática que representou o constitucionalismo compromissório e social). O “constituir” da Constituição é a obrigação suprema do direito. É, pois, a virtude soberana (parafraseando Dworkin). A partir da feitura da lei, a decisão judicial passa a ser racionalizada na lei, que quer dizer, “sob o comando da Constituição” e não “sob o comando das injunções pessoais-morais-políticas do juiz ou dos tribunais”. Essa questão é de suma importância, na medida em que, ao não mais se admitir a tese da separação (e tampouco da vinculação), não mais se corre o risco de colocar a moral como corretiva do direito. E isso terá consequências enormes da discussão “regra-princípio”.

IV. Na sequência e em complemento, tem-se que essa cisão entre direito e moral coloca(va) a teoria da norma à reboque de uma tese de continuidade entre os velhos princípios gerais e os (novos) princípios constitucionais. Sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional, o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar apenas nessas três dimensões *predatórias* da autonomia do direito), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ram).

V. Tudo isso significa assumir que os princípios constitucionais – e a Constituição *lato sensu* (afinal, qualquer prospecção hermenêutica que se faça – seja a partir de *Dworkin*, *Gadamer*, *Häberle* ou *Habermas* – só tem sentido no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito) – ao contrário do que se possa pensar, não remete

tes componentes paradigmáticos, são obrigações principiológicas de raiz, que vinculam a *applicatio*. E os componentes a serem utilizados na discussão da aplicação do direito somente poderão exsurgir desse paradigma constitucional. Legislação democraticamente produzida – e válida – significa “sentido filtrado principiologicamente”. O combate que aqui se trava – de cariz anti-discricionário – tem a objetivo de preservar esse grau acentuado de autonomia que o direito adquiriu com a fórmula das Constituições compromissórias (e dirigentes). Portanto, não será um posicionamento *ad hoc*, fruto de apreciações advindas de uma moral individual ou convicções políticas, etc (em síntese, argumentos de política), que “valerá” mais do que esse “produto democrático”, o qual – e é desnecessário frisar isso – deverá sempre passar pelo controle paramétrico-constitucional. Como já referido: a hermenêutica não abre mão do sujeito da relação, enfim, do sujeito que lida com objetos. O que ela supera é o esquema sujeito-objeto, responsável pelo sujeito solipsista que sustenta as posturas subjetivistas-axiologistas da maioria das teorias do direito mesmo no século XXI. Na hermenêutica há um efetivo controle da interpretação a partir da tradição (da autoridade desta), da obrigação da integridade, da coerência, da igualdade, da isonomia, enfim, da incorporação dos princípios constitucionais que podemos chamar aqui de virtudes soberanas em homenagem à Dworkin. Por isso, os discursos “predadores” do direito são rechaçados por essa “blindagem hermenêutica” que protege o direito produzido democraticamente. E é exatamente por isso que é possível sustentar respostas adequadas a Constituição, portanto, apostar em uma teoria da decisão e não apenas em uma teoria da legislação. Múltiplas respostas dizem respeito ao relativismo, e, estas, estão umbilicalmente relacionadas com o positivismo.

para uma limitação do direito (e de seu grau de autonomia), e, sim, para o fortalecimento de sua de autonomia.

VI. Consequentemente, nos casos assim denominados de “difíceis”, não é mais possível “delegar” para o juiz a sua resolução. Ou simplesmente “apostar no monopólio do Estado”, para utilizar a denúncia feita na tese da “Sociedade Aberta dos Intérpretes” de Häberle. Isto porque não podemos mais aceitar que, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda se postule que a luz para determinação do direito *in concreto* provenha do protagonista da sentença²⁷. Isso significa que, para além da cisão estrutural entre casos simples e casos difíceis, não pode haver decisão judicial que não seja *fundamentada e justificada* em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito. Desse modo, tem-se por superada a discricionariedade a partir do dever fundamental de resposta correta que recai sobre o juiz no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito.

VII. A interpretação é, como diz Häberle, um elemento da sociedade aberta. Para ele, *todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade*.²⁸ Isso quer dizer que há um fio condutor que atravessa as diversas percepções acerca da interpretação-aplicação do direito no terreno denominado pós-positivista: o de que a interpretação é uma prática soci-

²⁷ Do mesmo modo, a idéia de imparcialidade pura do juiz ou o uso de estratégias argumentativas para isentar a responsabilidade do julgador no momento decisório podem levar à introdução de argumentos de política na decisão jurídica. Nesse sentido são precisas as afirmações de Dworkin: “A política constitucional tem sido atrapalhada e corrompida pela idéia falsa de que os juízes (se não fossem tão sedentos de poder) poderiam usar estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras. Os juízes que fazem eco a essa idéia falsa procuram ocultar até de si próprios a inevitável influência de suas próprias convicções, e o que resulta daí é uma suntuosa mendacidade. Os motivos reais das decisões ficam ocultos tanto de uma legítima inspeção pública quanto de um utilíssimo debate público. Já a leitura moral prega uma coisa diferente. Ela explica porque a fidelidade à Constituição e ao direito *exige* que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases destes juízos, na esperança de que os juízes elaborem argumentos mais sinceros, fundados em princípios, que permitam ao público participar da discussão” (*Direito de Liberdade. Leitura Moral da Constituição Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 57).

²⁸ Por óbvio, compreendo as propostas de Häberle para além de qualquer perspectiva meramente procedimental (por exemplo, Häberle não pode ser confundido com Luhmann). Também não discuto se em Häberle há um déficit de normatividade ou se a tese da “sociedade aberta” enfraqueceria a força normativa da Constituição. Penso que Häberle aponta para o contrário: na medida em que supera - permitido-me assim chamar - o “monopólio solipsista dos intérpretes oficiais”, abre a perspectiva da “penetração” no âmbito jurídico-textual daquilo que se pode denominar de “mundo prático”, da “sangria do cotidiano”, enfim, da faticidade. Trata-se de uma autêntica fusão de horizontes a ser feita a partir da “apertura participava no processo hermenêutico”.

al; e que interpretar é sempre aplicar, circunstância que coloca, embora sob matizes teóricos diversos, Gadamer e Häberle. Veja-se que, para Häberle,

"Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição."²⁹

VIII. Observe-se, pois, que (também) em Häberle está presente *não somente a ruptura com o monopólio judicial-estatal da interpretação do direito, mas, sim, a ruptura com o sujeito (individualista-solipsista) da modernidade*.³⁰ Häberle, com sua(s) tese(s), representa uma possibilidade de deixar para trás os velhos atributos do paradigma subsuntivo-dedutivo. Nesse sentido, ao apresentar a “sociedade aberta de intérpretes”, o mestre alemão propõe para o direito aquilo que o personagem do livro de Robert Musil – *Der Mann ohne Eigenschaften* - aponta como necessário para um novo modo de compreender o mundo: deixar para trás os velhos “atributos” (entendidos no sentido de *Eigenschaften*).³¹ Embora Häberle não utilize uma abordagem que tenha na reconstrução dos paradigmas filosóficos a sua questão central, penso que a sua obra trás à lume a superação do esquema sujeito-objeto, isto porque, para ele, nem o Estado tem o monopólio e nem o “intérprete” (sujeito). Nada mais, nada menos do que a assunção do paradigma da intersubjetividade. E isso quer dizer: caminho para a democracia.

Numa palavra final: do que foi dito, tem-se que o grande desafio da contemporaneidade é a construção de mecanismos para não somente estabelecer as bases de como

²⁹ Cf. HÄBERLE, Hermenêutica, op.cit.

³⁰ Para se ter uma ideia da importância das teses de Häberle no Brasil e no mundo, veja-se o importante texto *A influência do pensamento de Peter Häberle no STF*, de Andre Rufino do VALE e Gilmar Ferreira MENDES, *Consultor Jurídico*, Abril de 2009, disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>.

³¹ A referência aos “atributos” (*Eigenschaften*) é uma paródia à grande obra de Robert Musil, *Der Mann ohne Eigenschaft*. Com efeito, a personagem principal da obra de Musil representa o homem que, depois da crise do fundamento e da perda da *arché* que sustentava o mundo através da (teo)filosofia, precisa colocar, por si mesmo, o sentido desse mundo. Vale dizer: trata-se do homem que, tendo perdido (ou se libertado) as estruturas de fora que lhe conformavam sentido, precisa passar a realizar essa tarefa por si mesmo. No contexto do livro esse homem, habitante dos anos 20 do século XX, precisa moldar sua individualidade em meio à imposição do coletivo – bem à moda na época – num contexto em que nenhuma qualidade podia ser a ele atribuída. A paródia contida no texto é oportuna, uma vez que Häberle, com sua Sociedade Aberta, procura, ao seu modo “popperiano”, libertar-se da *arché* opressora oriunda das velhas qualidades/atributos e, ao mesmo tempo, afirmar uma individualidade teórica em meio ao coletivismo predominante no contexto da dogmática jurídica atual. Claro que a validade é um atributo do direito; só que é um atributo autêntico (legítimo). Os “atributos” que devem ser deixados para trás são aqueles que se pretendem “monopolistas” da interpretação do direito (e do mundo).

se interpreta, mas, também e principalmente, construir as condições para “desvendar” os mistérios acerca de *como se aplica* (isto é, como se decide). Essa tomada de consciência acerca da impossibilidade de cisão entre interpretar e aplicar caminha lado a lado à necessidade de se buscar legitimar a interpretação (e, portanto, a aplicação) dos intérpretes “oficiais” a partir de uma efetiva intersubjetividade. Para tanto, deve-se levar em conta que 1) se na metafísica clássica os sentidos estavam nas coisas (e estas tinham uma essência), 2) na modernidade os sentidos passaram a estar na consciência (mente), com a assunção do sujeito (ausente na metafísica clássica, em face do “mito do dado”), 3) agora, nesta quadra da história, estamos diante de uma questão ruptural: não mais uma *aedequatio intellectum et rei* e nem mais uma *aedequatio rei et intellectum* e, sim, uma relação sujeito-sujeito. Ou seja, nem o assujeitamento do intérprete a qualquer tipo de essência e nem a transformação do sujeito (intérprete) em “senhor dos sentidos”. É na intersubjetividade que se encontrará a possibilidade de se construir uma sociedade que supere o império do sujeito solipsista da modernidade. Por isso, a aplicação do direito não pode ser uma tarefa “monopolizada”. Um dos modos de superá-lo é o que Häberle chamou de “A sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição”. No plano da hermenêutica aqui defendida, essa busca de legitimidade das decisões judiciais ocorre a partir da busca de respostas adequadas a Constituição, constituídas legitimamente no plano intersubjetivo, de forma integrativa e coerentemente, sem “grau zero de significação”. Na “sociedade aberta”, há o direito fundamental a uma “*accountability* hermenêutica”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Luis Virgilio A. Silva. São Paulo, Malheiros, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Direito de Liberdade. Leitura Moral da Constituição Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GREY, Thomas C. “Do We Have an Unwritten Constitution?” In: *Stanford Law Review* n. 27, 1975.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, pp. 89 e segs.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p. 13.

_____. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Perú: Fondo Editorial, 1997.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

_____. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. In *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, maio/agosto de 2009.

KAUFMANN, Arthur. Introdução à filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____. *Interpretação Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2007.

_____. Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica (São Paulo, Saraiva, 2010); *Interpretação Constitucional* (São Paulo, Saraiva, 2007).

MÜLLER, Friedrich. *O novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SHAPIRO, Martin; Sweet, Alec Stone. *On law, politics & judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002

SARMENTO, Daniel. *Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete*. In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Claudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binembojn (Org.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STEIN, Ernildo. *Uma Breve Introdução à Filosofia*. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo: nas so(m)bras da filosofia da consciência. In: *Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Gilson Bonato (Org). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

TATE, Chester Neal; Vallinder, Torbjörn. The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. In: _____ (Orgs.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

VALE, André Rufino do; Mendes, Gilmar Ferreira. A influência do pensamento do pensamento de Peter Häberle no STF. In: *Consultor Jurídico*, Abril de 2009, disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>.