
OS PRESSUPOSTOS HERMENÊUTICOS ONTOLÓGICOS HEIDEGGERIANOS E GADAMERIANOS DA CONTEMPORÂNEA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA BREVÍSSIMA EXPLORAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DOS FUNDAMENTOS DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO SOB O OLHAR DO EMPIRISMO LÓGICO

Rogério de Melo Gonçalves*

1. Apresentação do tema

O papel do *sujeito jurídico* (entendido, em sentido estrito, como o indivíduo que se ocupa da aplicação ou interpretação das leis) em face do fenômeno *Direito* tem, na opinião de ilustres senhores (Inocência Mártires Coelho, Peter Häberle, Luís Recaséns Siches, Lênio Luiz Streck, Kelly Suzane Alflen da Silva, Castanheira Neves, entre outros), todos versados em temas de profunda imbricação filosófica, cambiado fundamentalmente quanto à sua *postura cognoscitiva* diante de problemas decorrentes da aplicação das normas jurídicas (em especial as de *status* constitucional) em situações nas quais há uma desarticulação entre *faticidade* e *normatividade*. Em sua atuação, tem esse sujeito avançado além das raias limítrofes do ativismo jurídico cognitivo e alcançado, talvez injustificadamente – porque carente de pressupostos teóricos logicamente sustentáveis ou empiricamente *confirmáveis* (Rudolf Carnap) –, o patamar da *criação*¹ do direito (constitucional) em juízo – a desapontar princípios fundantes da ordem jurídica ocidental contemporânea, *civil et common law*, assentada na tripartição dos poderes (ou das *funções*, como preferem alguns), na heterogeneidade normativa (i. é, a produção da norma por poder diferente daquele encarregado de sua aplicação), na segurança jurídica e no Estado de Direito. Em razão do comportamento interpretativo desse sujeito, os conceitos de tais postulados têm sofrido substancial revisão (e porque não dizer “relativização”), de molde a comportar mencionada postura “subjetivo-criacionista judicial”.

* **Rogério de Melo Gonçalves** é Consultor Legislativo do Senado Federal, Advogado e Professor de Direito Constitucional.

¹ Ressaltamos que, a respeito do fenômeno da *concretização judicial* (ou criação judicial do Direito), os termos mais apropriados para fazer-lhe referência seriam o verbo *crear* e o substantivo *creação*, em razão da sua origem etimológica, o Latim. Nessa língua, *crear* designava a atividade *creadora* propriamente dita, i. é, “dar origem a”, “trazer a lume a”, “produzir”, por oposição a *criar*, de mesma origem, mas cujo sentido era “manter”, “cuidar”, “cultivar” (*verbi gratia*, “criar um rebanho”). Entretanto, como o processo de lexicação da Língua Portuguesa expurgou do nosso vernáculo a diferença entre os termos pela adoção da forma grafada com a vogal “i”, utilizaremos as palavras *criar* e *criação* para nos referirmos à atividade judicial concreta, com a ressalva do nosso entendimento quanto à maior precisão técnica que decorreria do uso do verbo *crear* e de sua substantivação.

Tal é a posição a que foi alçado o sujeito, entre outras, na obra do professor I. M. Coelho, particularmente no aspecto constitucional do fenômeno jurídico. Em seus escritos, o jurista de Brasília apresenta a interpretação jurídica como um caso particular da hermenêutica geral, atribuindo-lhe o escopo de promover a *revelação* do sentido das ações e das criações humanas (entre as quais as *normas jurídicas*). Não é só. O labor hermenêutico, nessa particular concepção, mostra-se condicionado, necessariamente, pela participação do intérprete – uma *condição de possibilidade da interpretação* –, ao argumento da inexistência de interpretação sem intérprete. Com essa assertiva, pondera-se, *conhecer* e *criar* são atos *complementares*.

Eis, pois, o marco teórico sobre o qual nos debruçaremos: os fundamentos da nova hermenêutica constitucional, de índole participativa, sob o aspecto subjetivo e, conseqüentemente, as características da *viragem linguística* (L. Streck) ocorrida no tratamento da coisa *Direito*. Para que bem procedamos, necessário tecer breves considerações sobre a hermenêutica, anotando, em traços gerais, a sua origem, o seu desenvolvimento histórico e a sua situação atual.

2. Origem do problema hermenêutico

Também chamada de *teoria da interpretação*, longa história possui a hermenêutica, se considerada no âmbito da interpretação dos textos sacros ou ligada à crítica textual. Reale e Antiseri (1991), a propósito, afirmam que a hermenêutica, tendo surgido das controvérsias teológicas emergentes da Reforma Religiosa, desenvolveu-se, posteriormente, assim no campo religioso como nos círculos de filósofos, historiadores e juristas (neste último, digna de nota a Escola dos Glosadores, formada por comentadores dos volumes do *Corpus Iuris Civilis*, ainda na Idade Média), pessoas, enfim, sempre às voltas com *questões* de interpretação². É em Aristóteles (seguramente a mais bela *mens intelligens* da história da humanidade) – na Antiguidade Clássica, pois – que reconhecemos, porém, o primeiro grande hermeneuta (afirmação que sustentamos com base em suas interpretações dos filósofos pré-socráticos, na *Metafísica*, Livros I, II e III), de cujo vulto somente se aproximou, no medievo, a tradição interpretativa *escolástica* a respeito dos *sentidos* vários que apresenta um texto sacro.

Modernamente, conquanto tenha Wilhelm Dilthey (1956) procurado firmar a hermenêutica como alicerce de todo o edifício das *ciências do espírito*, dando-lhe lugar de

² Também segundo Reale e Antiseri (1991), a hermenêutica deve responder a certas indagações técnicas, como, *exempli gratia*, “o que significa esse texto sagrado? Qual foi a verdadeira intenção do escrito sagrado? O que quer dizer esta ou aquela inscrição? É justa ou equivocada a interpretação usual desta ou daquela norma jurídica? Quando podemos estar seguros de que uma interpretação qualquer é adequada ou não? Pode haver interpretação definitiva de um texto ou a função hermenêutica é função infinita?”.

destaque na filosofia – por ter concebido a *teoria da interpretação* como perspectiva de *natureza filosófica*, a servir de base à consciência histórica e à historicidade do homem, e não apenas como conjunto de questões técnicas ou metodológicas –, foi, antes, com Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher (1989) e Karl Wilhelm Friedrich von Schlegel, que ganhou esse ramo do conhecimento o centro das discussões filosóficas de relevo, deixando a penumbra em que, até então, se encontrava.

O lugar ocupado por Fr. Schlegel na história da hermenêutica interessa mais às Artes que aos domínios da Filosofia ou do Direito. Em filosofia, sua importância se cinge ao conceito de *ironia*³ e à interpretação da arte como forma suprema do espírito, ressentindo-se de conteúdo empírico e validade lógica os pressupostos por ele lançados.

³ A *ironia* insere-se no contexto da concepção do *infinito* como o objetivo a que se deve chegar, de modo que todo pensamento que *vive ao finito* é inadequado, por ser sempre determinado. A ironia significa a atitude espiritual tendente a superar e a dissolver esse *determinado*, impelindo sempre para *mais além*. O infinito, a que se pode chegar pela filosofia ou pela arte é ideia central no pensamento de Fr. Schlegel, à qual se vincula o problema seguinte: como encontrar o acesso para o infinito com *meios finitos*? (REALE e ANTISERI, 1991).

Eis aí o papel da ironia: suscitar o sentimento de contradição entre o *condicionado* (finito) e o *incondicionado* (infinito), com o escopo de eliminá-lo – assim como, a um só tempo, os sentimentos da impossibilidade e da necessidade da perfeita mediação. Posiciona-se a ironia, dessarte, sempre acima de todo o nosso conhecimento, de toda a nossa ação; apresenta-se como o sentido de *inadequação* em relação à infinitude de todo fato ou ato do espírito humano.

Para entender as estritas relações do conceito de *ironia* com o sentimento da *ansiedade* (*Schinsucht*, pelo alemão), é necessário ter em lembrança que Fr. Schlegel pertenceu ao movimento romântico da história da filosofia, marcado por enorme carga subjetiva. Fr. Schlegel tinha profunda convicção da inexpremibilidade e da incompreensibilidade mística de tudo o que é último e autêntico objeto do pensamento, de maneira que o *espiritual* – com o que, afinal, ironiza-se o pensamento a si mesmo – significa, em sua filosofia, precisamente, a admissão de sua própria impotência. Reabilita-se, desse modo, imediatamente, o irracional, limitado e expulso pelo pensamento iluminista. Trata-se de um giro em torno do *inabordável* (Ludwig Wittgenstein diria *inefável*) que, decerto, nunca levará a terreno sólido (consistente), embora carregue a consciência (ilusória) de tal terreno, isto é, daquilo que só é real enquanto (ou quando) o pensamento abandona, conscientemente, a si mesmo. A forma desse *abandono de si* é a ironia, o espiritual, o riso sobre si mesmo (Nicolai Hartmann, *apud*: REALE e ANTISERI, 1991).

Ainda segundo Fr. Schlegel, a superação do espírito humano e o colocar-se, gradualmente, acima dos limites e de toda a finitude valem não apenas para a filosofia, mas também para a ética, para a arte e para todas as formas de vida espiritual – marca autêntica do Romantismo. A arte é entendida como obra do gênio criador que, justamente por ser gênio, opera a síntese entre o finito e o infinito: o verdadeiro artista *anula-se* como *finito* para ser *veículo do infinito*, desenvolvendo missão elevadíssima entre os homens (REALE e ANTISERI, 1991).

Com a devida substituição dos termos (e, por conseguinte, dos conceitos subjacentes), e realizada a adequação da colocação do problema, encontraremos a mesma disposição para justificar a compreensão dos fatos e das coisas pelo homem, no século XX, com M. Heidegger, cujo método pretende – e apenas pretende –, pelo reconhecimento da *historicidade da existência*, unir o homem ao conhecimento não descoberto das coisas (compreensão e pré-compreensão); tal equivale, em Fr. Schlegel, à junção do homem ao infinito e ao obscurecido.

Pondo de lado, por ora, a hermenêutica ontológica heideggeriana, não nos podemos furtar a opor a Fr. Schlegel que seu método da *superação espiritual* do finito é de pouco valor filosófico (já que a tarefa da filosofia consiste em esclarecer proposições significativas e conceitos desenvolvidos pelas ciências, na acepção de “filosofia” para o positivismo lógico; de outra parte, não é tarefa da filosofia a construção de teses metafísicas ou ontológicas sobre o mundo e o que nele existe), assim como jurídico, pois que, não sendo o Direito *infinitude*, não partilhando do *incondicionado* (no sentido de Fr. Schlegel), prescinde de todo esforço místico para ser compreendido, não se identificando o jurista-intérprete com o *gênio artístico romântico*. O Direito é *norma e situação normada* (Miguel Reale), isto é, produto da ação linguística humana sobre o mundo dos fatos, na tentativa de expressá-los, ainda que parcialmente. Tem, pois, conteúdo empírico mediato

Para o Direito e sua *ciência* (a jurisprudência), mais relevantes são as contribuições de Fr. Schleiermacher, o verdadeiro precursor da hermenêutica contemporânea. Com Fr. Schleiermacher a hermenêutica começa a tornar-se compreensão em geral da estrutura de interpretação que procura caracterizar o conhecimento. Embora não o mencione, clara é a influência de Fr. Schleiermacher na obra de I. M. Coelho (2002). É Fr. Schleiermacher quem declara que, para compreender a *parte* e o *elemento*, é preciso compreender o *todo* e, mais geralmente, é preciso que o texto e o objeto interpretados, bem como o sujeito-intérprete, pertençam ao mesmo horizonte, de modo circular. Com essa asserção está fincada a pedra angular da hermenêutica ontológico-histórica de Martin Heidegger e de Hans-Georg Gadamer: a essencialidade do contexto interpretativo.

Segundo Fr. Schleiermacher, não há *compreensão imediata*. Desse modo, o intérprete deve realizar um esforço hermenêutico de reconstrução (Henri Bergson afirma que “*interpretação é, com efeito, uma reconstrução*”, *apud* DESHAIES, 1992) que se dá no vai-e-vem entre o todo e as partes do texto (círculo hermenêutico). Postula ainda Fr. Schleiermacher a necessidade de uma interpretação correta, por entender que interpretar significa “*compreender ao autor melhor do que ele mesmo se compreendeu*” (ALFLEN DA SILVA, 2000). Com esse filósofo, a hermenêutica continua a ser uma arte discursiva do entender como ação recíproca entre *subjetividade* e *objetividade*.

Foi Fr. Schleiermacher, como permitimos entrever, o primeiro teorizador claro do que as modernas compreensões da interpretação chamam de *círculo hermenêutico*. No cerne desse *círculo* encontram-se as questões da *totalidade* do objeto a ser interpretado e da *totalidade maior*, à qual pertencem o *objeto* e o *sujeito* da operação de interpretação – este podendo compreender aquele intrinsecamente.

O círculo hermenêutico apresenta-se, em Fr. Schleiermacher (1989), em duas fundamentais dimensões: *i*) pré-conhecimento necessário da totalidade da obra a ser interpretada; *ii*) pertença necessária da obra e do intérprete ao mesmo e mais vasto âmbito. A partir dessa última dimensão, a estrutura hermenêutica migrou de campos específicos do conhecimento, tornando-se interpretação de toda a experiência humana.

(os fatos linguísticos). Argumentando com Fr. Schlegel, em seu sistema, o direito seria *finitude*. Não carece sua interpretação de *superações espirituais*, conhecimento do *infinito* nem do *obscurecido* – todas essas asserções contra-sensuais (quicá *não-sensuais*).

3. Os pressupostos hermenêuticos da interpretação constitucional contemporânea: a moderna teoria da interpretação, o círculo hermenêutico, a historicidade, o *achado* da pré-compreensão e a teoria da experiência

Asserimos, em passo anterior, que foi W. Dilthey⁴ o primeiro a conceber a hermenêutica como conjunto de questões de natureza filosófica a servirem de base à consciência histórica e à historicidade do homem. Pois bem. É preciso adicionar, no particular, que foi M. Heidegger⁵ quem compreendeu o estatuto filosófico das proposições do *filósofo das ciências do espírito*, vendo a hermenêutica (o *compreender*) nem tanto como instrumento à disposição do homem, mas, primacialmente, como *estrutura constitutiva* do *Dasein*⁶, isto é, como uma dimensão intrínseca do homem, que *crece sobre si mesmo* (pressuposto básico para o desenvolvimento das teses de Fr. Schleiermacher), que é um *rombo de experiências* e que, a cada nova experiência – nascida sobre o fundo das anteriores –, torna à interpretação.

É nesse sentido – que corresponde à direção tomada pela coetânea interpretação constitucional – que a “*hermenêutica se refere ao mundo prático, o mundo da pré-compreensão, em que já sempre somos no mundo e compreendemo-nos como ser-no-mundo a partir e na estrutura prévia de sentido*”. (STEIN, prefácio, in: STRECK, 2000). Tal *estrutura prévia* nos precede e, por intermédio dela, torna-se a linguagem o *meio especulativo* a partir do qual se determina o caráter linguístico de todo o nosso conhecimento. Uma vez estabelecida tal matriz linguística, temos condições de instaurar o diálogo (com os objetos da interpretação).

Na hermenêutica jurídica contemporânea, a condição do Direito, em suas relações com a sociedade, deve ser compreendida na moldura dessa matriz hermenêutico-linguística. Esse paradigma (*hermenêutico-linguístico*), que impregna atual a teoria da interpretação, procura situar o Direito e todos os que com ele trabalham no universo do *sentido* e da *compreensão* – afastando postulados da *filosofia da consciência*, segundo os quais o Direito trabalha com objetos, opera com normas reificadas (objetificadas) e maneja a linguagem como instrumental rígido de entendimento (interpretação como *clarificação* ou *declaração*) –, buscando, enfim, consignar que o Direito *dialoga* na sua aplicação, fundado no suposto de que a hermenêutica *mostrou que somos um diálogo*.

⁴ Não logrou êxito W. Dilthey ao tentar caracterizar a relação intérprete-texto como uma relação “sujeito-sujeito” (empregando as noções de *vivências*, *nexo*, *estrutura*), porquanto não conseguiu superar a dualismo que imaginava existir entre *lógica* e *vida* (ALFLEN DA SILVA, 2000).

⁵ Muito sob a influência decisiva de Edmund Husserl, René Descartes, Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel.

⁶ Segundo M. Heidegger, *Dasein* é o modo de ser exclusivo do homem, que é o ente portador de um relacionamento fundamental ao ser, qual seja, o de encontrar-se na *zona de abertura do ser*, na qual os entes podem manifestar-se como entes.

O ponto de partida de todas essas ilações são as teorias da *compreensão* heideggeriana e da *interpretação* gadameriana, que assentam o sujeito como ente que assume sua historicidade como um *acontecimento* (afastando as concepções de um sujeito auto-suficiente). É desse acontecimento que nos fala a hermenêutica existencial de M. Heidegger, ao referir-se à *história do ser* como algo que permite a compreensão dos limites da interpretação e das condições da hermenêutica.

Nessa hermenêutica, o *sentido* é dado pela *compreensão* (M. Heidegger). Propugna-se que “ser” que pode ser compreendido é “linguagem” (H-G Gadamer). Essa, por sua vez, não é simplesmente “objeto”, mas “*horizonte aberto e estruturado onde a interpretação faz surgir o sentido*” (STRECK, 2000). Por seu turno, esse *sentido* é produzido de acordo com o que é sentido (na acepção, aqui, do que é *percebido*), pensado e apreendido pelo sujeito, pois o que rege o processo de interpretação dos textos (inclusive os de ordem legal) são as condições de sua produção que, difusas e ocultas, aparecem como se tivessem proveniência de um *lugar fundamental*.

Tal hermenêutica entende que do processo interpretativo não decorre a descoberta (desvelamento) de um *correto sentido*, mas sim, a *produção* de um sentido, originado de um processo de compreensão em que o sujeito, em uma situação hermenêutica, faz uma “*fusão de horizontes*” (STRECK, 2000) a partir de sua historicidade; a interpretação tem, pois, estrita relação com o meio social.

Consoante essa doutrina filosófica, a *linguagem*, o *sentido* e a *denotação* não são analisados em um *sistema referencial* (como seria no positivismo lógico), mas no plano da historicidade. Essa teoria da interpretação, baseada no método hermenêutico-linguístico, concebe o texto como vinculado a sua própria *existência concreta*, à sua “*carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada*” (STRECK, 2000).

O fundamento de possibilidade de toda essa nova hermenêutica (também chamada de *viragem linguístico-ontológica*), inclusive para a filosofia de H-G Gadamer (*Verdade e Método*, 1997), é a descrição que faz M. Heidegger do círculo hermenêutico⁷ (*Ser e Tempo*, 1988):

O círculo não deve ser degradado a círculo *viciosus* e tampouco considerado inconveniente ineliminável. Nele se oculta uma possibilidade positiva do conhecer mais originário, possibilidade que só pode ser captada de modo genuíno se a interpretação compreende que sua função primeira, permanente e última é a de não se deixar nunca impor pré-

⁷ O círculo hermenêutico descreve a compreensão de mundo como o jogo interno do movimento da *tradição* e do *intérprete* (em relação àquela) no sentido de uma concreção da consciência histórica, por tratar de desvelar os pré-juízos (sentido negativo do termo) e antecipações do intérprete que possam prejudicar a interpretação (que é a formação da compreensão do mundo). Dito de outro modo, o círculo hermenêutico é a tese de que toda interpretação é elaborada pela pré-compreensão do que deve ser interpretado.

disponibilidade, pré-vidências e pré-cognições do caso ou das opiniões comuns, mas fazê-las emergir das próprias coisas, garantido assim a cientificidade do próprio tema.

H-G Gadamer (1997) afirma que essa passagem da obra de M. Heidegger descreve o modo de concretização do próprio compreender interpretativo, de modo que o essencial da reflexão hermenêutica heideggeriana não é a demonstração de que, aqui, estamos diante de um círculo, mas sim, o destaque de que esse círculo tem positivo significado ontológico.

Em si mesma, a descrição se apresenta como transporte para quem quer que se dedique à interpretação sabendo o que faz. Toda interpretação correta deve se defender da arbitrariedade e das limitações que derivam de inconscientes hábitos mentais, olhando ‘para as coisas mesmas’ (que para os filólogos são textos providos de sentido, que, por seu turno, falam de coisas). Submeter-se desse modo ao seu objeto não é decisão que o intérprete tome de uma vez por todas, mas sim ‘a função primeira, permanente e última’. Com efeito, o que ele tem a fazer é manter o olhar firme para seu objeto, superando todas as confusões que provenham do seu próprio íntimo. Quem se põe a interpretar um texto está sempre concretizando um projeto. Com base no sentido mais imediato que o texto lhe exhibe, ele esboça preliminarmente um significado do todo. E mesmo esse sentido mais imediato o texto só o exhibe quando é lido em certas expectativas determinadas. A compreensão do que se dá a compreender consiste toda na elaboração desse projeto preliminar, que obviamente é revisto continuamente com base no que decorre da penetração ulterior do texto. (GADAMER, 1997)

Ainda segundo H-G Gadamer, na descrição heideggeriana do círculo hermenêutico já é possível notar o pano de fundo do procedimento hermenêutico, do ato interpretativo: existem textos providos de sentido que falam de coisas; o intérprete deles se aproxima com a sua pré-compreensão (*Vorverständnis*), i. é, com os seus pré-juízos⁸ (*Vorurteile*), as suas pré-suposições, as suas expectativas – e não como tábula rasa. Dado *aquele* texto e dada a pré-compreensão do intérprete, esse esboça um significado preliminar de tal texto, tendo-se esse esboço precisamente porque o texto é lido com base em certas expectativas determinadas, que derivam da pré-compreensão. O trabalho hermenêutico posterior consiste todo na elaboração daquele projeto inicial, que é revisto continuamente com base no resultado da ulterior penetração no texto (GADAMER, 1997).

Sublinhe-se a asserção de que a interpretação começa com pré-conceitos que são, pouco a pouco, substituídos por conceitos mais adequados. É esse contínuo renovar-se do projeto que constitui o movimento do *compreender* e do *interpretar*, descrito por M. Heidegger.

Quem procura compreender fica exposto aos erros derivantes de pressuposições que não encontram confirmação no objeto. É função permanente da compreensão a elaboração e a articulação dos projetos correntes, adequados, aos quais, como projetos, são antecipações que só podem se confirmar em relação com o objeto. Aqui, a única objetividade é a

⁸ Para H-G Gadamer, *pré-juízo* (ideias que compõem uma tradição ou cultura) não tem significado depreciativo, equivalendo, antes, a *ideia*, *conjectura*, *pressuposição*. Desse modo, o que se tem, coetaneamente, como juízos, no futuro serão *pré-juízos*. “[Os] *pré-juízos do indivíduo são mais constitutivos de sua realidade histórica do que podem ser os seus juízos*” (GADAMER, 1997).

confirmação que uma pré-suposição pode receber através da elaboração. E o que distingue as pré-suposições inadequadas senão o fato de que, desenvolvendo-se, elas se revelam insubsistentes? Ora, o compreender só alcança a sua possibilidade autêntica se as pressuposições de que parte não são arbitrárias. Há, portanto, um sentido positivo em dizer que o intérprete não chega ao texto simplesmente permanecendo na moldura das pré-suposições já presentes nele, mas muito mais quando, em relação com o texto, põe à prova a legitimidade, isto é, a origem e a validade, de tais pressuposições. (GADAMER, 1997)

A estipulação do círculo hermenêutico como pressuposto da interpretação possui implicação direta para a hermenêutica filosófica e, especialmente, para a hermenêutica jurídica constitucional. Trata-se da significação da *compreensão* e da *pré-compreensão*.

Segundo I. M. Coelho, a *compreensão* é dos “*mais ricos achados*” (COELHO, 2002) da hermenêutica filosófica contemporânea, consistindo na descoberta de que o entendimento do sentido de uma coisa, de um acontecimento ou de uma situação qualquer pressupõe um pré-conhecimento daquilo que se quer compreender. Desse assentamento resulta que toda interpretação é guiada pela pré-compreensão do intérprete. Conforme I. M. Coelho (2002), a seguinte disposição heideggeriana constitui “*lição definitiva*”:

A interpretação de algo como algo se funda, essencialmente, numa *posição prévia*, *visão prévia* e *concepção prévia*. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisto que ‘está’ no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já ‘põe’, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia. (COELHO, 2002)

Como se vê, outro ponto de apoio (e, também, uma decorrência do círculo hermenêutico) das teses hermenêuticas contemporâneas está consubstanciado no instituto da pré-compreensão. Realmente, aceito que o *ser* do intérprete – como o de todo homem – é o seu *existir* ou o seu *modo de estar* no mundo – algo que limita a nossa cosmovisão, tornando-a parcial, porque restrita à nossa perspectiva *no momento da compreensão* (COELHO, 2002) –, uma análise do processo de *criação* e *aplicação* do Direito exigirá uma reflexão sobre os elementos ou *fatores constitutivos da personalidade*⁹ (COELHO, 2002), bem como sobre o modo de pensar dos sujeitos da interpretação, que são pessoas historicamente situadas e datadas, condicionadas por suas próprias vidas e circunstâncias, “*tal como ela [a vida] é concretamente vivida, em cada lugar, em cada hora*” (COELHO, 2002).

⁹ Não nos parece certo, todavia, que aceitar que o *ser do homem* é o seu *modo de estar no mundo* implique que a análise do processo de concretização do Direito exija uma reflexão sobre os elementos ou fatores constitutivos da personalidade. Para isso, seria preciso elaborar melhor o argumento.

O terceiro ponto de apoio é a (já mencionada) *historicidade da interpretação*. Segundo Ortega y Gasset (1964), o “eu” do intérprete é uma síntese que integra e supera os elementos que o constituem, isto é, o “eu” originário de cada um é o seu entorno ou circunstância, o mundo real em que todos se inserem e vivem. É, no entanto, com H-G Gadamer, que assume curial importância, na atividade hermenêutica, o *momento histórico*, pois a estrutura fundamental do *Dasein* está fundada na temporalidade – que é desdobrada em *historicidade*. Disso decorre que o expediente interpretativo, no âmbito jurídico, não pode ser destacado das condições de uma tradição histórica, que são limites à criação do Direito. A função da hermenêutica é vista com referência ao fenômeno histórico e à determinação da situação hermenêutica em geral¹⁰.

Vê-se, pois, a razão porque propugna a hermenêutica contemporânea que o intérprete não é *tábula rasa* (H-G Gadamer), porquanto, ao deparar com um texto a interpretar, não será por este preenchido, mas, ao contrário, preenchê-lo-á, consoante seus pré-juízos, suas vivências e de acordo com as marcas do contexto social, histórico, político e econômico em que se insere (tornaremos a este ponto). Há, ainda, o complicador da ideologia, com que trabalha a coetânea teoria da interpretação.

Do exposto, pode-se compreender a razão pela qual I. M. Coelho afirma, referindo-se à ideologia, à historicidade e às circunstâncias, pessoais e sociais, que

(...) no ensino do direito constitucional, poderemos constatar, desde logo, que a compreensão dos temas¹¹ (...) será inevitavelmente guiada, embora não guiada em definitivo, por esse conjunto de fatores, que dirigem e modelam a nossa compreensão inicial sobre a matéria, o mesmo instrumento ordenador de situações existenciais que, de alguma forma, já foram vivenciadas por nós e, precisamente por isso, guiarão nossos passos na caminhada da reflexão. (COELHO, 2002)

Nesse sentido, Karl Larenz (1989) sustenta que o texto nada diz a quem alguma coisa dele já não entenda (daquilo de que ele trata), só falando com ou respondendo a quem, compreendendo a sua linguagem, interroga-o corretamente. E, para Ludwig Wittgenstein, a compreensão do significado dos conceitos jurídicos exige que o intérprete participe do seu jogo de linguagem¹², cuja compreensão pressupõe certas *vivências-chave*, porque o elemento normativo não se pode mostrar de modo palpável por não ser perceptível aos sentidos.

¹⁰ É com H-G Gadamer que ganham relevo as relações entre *aplicação* e *compreensão* (essa como precedente necessário daquela).

¹¹ Sobre a pré-compreensão na experiência hermenêutica, ver, por tudo, H-G Gadamer, *Verdade e Método* (1997).

¹² O jogo de linguagem a que L. Wittgenstein se refere é o modo especial como (dentro de certa linguagem) se fala de determinado setor de coisas ou no âmbito da experiência. Exemplo de tal domínio pode ser o Direito. Em uma linguagem, fala-se *sobre* algo, sempre. “A compreensão por intermédio da linguagem é compreensão de uma coisa que é ‘trazida à linguagem’. A coisa de que se fala na linguagem normativa da jurisprudência é a ‘coisa Direito’” (LARENZ, 1989).

4. A hermenêutica da *percepção* à *compreensão*: o papel da linguagem

É escopo da atual hermenêutica jurídica mostrar que a interpretação é dada pelo sentido do *ser-no-mundo* do jurista, em recorrência a M. Heidegger. Propõem seus adeptos¹³ a utilização, no jurídico, das teses hermenêuticas anti-reprodutivas de H-G Gadamer, consoante as quais a *percepção* cede lugar à *compreensão*. Nesse novo contexto, a linguagem deixa de ser terceira coisa (*tertium res*) que se interpõe entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser *apreendido*. Realmente, como é nos procedimentos de interpretação que ocorre a concretização (criação) do sentido, o aspecto comunicativo da linguagem revela-se de suma importância para o “diálogo hermenêutico” – por isso a relação fundamental entre *linguística* e *compreensão*, vez que a linguagem permitirá ao intérprete tocar (dialogar com) os objetos sob interpretação¹⁴. Passa a linguagem, vê-se, a ter relevância primacial como veículo de comunicação, isto é, como condição de possibilidade da interpretação (nesse ponto, forçoso mencionar que H-G Gadamer, a maior expressão de tais teses, foi diretamente inspirado por M. Heidegger): “*fazer hermenêutica é levar o ser do ente a se manifestar como fenômeno, onde o Dasein (ser-aí) é pré-ontológico. O Dasein tem linguagem e, por isto, tem mundo. O Dasein antecipa as condições para a nossa chegada ao mundo. Dasein é pré-ocupação*” (ALFLEN DA SILVA, 2000).

Na esteira do pensamento heideggeriano, *compreender* não é apenas um modo de conhecer, mas um modo de *ser-no-mundo*. A hermenêutica propiciará a *compreensão*, mas somente porque a *compreensão* revela-se fundamental à interpretação (e para *compreender*, por sua vez, é preciso *pré-compreender*, i. é, ter *pré-compreensão*). A linguagem, em tal contexto, é condição de possibilidade de o ente *ser-no-mundo*, em seu interior localizando-se e agindo o homem.

Quer-se, com isso, ultrapassar o paradigma *sujeito-objeto*, procurando-se *eliminar* o primeiro termo do binômio (expurgando, assim, a segurança representada pelo *cogito*). Foi M. Heidegger, uma vez mais, quem conseguiu realizar a superação da relação “subjetivo-objetiva”, promovendo progresso (?) para além dos problemas da subjetividade. O *ser-no-mundo* não se relaciona apenas com o que lhe é *dado* e, com efeito, mesmo na realidade dada, há algo a ser desvelado: o *ser-no-mundo* é cômico da realidade (ao contrário de W. Dilthey).

¹³ Entre eles, Emílio Betti, que trabalha com a possibilidade da busca de conceitos “ensimesmados” nas palavras da lei.

¹⁴ Advertem os hermeneutas contemporâneos, nesse particular, que enquanto a *compreensão*, a interpretação e a exploração hermenêutica permanecerem limitadas ao âmbito dos enunciados linguísticos (textos das normas previamente dados), i. é, ao processo dedutivo de justificação que se completa no momento decisório, haverá decisões cada vez mais inautênticas e inadequadas em relação à coletividade.

O jurista-positivista, de seu lado, quer, objetivamente, descrever o mundo jurídico, poder dizê-lo – tarefa considerada primária e insuficiente diante das expectativas de democratização do entender o Direito¹⁵.

A hermenêutica do *giro linguístico* avança além da tópica. Nela, a *verdade* – considerada a ontologia da compreensão (M. Heidegger e H-G Gadamer) – não é uma pura questão de método, devendo o resultado da interpretação se conformar com a situação hermenêutica em que se encontram os sujeitos. O jurista deve interpretar a norma a partir de um ponto *dentro* da tradição e da experiência histórica (essa é a crítica feita pelos criacionistas aos *juristas formalistas da declaração – Alflage e Alklärung* –, que, não se valendo da experiência nem da consciência histórica, produziram *estranhas* soluções).

Compreender um texto de acordo com as teses ontológicas significa, pois, ter que compreender a tradição, especialmente porque nela se insere o intérprete. O texto somente pode ser compreendido se considerado o *contexto-tradição* em que se acha o afazer hermenêutico¹⁶. A compreensão desempenha, nesse sentido, o fundamental papel de atualizar o texto (contextualizá-lo).

A *consciência hermenêutica*, na atual conjuntura (inclusive jurídica), deve ser *consciência histórica*. A relação sujeito-objeto precisa ser transposta, também no plano do Direito.

Assim, ‘identidade’ ou ‘diferença’ em relação às decisões a serem tomadas no âmbito jurídico decorre, antes, da pré-compreensão sobre noções como tradição, formação, história, historicidade, experiência, consciência histórica, consciência hermenêutica, e assim por diante, do que da noção de superação da distância temporal, porque, em realidade, não se trata de distância a ser superada, porém, de continuidade vivente de elementos que não se anulam por se ter essa pré-compreensão, ou do desenvolvimento de uma ciência metódica. O problema hermenêutico, na verdade, é universal e fundamental para toda experiência inter-humana da história e do presente, porque já sempre se está inserto em uma situação hermenêutica. (ALFLEN DA SILVA, 2000)

O compreender (bem como o interpretar), nessa tradição, pertence à experiência humana no mundo. Por isso os doutrinadores da hermenêutica constitucional contemporânea

¹⁵ Segundo a hermenêutica ontológica, do *Dasein* decorre que “*não pode a interpretação, no mundo jurídico, ser privilégio dos juristas-teóricos nem práticos, [porque] também a coletividade interpreta, o cidadão, o destinatário da norma jurídica*” (ALFLEN DA SILVA, 2000). “*Deste modo, tão-somente é apartada a formação da unidade social, base para a formação de uma unidade política assim como da própria ordem jurídica, que de modo algum é pressuposta, não está dada. De modo contrário, constitui uma tarefa, pois a formação de uma unidade política e de uma ordem jurídica é, antes de tudo, um processo histórico concreto, que necessita da participação consciente da coletividade.*” (ALFLEN DA SILVA, 2000)

¹⁶ Pertinente, a esse respeito, o esclarecimento de Kelly S. A. da Silva (2000): “*(...) é na própria tradição que se encontram os critérios de ‘exatidão’ do resultado da interpretação, pois são as experiências históricas que demonstram o que não é ‘exato’ e não deve ser considerado direito. Este, na verdade, só se desenvolve e se realiza se fundado em uma ordem vivida, formativa e configuradora da realidade histórica, sendo capaz de cumprir sua função na vida da coletividade, assim como no desempenho da tarefa hermenêutica realizadora das normas jurídicas (constitucionais) não é possível se passar por cima das condições da ‘situação’ hermenêutica, na qual já sempre se está inserto*”.

não admitem uma hermenêutica jurídica fundada somente na interpretação dos textos das normas (o aspecto palpável e sensível do fenômeno jurídico). A esse respeito, Eros Roberto Grau¹⁷ entende que não se pode confundir *texto de norma* com *norma jurídica*, pois esta não é dada preliminarmente, mas, ao contrário, é (deve ser) construída. O texto da norma, segundo Kelly S. A. da Silva, é um texto como outro qualquer de literatura: a *exatidão* da “*norma jurídica é obtida não no sentido em que se obtém a verdade ou não pelo método, porém, pela tradição*” (ALFLEN DA SILVA, 2000).

A interpretação, na nova hermenêutica, não é, como se tem visto, mero processo contemplativo ou averiguador de sentido, mas, ao contrário, um processo produtivo¹⁸ (criador) de sentido. Imagina-se que, com isso, passaremos de um Estado de Direito Formal (*formelle Rechtsstaat*) a um Estado de Direito Material (*materieller Rechtsstaat*), i. é, “efetivamente constitucional”, o que será possível por meio da *concretização do direito*¹⁹ – afastando-nos, pois, do formalismo de tipo kelseniano. Nesse sentido, ganha destaque a hermenêutica concretizadora²⁰ de Konrad Hesse, para quem o intérprete deve ter *consciência histórica* ou *hermenêutica*, no sentido heideggeriano.

I. M. Coelho, especialmente em sua *Interpretação Constitucional* (1997), pressupõe a existência de uma parte material na Constituição – aquela onde estão consagrados os direitos fundamentais –, a requerer uma hermenêutica *concretiva*, materializante. Tal concreção, realizada pela interpretação, demandaria uma compreensão vinculada à experiência humana do mundo²¹.

¹⁷ Insta registrar as observações de Streck (2000), para quem “o texto, preceito ou enunciado normativo é alográfico. Não se completa com o sentido que lhe imprime o legislador. Somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão. Assim, o sentido ‘expresso’ pelo texto já é algo novo, diferente do ‘texto’. É a norma. A interpretação do Direito faz a conexão entre o aspecto geral do texto normativo e a sua aplicação particular: ou seja, opera sua ‘inserção no mundo da vida’: as normas resultam sempre da interpretação. E a ordem jurídica, em seu valor histórico-concreto (textos, enunciados), é uma ‘ordem jurídica’ apenas ‘potencialmente’, é um ‘conjunto de possibilidades; um conjunto de normas potenciais’. O significado (ou seja, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa”.

¹⁸ Entende-se que a ordem jurídica não é um direito supra-histórico, fora da existência e experiência humanas, e que a tarefa da hermenêutica constitucional deve estar assentada nos princípios constitucionais e na compreensão de que a Constituição é a ordem jurídica fundamental, determinante de princípios diretivos. Por meio da tarefa hermenêutica, amplia-se a compreensão constitucional, destacando-se a Jurisdição Constitucional por meio do criacionismo jurisprudencial, que visa a dar um conteúdo básico às abertas normas constitucionais.

¹⁹ A nosso ver, no entanto, a *nova hermenêutica*, alegando fundar um Estado de Direito Material, acaba por expor a risco esse mesmo Estado, erigido pelo positivismo jurídico.

²⁰ Nessa hermenêutica, a norma constitucional somente alcança efetividade no momento histórico em que ocorre a sua aplicação, possível somente porque o intérprete, compreendendo a norma em relação às condições históricas e sociais, materializa-a, concretiza-a (cria-a).

²¹ Ainda com I. M. Coelho (1997), temos que a interpretação adequada é a que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa (constitucional) dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. O papel da linguagem, nesse contexto, é decisivo, especialmente depois da declaração de Ferdinand Saussure, consoante a qual se deve ter uma compreensão estrutural da linguagem, em correlação com as estruturas e as mutações sociais.

5. Hermenêutica e faticidade (ou de como se pretende que a interpretação não esteja apenas em uma sentença teórica enunciativa)

M. Heidegger provocou, como temos nos dedicado a demonstrar, o giro ontológico na hermenêutica, ressaltando o papel do sujeito-intérprete e propondo que o conhecimento – no que concerne à interpretação – não se limita à análise dos fenômenos, mas é inerente à própria interpretação (realizada por um sujeito vivente e operante). Também por influência dele há, na obra de I. M. Coelho, Kelly S. A. da Silva e L. Streck, um retorno a W. Dilthey, ao ressaltar-se a diferença entre o processo de conhecimento nas *ciências do espírito* (compreensão, entendimento) e tal processo nas *ciências da natureza* (explicação). Disso decorre o fundamental papel da linguagem como condição de possibilidade para o estabelecimento de uma correspondência entre a forma representativa e o desenvolvimento do pensamento.

Para essa filosofia hermenêutica não é suficiente o conhecimento do significado das palavras *isoladamente* (para, em momento posterior, entender-se o sentido das frases usadas como forma de expressão no contexto de um discurso ou em um texto). É necessário, como vimos, que se investiguem o contexto do texto e o contexto do discurso.

O processo interpretativo é reconhecido como essencial ao conhecimento. Há cânones relacionados ao sujeito que devem ser controlados para que se obtenha o resultado epistemológico esperado, em especial quanto à reconstrução normativa. Cânones subjetivos são, *verbi gratia*, a *atualidade do entender*, a *congenialidade hermenêutica* e a *adequação* (sócio-histórica) do *entendimento*.

A reconstrução (criação) ocorre a partir das interferências recíprocas entre a *atualidade* da interpretação e a *autonomia* do texto a interpretar. Tal não ocorre na hermenêutica jurídica clássica²² (declarativa), em que a interpretação da norma busca a declaração de seu conteúdo, i. é, a expressão do pensamento pela lei veiculado (realmente, a lei, na hermenêutica jurídica tradicional, deve ser considerada objetivamente, de acordo com a sua formalidade original).

Pressupõe a hermenêutica ontológica haver uma continuidade histórica das objetivações do espírito nas diversas épocas. Cuida-se de uma sucessiva transmissão do patrimônio histórico e cultural, de uma continuidade de vida e de desenvolvimento. J. J. Gomes Canotilho (1998) e I. M. Coelho (2002) aportam para suas obras esse assentamento. Realmente, o eminente jurista português assinala que os estudantes chegam à universidade *carregados* de

²² Segundo a tradição hermenêutico-ontológica heideggeriana, *compreensão e interpretação* (que é a formação da *compreensão*) são, como vimos, modos de ser do *Dasein*, que não se satisfaz com a mera e pouco democrática (porque excludente) decifração do que *está* nos textos, incapaz de contribuir para a realização ontológica do ser-no-mundo (esse caráter antidemocrático da *decifração*, no entanto, não é, propriamente, uma preocupação da filosofia heideggeriana, mas sim, da interpretação constitucional que dela decorre).

memórias constitucionais, lembranças que se traduzem em um conhecimento difuso, feito de imagens, representações e ideias não-rationais sobre os principais problemas com que deparam a teoria e a prática constitucionais. São noções vagas e imprecisas que, ao largo da formação acadêmica, serão ordenadas.

I. M. Coelho, por sua vez, assere, no particular, que

nos cursos de especialização, cujos alunos transformaram a sua pré-compreensão estudantil em pós-compreensão profissional – em verdade uma ‘nova pré-compreensão’, que lhes balizará os passos seguintes, e assim sucessivamente –, nesse contexto ‘ideológico’ sobe de importância o papel dessas vivências e memórias, porque todos os participantes já estão afeitos ao jogo de linguagem do direito, e seus conhecimentos demandam, quando muito, apenas aprimoramentos conceituais e/ou refinamentos teóricos, uns e outros só plenamente alcançáveis na troca de ideias e de experiências entre os interlocutores. (COELHO, 2002)

Dito de modo simplíssimo, o intérprete, ao aproximar-se do texto, o faz já com a sua pré-compreensão, com os seus pré-juízos. Com base nessa sua *memória* cultural (linguagem, teorias, mitos etc.) realiza uma primeira interpretação do texto. Esse primeiro esboço de interpretação pode ser mais ou menos adequado, certo ou errado. Se é adequado esse primeiro esboço de interpretação, pondera H-G Gadamer, só a análise ulterior do texto (do *texto* e do *contexto*) o dirá, i. é, se corresponde ou não ao que o texto diz (REALE e ANTISERI, 1991). E se essa primeira interpretação contrasta com o texto, em desconformidade com ele, então o intérprete deverá elaborar um *segundo esboço de sentido*, vale dizer, outra interpretação – que depois será posta à prova em relação ao texto e ao contexto –, a fim de verificar a sua adequação.

E assim por diante ao infinito, já que a função do hermeneuta é função infinita e [mas] possível. Com efeito, cada interpretação se efetua à luz do que se sabe; e o que se sabe muda; no curso da história humana, mudam as perspectivas (ou conjecturas ou pré-juízos) com que se olha um texto, cresce o saber sobre o ‘contexto’ e aumenta o conhecimento sobre o homem, a natureza e a linguagem. (REALE e ANTISERI, 1991)

Em razão disso, as mudanças que ocorrem em nossa pré-compreensão podem constituir, conforme o caso, outras formas de releitura do texto, novas hipóteses interpretativas a serem submetidas à prova, enfim. Eis porque, na hermenêutica ontológica, a interpretação é tarefa infinita: uma interpretação aparentemente adequada pode mostrar-se (ou ser demonstrada) incorreta (ou imperfeita), além de serem sempre possíveis novas e melhores interpretações, pois, conforme a época histórica em que vive o intérprete (historicidade do ato interpretativo), e com base no que ele sabe (pré-compreensão), “*não se excluem interpretações que, precisamente, para aquela época e para o que na época se sabe, são melhores ou mais adequadas do que outras*” (REALE e ANTISERI, 1991).

Essa a razão porque afirma H-G Gadamer que não parte o intérprete para o texto como “*tábula rasa*”: sua mente é, antes, *tábula plena*, permeada de pré-juízos, ou seja, de expectativas e de ideias. Não há, ademais – entende o professor de Leipzig –, como negar que existe sempre um choque entre alguma parte da pré-compreensão do intérprete e o texto que atrai a sua atenção, “*seja quando o texto não apresenta sentido algum, seja quando o seu sentido contrasta irremediavelmente com as nossas expectativas*” (GADAMER, 1993). São esses choques, diz H-G Gadamer, que forçam o hermenauta a se dar conta dos seus próprios pré-juízos e a movimentar a cadeia das interpretações sempre mais adequadas.

(...) quem procura compreender fica exposto aos erros derivados de pressuposições que não encontram confirmação no objeto. Consequentemente, a compreensão de tudo o que se tem para compreender consiste toda na elaboração desse projeto preliminar, que obviamente é revisto continuamente com base no resultado da penetração ulterior no texto. (GADAMER, 1993)

É assim – e somente assim – que emerge (progressivamente) a alteridade do texto. O intérprete desvela o que o texto diz e chega a descobrir a diversidade da sua mentalidade ou talvez a distância da sua cultura (somente) partindo daquelas atribuições de sentido que constrói a partir da sua pré-compreensão (que corrige e descarta sob a pressão do texto). Por isso a lição de H-G Gadamer:

(...) quem quiser compreender um texto deve estar pronto a deixar que ele lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência educada hermeneuticamente deve ser preliminarmente sensível à alteridade do texto. Essa sensibilidade não pressupõe ‘neutralidade’ objetiva nem esquecimento de si mesmo, mas implica uma precisa tomada de consciência das próprias pressuposições e dos próprios pré-juízos. É preciso ter consciência das próprias prevenções para que o texto se apresente em sua alteridade e tenha concretamente a possibilidade de fazer valer o seu conteúdo de verdade em relação às pressuposições do intérprete. (GADAMER, 1997)

As pressuposições ou pré-juízos do intérprete, ressalte-se, não devem amordaçar o texto nem silenciá-lo. O intérprete deve ser sensível à alteridade do texto: o texto não é pretexto para que só o intérprete fale. O intérprete deve falar para escutar o texto, ou seja, deve propor um sentido após o outro, um sentido melhor e mais adequado do que o outro, para que o texto apareça sempre mais em sua alteridade, como realmente é. Desse modo, “*um compreender realizado com consciência metodológica não deve tender simplesmente a levar a termo as suas próprias antecipações, mas também a torná-las conscientes para poder verificá-las e assim alicerçar a compreensão sobre o próprio objeto a interpretar*” (GADAMER, 1997).

M. Heidegger exigia que o tema da pesquisa fosse *assegurado* com base no próprio objeto, mediante elaboração explícita dos componentes pré-constitutivos da situação hermenêutica (pré-disponibilidade, pré-vidência e pré-cognição). A esse respeito, H-G Gadamer (1997) assere que

“não se trata de modo algum de defender-se da voz que nos fala do texto, mas, ao contrário, de manter longe tudo o que pode nos impedir de ouvi-lo de modo adequado. São os pré-juízos de que não temos consciência os que nos tornam surdos para a voz do texto”.

6. Interpretação e história dos efeitos

Para H-G Gadamer, o autor de um texto é um elemento ocasional²³ (o autor não é o seu produtor). Uma vez gerado, um texto tem vida autônoma; tem, por isso, *verbi gratia*, efeitos sobre a história posterior (efeitos não previstos nem imaginados pelo autor). Essas consequências do texto entram em simbiose com outros produtos culturais. A história dos efeitos de um texto sempre determina mais plenamente o seu sentido. O intérprete relê o texto também à luz da história dos seus efeitos.

É em razão da história dos efeitos que se diz, por vezes, a respeito de determinada interpretação, que se avançou muito além do que teria querido dizer o autor do texto, isto é, que o intérprete teria exorbitado. Para os criacionistas do Direito, essa crítica não apresenta maiores problemas. Em verdade, entende-se que não há porque buscar-se, como elemento de interpretação, a *voluntas legislatoris*, i. é, a vontade do legislador, que é (apenas) o autor de fato (nos sistemas da *civil law*) do texto da norma.

Com efeito, segundo Emilio Betti (1949; 1990), não deve o intérprete do direito ficar preso ao texto, como o historiador aos fatos passados. Tendo mais liberdade, pode avançar mais, dando mesmo à lei uma significação imprevista ou completamente diversa da esperada ou pretendida pelo legislador, desde que autorizado pelas valorações emergentes ou pelo desenvolver-se do processo histórico. Ademais, é tarefa do Poder Judiciário desvelar e realizar, em suas decisões, os valores (SICHES, 1973) que são imanentes à ordem jurídica e que não chegaram – ou chegaram de modo incompleto – aos textos das leis escritas (o que seria um ato de reconhecimento). As soluções dos casos concretos – entende-se – não podem continuar a fundar-se em cogitações simplesmente dadas a um sujeito que não é “desmundanizado”, porque a ordem jurídica não está dada. Sua formação é um processo histórico²⁴ e concreto que demanda a participação consciente da coletividade.

²³ Como se vê, parece ter se equivocado Ronald Dworkin, ao defender, em *O Império do Direito* (1999), a tese de Jurgen Habermas, para quem seria a interpretação uma via de mão dupla, estando autor e intérprete em posições distintas, mas igualmente relevantes para a fixação do sentido do texto, por oposição à de H-G Gadamer (que entenderia cumprir ao intérprete perseguir o sentido fixado pelo autor, o que, como se percebe, não está correto).

²⁴ Para a hermenêutica jurídica contemporânea, a *ordem jurídica* se atualiza pela temporalização: é uma ordem histórica. Tal tarefa é levada a efeito pelo *Dasein* – o intérprete –, que se (a) atualiza (temporaliza) e vai ao encontro dos entes.

Por outras palavras, a distância temporal que separa o intérprete do momento do aparecimento do texto não representa obstáculo à sua compreensão: *“quanto mais nos afastamos cronologicamente do texto, mais deveremos nos aproximar dele com melhor compreensão, posto que aumentam aqueles dados de consciência que nos põem em condições de descartar as interpretações errôneas ou menos adequadas e substituí-las por interpretações novas e mais justas”* (REALE e ANTISERI, 1991). Não é que uma interpretação seja válida simplesmente por ser mais recente, mas sim que uma interpretação é válida até que seja obtida interpretação melhor. Ademais, propugna-se que o crescimento do saber comporta a eliminação *“daqueles suportes que tornam válida uma interpretação e, com isso, a urgência de formular e experimentar uma outra (que talvez até já houvesse sido proposta no passado, mas que, na época, foi descartada por motivos talvez considerados válidos na época)”* (REALE e ANTISERI, 1991).

Dessa maneira é que a hermenêutica ontológico-histórica prescreve que, em toda compreensão, está sempre presente a história dos efeitos, saiba ou não disso o intérprete. Uma obra gera efeitos (tem consequências) que *“o autor não vê e não pode ver”²⁵, mas que determinam aquela situação hermenêutica dentro da qual o intérprete interpreta a obra* (REALE e ANTISERI, 1991). Os efeitos da obra sob interpretação estão entre as condições de interpretação da obra.

A consciência histórica deve tomar consciência do fato de que, na pretensa imediaticidade com que ela se situa diante da obra ou do dado histórico, também age sempre essa estrutura da história dos efeitos, ainda que inconscientemente e, portanto, não controlada. Quando nós, da distância histórica que caracteriza e determina no seu conjunto a nossa situação hermenêutica, nos esforçamos por compreender determinada manifestação histórica, já estamos sempre submetidos aos efeitos da *Wirkungsgeschichte*. (GADAMER, 1993)

A história dos efeitos decide, de forma antecipada, sobre o que se apresenta como problemático e como objeto de pesquisa. O tempo não é, pois, abismo que deva ser transposto, ao contrário²⁶. O que importa é reconhecer, na distância temporal²⁷, uma positiva

²⁵ Reale e Antiseri ponderam que o cientista não vê todas as consequências da teoria que criou; não as vê porque não pode, pois lhe faltam aqueles pedaços de saber que *“permitiriam a sua extração”*; não vê, desse modo, o desenvolvimento histórico da sua teoria. O historiador da ciência, porém, *“em face da relativa distância do tempo da descoberta da teoria, vê mais e melhor do que o próprio criador da teoria”* (REALE e ANTISERI, 1991). Vê coisas que esse último sequer sonhava em inserir no texto. *“E o historiador vê melhor a teoria porque também vê à luz da história dos efeitos da própria teoria. E o que dissemos de uma teoria científica vale para qualquer obra humana e para qualquer texto.”* (REALE e ANTISERI, 1991)

²⁶ *“A interpretação de uma obra é menos simples quando não conhecemos a história dos seus efeitos”*, afirmam Reale e Antiseri (1991).

²⁷ Até porque não se pode fazer a mesma experiência duas vezes (H-G Gadamer), de modo que o intérprete atual não se pode transferir ao espírito objetivado em outra época para reconstruir um *agora-não-mais*, considerando o intervalo entre o tempo passado e o presente como algo a ser superado. Não se trata, a distância no tempo, de um obstáculo a ser superado ou de um limite intransponível pela certeza metódica, mas sim, de uma condição de possibilidade positiva e de produtividade hermenêutica, porque conserva o que continua sendo determinado pela interpretação.

e produtiva possibilidade de compreender. Assim é que se deve entender a dificuldade que advém das tentativas de compreender obras ou movimentos artísticos contemporâneos, que não têm, ainda, a sua história, e dos quais não se conhecem as consequências e seu entrelaçamento (mais ou menos fecundo) com os outros acontecimentos da cultura.

7. Razão e tradição

H-G Gadamer (1997) lembra que foi Francis Bacon quem submeteu a análise a tradição em oposição à liberdade da razão, vendo nela um dado análogo ao da natureza. A tradição lhe aparece como o oposto exato da livre autodeterminação, já que a sua validade não necessita de nenhuma motivação racional, mas nos determina de modo maciço e não problemático. Contra os iluministas, H-G Gadamer afirma os *eventuais direitos da tradição*; contra os românticos, faz valer a *força da tradição da razão*. Por isso não vê H-G Gadamer (2002) contraste entre *tradição e razão*.

Por mais que possa ser problemática a restauração deliberada de tradições ou a criação deliberada de tradições novas, igualmente prenhe de pré-juízos e, na substância, profundamente iluminista é a fé romântica nas ‘tradições arraigadas’, diante das quais a razão deveria apenas calar. Na realidade, a tradição é sempre um momento da liberdade e da própria história. Até a mais autêntica e sólida das tradições não se desenvolve naturalmente em virtude da força de persistência do que se verificou outrora, mas tem necessidade de ser aceita, de ser adotada e cultivada. Ela é essencialmente conservação, aquela mesma conservação que está sempre ocorrendo paralela e internamente de toda mudança histórica. Mas a conservação é ato da razão, naturalmente ato caracterizado pelo fato de não ser aparente. Por isso, a renovação, o projeto do novo, parece o único modo de operar da razão. Isso, porém, é só aparência. Até onde a vida se modifica de modo tempestuoso, como nas épocas de revolução, na pretensa mudança de todas as coisas se conserva do passado muito mais do que qualquer um pode imaginar, solidificando-se junto ao novo para adquirir validade renovada. Em todo caso, a conservação é ato de liberdade tanto quanto a subversão e a renovação. Por isso, tanto a crítica iluminista da tradição quanto a sua reabilitação romântica não colhem a verdade de sua essência histórica. (GADAMER, 2002)

8. A teoria da experiência

H-G Gadamer faz a seguinte observação, na seção *O conceito de experiência e a essência da experiência hermenêutica* de *Verdade e Método*: “O que precisamos reter para a análise da consciência da história efetual é exatamente isso: ela tem a estrutura da experiência” (1997). *Experiência*, diz H-G Gadamer, é conceito entre os menos claros que possuímos: “uma vez que na lógica da indução desempenha uma função decisiva para as ciências da natureza, esse conceito viu-se submetido a uma esquematização epistemológica que me parece mutilar grandemente o seu conteúdo originário” (*Idem*). Para H-G Gadamer é preciso, pois, encontrar o *conteúdo originário* da experiência.

A esse respeito, Reale e Antiseri (1991) lembram que, para H-G Gadamer, um momento verdadeiro da estrutura da experiência é o seguinte:

‘Que a experiência seja válida até ser contraditada por nova experiência (*ubi non reperitur in instantia contradictoria*) é um dado que caracteriza obviamente a natureza geral da experiência, tanto em se tratando de sua organização científica em sentido moderno como em se tratando da experiência comum que o homem realiza desde sempre’. (...) ‘Somos um *Vorverständnis* entretecido de *Vorurteile*’. E esses pré-juízos podem se chocar em instâncias negativas. Pois são precisamente esses *choques* (substancialmente, contradições) que constituem a experiência. E nisso reside a abertura fundamental da experiência em direção da nova experiência, não somente no sentido geral de que os erros encontram a sua correção, mas também no sentido de que ela se orienta essencialmente para uma confirmação contínua, tornando-se necessariamente diferente do que era no caso de faltar essa confirmação (*ubi reperitur instantia contradictoria*)’.

Aristóteles, segundo H-G Gadamer, compara as múltiplas observações, que o observador faz, a um exército em fuga:

Também as observações são fugidias. Mas, nessa fuga geral, quando uma observação encontra confirmação repetida, então ela permanece. E aí se tem um ponto de parada na fuga geral. Se outros pontos se acrescentam a ele, ordenando-se ao seu lado, no fim das contas todo o exército dos fujões se detém e obedece novamente ao comandante único. A unidade de comando traduz aí em imagens o que é a ciência. A imagem quer mostrar, em geral, como se pode chegar à ciência, isto é, à verdade universal, que, porém, não pode depender da casualidade das observações, mas deve valer por uma universalidade real. Mas como, pergunta-se Gadamer, tal universalidade pode surgir da acidentalidade das observações? (REALE e ANTISERI, 1991)

Pressupõe, assim, que Aristóteles já observara a existência de algo comum na fuga das observações, que chega à estabilidade e se desdobra como universal (interessa, porém, ao estagirita, quanto à experiência, apenas a contribuição que ela dá à formação do conceito). Importante, porém, é também o processo da experiência, conforme H-G Gadamer.

Esse processo (...) é essencialmente [um] processo negativo. Não é facilmente descritível como a formação não descontínua de universalidades típicas. Essa formação se desenvolve muito mais através de processo em que generalizações são continuamente contraditas pela experiência e algo que era considerado típico é, por assim dizer, destipificado. Isso já se expressa na linguagem, quando nós falamos da experiência em dois sentidos: por um lado, das experiências que se inserem ordenadamente em nossas expectativas e, por outro lado, das experiências que alguém ‘faz’. (GADAMER, 2002)

Essa última é a *experiência autêntica*, sempre uma experiência *negativa*: “Quando dizemos que fizemos determinada experiência, pretendemos dizer que, até então, não havíamos visto as coisas corretamente e que agora sabemos melhor como elas são” (GADAMER, 2002).

A negatividade da experiência tem, portanto, sentido particularmente *produtivo*. Reale e Antiseri afirmam que, desse modo, o objeto a respeito do qual se faz uma experiência não pode ser um objeto particular qualquer; deve “*ser um objeto tal que, na experiência que se faz, não só se adquire um saber melhor sobre ele, mas também sobre aquilo que antes se*

considerava saber, isto é, sobre algo universal. A negação em virtude da qual isso acontece é negação determinada. Esse tipo de experiência é o que chamamos de experiência dialética” (REALE e ANTISERI, 1991).

Reitere-se: para H-G Gadamer, experiência autêntica é sempre experiência negativa (é a contradição do que esperava o intérprete, é a contradição de seu *Vorurteile*). Esse tipo de experiência chama-se *experiência dialética* e tem como referência Georg Wilhelm Friedrich Hegel:

O ponto de referência para esse aspecto dialético da experiência não é mais Aristóteles, e sim Hegel. É nele que a historicidade vê reconhecidos os seus direitos. Hegel pensa a experiência como o ceticismo em ato. Já vimos que a experiência que alguém realiza muda todo o seu saber. A rigor, nunca se pode ‘fazer’ duas vezes a mesma experiência. Mas é característico da experiência o fato de ser sempre confirmada. (REALE e ANTISERI, 1991)

9. A Hermenêutica ontológica e a concretização (criação) judicial do Direito

Também no plano jurídico, maiormente na seara da jurisdição constitucional, a atividade jurídico-hermenêutica vem sendo entendida como procedimento historicamente situado, repugnando, nessa medida, a noção de interpretação definitiva. O intérprete entende que o saber é constituído mais de pré-juízos que de juízos e que, nesse passo, ser jurista-intérprete consciente da história *efeitual* implica ser consciente de que o homem compreende dentro de certos limites – os limites de sua historicidade e de sua tradição²⁸.

I. M. Coelho (1997) ratifica, ainda, no âmbito jurídico, a inevitabilidade do círculo hermenêutico, i. é, do significado constitutivo da pré-compreensão para o processo de compreensão. Tal é a influência que sofre²⁹ de H-G Gadamer e de M. Heidegger na reverberação da tese de que *interpretação, aplicação e construção*³⁰ formam um contexto inseparável. Por essa razão, declara, é apenas em virtude do labor hermenêutico de ajustamento

entre normas e fatos – tarefa em que se fundem, necessária e inseparavelmente, a compreensão, a interpretação e a aplicação dos modelos jurídicos –, que se põe em movimento o processo de ordenação jurídico-normativa da vida social, posto que é precisamente no ato e no momento da interpretação-aplicação que o juiz desempenha o papel de agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto³¹ (COELHO, 1997).

²⁸ É na tradição que se encontram os critérios de exatidão do resultado da interpretação, pois são as experiências históricas que demonstram o que não deve ser considerado *Direito*. Por isso não é possível, no desempenho da tarefa hermenêutica realizadora das normas jurídicas (sobretudo as constitucionais), ignorar as condições da situação hermenêutica, *na qual já sempre se está inserto* (por outras palavras, a norma jurídica deve ser produzida nos limites da situação hermenêutica dados pela própria tradição).

²⁹ Assim como diversos outros autores, entre os quais Lênio Luiz Streck e Kelly Suzane Alflen da Silva.

³⁰ *Subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi et subtilitas applicandi*.

³¹ Tal atividade, de incontestável caráter criador, levada a efeito pelo sujeito da interpretação, consiste na criação da norma do caso (a decisão concreta).

Outrossim, adverte o professor brasileiro, é “*essa, também, a razão porque H. G. Gadamer chega a afirmar que ‘compreender é sempre aplicar’*” (COELHO, 1997), consistindo a tarefa da interpretação “*em concretizar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação*” (*Idem*). Tal mister revela-se possível, segundo entende, porque, conforme lições do próprio H-G Gadamer (1997), o processo de compreensão envolve o universo de experiência no qual o texto foi concebido e o universo de experiências do intérprete, sendo objetivo desse processo a fusão dos dois universos referidos³².

Do quanto exposto até o momento, podemos assentar que, para os hermeneutas contemporâneos, entre os quais, especialmente, os constitucionalistas, interpretar uma lei significa compreendê-la, previamente, na plenitude dos seus fins sociais³³, que lhes permitirão penetrar na estrutura das significações particulares e concretizá-las (a compreensão derradeira). Quer-se correlacionar, coerentemente, o *todo* da lei com as suas *partes*, diferentemente da tradição interpretativa clássica, consistente na análise fragmentária dos textos legais. Nessa ordem de ideias, afigura-se um quase contra-senso entender o processo interpretativo como uma forma de captação do valor das partes inseridas na estrutura da lei, que, segundo se estipula, são inseparáveis do sistema e do ordenamento de que fazem parte³⁴.

De fato, a hermenêutica da viragem linguístico-ontológica propugna que os valores e objetos culturais (COELHO, 2002) não se podem explicar segundo nexos causais, devendo, antes, ser objeto de um processo compreensivo realizado por meio de uma confrontação do todo com as partes e destas com aquele (Fr. Schleiermacher). Na esteira dessas concepções, nada tão equivocado quanto aplicar isoladamente um dispositivo de lei recém-sancionada, em desconsideração de seu papel no quadro legislativo.

³² Desse modo, o processo de compreensão jamais seria uma conduta meramente *reprodutiva*: antes, esse esforço deve representar uma conduta *produtiva*.

³³ A compreensão finalista ou interpretação teleológica, hoje muito em voga, vem se afirmando desde as contribuições fundamentais de Rudolf von Ihering, em *El Fin en el Derecho*. Atualmente, essa compreensão é desenvolvida pela *teoria do valor e da cultura*, em especial em razão do próprio valor “fim” (motivo racionalmente determinante da ação) protegido pelo legislador.

³⁴ Segundo Robert Alexy, há pelo menos quatro fortes razões para justificar o fato de que, em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento acerca de uma questão legal não é (mera) conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas (DANTAS, 2008), tomadas junto com afirmações de fatos comprovada ou pressupostamente verdadeiros, o que rompe com o esquema clássico: “(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto” (ALEXY, 2001).

Tal hermenêutica, no plano jurídico, apresenta as seguintes teses:

- a) o conhecimento do objeto não é igual ao objeto do conhecimento (em vista da função *constitutiva* e *transformadora* que o sujeito desempenha *por direito próprio* no âmbito da relação ontognosiológica) (COELHO, 2002);
- b) os objetos *culturais* (entendidos como realidades *significativas* ou objetivações do *espírito*), entre os quais o Direito, exigem maior criatividade do sujeito para se revelarem em toda a sua plenitude, não se devendo exigir “*mais objetividade aos sujeitos da interpretação*” (COELHO, 2002);
- c) toda interpretação jurídica é de natureza teleológica, fundada na consistência axiológica do Direito (REALE, 1986; COELHO, 1997; COELHO, 2002);
- d) toda interpretação jurídica dá-se em uma estrutura de significações, e não de forma isolada (ALFLEN DA SILVA, 2000; STRECK, 2000);
- e) cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico (REALE, 1986; REALE, 1978);
- f) *fatos e valores* têm importante implicação no processo interpretativo;
- g) a interpretação é sempre ato situado historicamente, sofrendo, pois, interferência do meio social (e cultural) em que vive o intérprete;
- h) toda interpretação ocorre em razão de um sistema (circular e circundante) que confronta pré-juízos e juízos, pré-compreensão e compreensão;
- i) “*a criatividade judicial* [atividade legítima, que o juiz desempenha *naturalmente* no curso do processo de aplicação do Direito], *ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver racionalmente*” (COELHO, 2002);
- j) “*toda norma só vigora na interpretação que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito* [o sentido jurídico, sendo externo às normas, em certa medida, embora não possa contrariar de todo o seu enunciado, exige a criatividade do intérprete para se revelar completamente]” (COELHO, 2002);
- k) “*o legislador não é o autor material da lei, por virtude de cuja autoridade ela foi promulgada, mas aquele por cuja autoridade ela continua em vigor* [o silêncio desse legislador ideal, que pode desautorizar qualquer interpretação do direito, (...) confere legitimidade à compreensão normativa de juízes e tribunais]” (COELHO, 2002).

Dessa compreensão do problema resulta que o trabalho do intérprete tem natureza construtivo-axiológica³⁵.

³⁵ Miguel Reale (1996) asseire, a propósito, que “*não pode absolutamente ser contestado o caráter ‘criador’ da hermenêutica jurídica (...) para atingir a real significação da lei, tanto mais que esse cotejo [de enunciados lógicos e axiológicos] não se opera no vazio, mas só é possível mediante contínuas aferições no plano dos fatos, em função dos quais as valorações se enunciam*”.

Com efeito, ao contrário dos interpretativistas (corrente declaratória da hermenêutica) – que, embora admitam que o aplicador da Constituição não deva prender-se à literalidade do texto em todos os casos, consideram ofensiva aos princípios democrático e da repartição de poderes a criatividade judicial, i. é, qualquer forma de interpretação dos enunciados normativos que ultrapasse o âmbito do seu significado linguisticamente possível e implique a atribuição, aos juízes, de uma legitimidade que é privativa dos titulares de mandatos políticos legislativos –, os criacionistas, como I. M. Coelho, defendem a legitimidade (em nome da efetividade material da Carta Magna) da invocação de valores substantivos como, *v. g.*, *justiça, qualidade e liberdade* a fim de dotar a magistratura de forte competência interpretativa (hábil, assim, a fundar um verdadeiro *Estado Material Democrático de Direito*). Em termos constitucionais – assinala-se –, a criação judicial encontra mais fértil terreno em face da historicidade e da estrutura do texto constitucional, “*essencialmente conformado por ‘princípios jurídicos abertos e indeterminados’, que só adquirem efetividade com a mediação dos seus aplicadores (...)*” (COELHO, 1997).

Firmado esse entendimento basilar, diriam os criacionistas, ou se confere liberdade ao intérprete para concretizar os princípios constitucionais ou se renuncia à pretensão de *vivenciar* a Constituição (COELHO, 1997), porquanto somente no momento da aplicação das regras de direito são revelados o sentido e o alcance dos enunciados normativos. Dito de outra maneira, com M. Reale (1982), a norma jurídica não é pressuposto, mas *resultado* do processo interpretativo (ou, ainda, a norma é a *sua interpretação*). Tal asserção coincide com aquela feita por P. Häberle (1998), para quem não existe norma jurídica senão *norma jurídica interpretada* (interpretar um ato normativo não seria mais do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública).

É a criação judicial que, segundo os não-interpretativistas, permite a sobrevivência dos textos constitucionais, em razão de sua capacidade de adequá-los à realidade, permitindo que se realize a *mudança constitucional*, i. é, a adaptação não-revolucionária das normas constitucionais aos novos contextos sócio-históricos, por meio da ambientação do texto ao contexto, garantindo o equilíbrio entre a realidade histórica e a superestrutura institucional (HESSE, 1991), bem como a correlação entre a força normativa e a realidade social subjacente à Constituição.

Em defesa da legitimidade constitucional do criacionismo judicial, I. M. Coelho pondera que, “*enquanto o Parlamento ostenta uma legitimidade de ‘origem’, os juízes possuem uma legitimidade ‘adquirida’ pelo modo como exercem a jurisdição. Aos parlamentares, a*

*sociedade confere legitimidade pela eleição; aos juízes, pelo controle do seu comportamento*³⁶” (COELHO, 1997).

10. Hermenêutica e normatividade

De acordo com uma *teoria hermenêutica estruturante* (REALE, 1986; COELHO, 1997; ALFLEN DA SILVA, 2000), concretização do Direito equivale à própria *descoberta* do Direito (que não estava previamente presente na norma dada), vale dizer, ao que será obtido por meio da “*produção de uma norma jurídica geral no marco da solução de um caso determinado*” (ALFLEN DA SILVA, 2000).

Segundo tal entendimento, a *concretização de uma norma jurídica* (em especial a *norma constitucional*) não pressupõe a preexistência da norma em relação ao caso concreto e à sua decisão, pois os conceitos jurídicos interiorizados nos textos de normas não possuem significação nem estabelecem o *sentido* como concepção de um dado prévio e definido. O texto da norma, por ser aberto e abstrato, somente orienta e impõe os limites ao labor hermenêutico (COELHO, 1997). Ademais, *ao final* do processo interpretativo é que surgirá a norma, efetivamente.

É plenamente aceito pelos adeptos da corrente criacionista do Direito que o texto da norma é somente o *ponto de partida*³⁷ para a concretização hermenêutica: a concreção é a própria elaboração da norma³⁸ ainda não existente³⁹ (ALFLEN DA SILVA, 2000; HÄBERLE, 1998; COELHO, 1997; GRAU, 1998).

A *normatividade*, entendem os criacionistas, somente pode realizar-se *no* (pelo) processo de resolução dos casos concretos, em que se declara não o *conteúdo*, mas a *própria norma* jurídica a ser aplicada⁴⁰. O processo de criação do direito inicia-se, pois, não com a

³⁶ Noutro lugar, Coelho (2000) propõe seja reinterpretado o dogma da separação dos poderes, de molde a adaptá-lo ao moderno Estado Constitucional, que, “*sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação política do Poder Judiciário – sobretudo das Cortes Constitucionais –, crescentemente comprometido com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais*”.

³⁷ Mantido, como ponto de partida, no âmbito hermenêutico, a fórmula *ente enquanto ente* – da qual parte E. Betti, ao referir-se ao sentido da norma (*mens legis*) ou ao sentido que queria imprimir o legislador ao tempo da elaboração da norma (*mens legislatoris*) –, haveremos de falar em um desdobramento do espírito-intérprete (Fr. Schleiermacher-W. Dilthey) até a mais imediata proximidade e tangibilidade do espírito-autor, em razão da distância que o separa do ente (a norma) ou da exigência de esforço por parte do intérprete para atingir, mediante uma perene revisão, verificação e confirmação ou justificação do juízo (prescrição normativa) preexistente, a genuína objetividade.

³⁸ Ressalte-se a *circunstanciada* e a *temporalidade* dessa norma, a par de sua *generalidade* (K. Hesse).

³⁹ Não se aceita, como é caro ao positivismo (formalismo) jurídico, que a norma jurídica mesma seja o ponto inicial da interpretação, por meio da qual se concretiza o universal ao particular, com a utilização de procedimento silogístico.

⁴⁰ Justamente no conceito de “normatividade” – que só é possível por uma pré-estrutura ou pré-compreensão – é que se tem *compreensão como aplicação* (H-G Gadamer). Entretanto, esse universo hermenêutico somente é possível pelo fio condutor hermenêutico, que é a linguagem. Uma hermenêutica concretizadora, para ser alcançada, dependeria da formação dos juristas para que produzisse algum resultado.

norma (que é o desfecho, a criatura), mas com o *texto* da norma, que desta difere. Não é só. Parte-se, a *latere* do texto da norma, dos *factos*, das *circunstâncias* e do *direito em vigor*, para se chegar a uma norma (criada judicialmente) dotada de maior concreção do que o texto que serviu de apoio inicial à interpretação. O texto da *norma-decisão* (norma criada) (ALFLEN DA SILVA, 2000) é, pois, mais concreto que o texto da norma.

O processo de concreção, todavia, adverte I. M. Coelho (2002), não obstante apresentar a norma como *resultado* do processo hermenêutico, não implica arbitrariedade, como se poderia imaginar, ou liberdade que possa configurar antijuridicidade. Há limites linguísticos (inclusive) a serem observados (COELHO, 2002). Admitindo não ser possível atingir uma objetividade inexpugnável, colimam os *criacionistas* (*não-interpretativistas*), como mínimo, a redução máxima do subjetivismo⁴¹:

Por tudo isso, acreditamos que o problema da ‘objetividade’ ou da ‘neutralidade’ na interpretação resume-se em encontrarmos aquilo que na teoria do conhecimento se denomina ‘critério de verdade’, graças a cuja utilização pode-se distinguir uma interpretação falsa de uma interpretação verdadeira, independentemente de sabermos que em toda interpretação – enquanto ‘construído’ hermenêutico – não é possível eliminar a participação do intérprete, já que o dualismo sujeito-objeto é da essência do conhecimento e, na relação subjetivo-objetiva, um termo só é o que é enquanto o é para o outro. Pela mesma razão, sob pena de se decretar a ‘morte’ do conhecimento, é inadmissível que, a pretexto de não se posicionar passivamente perante o objeto – como se fora um espelho – o sujeito venha a ocupar os dois pólos daquela relação ‘criando’ a realidade ao invés de apreendê-la, mesmo que essa apreensão se faça ‘ativamente’.

Sabendo (...) que essa busca do absoluto nos encerra num círculo vicioso (...) porque desconhecemos o critério de verdade que permite descobrir o ‘verdadeiro’ critério de verdade –, restou-nos a possibilidade de um conhecimento jurídico razoavelmente objetivo. (COELHO, 1997)

Vê-se, pois, que a definição do programa (método) e a consideração dos fatores sociais e históricos (embora não sejam, esses últimos, dados normativos) conduzem à formação de uma instância normativa segundo um limite metodicamente regulamentado que (pretende-se) “*possa ser racionalmente exposto e reproduzido*” (ALFLEN DA SILVA, 2000).

Os textos de normas, relacionados com as circunstâncias das coisas, formam as *pré-compreensões* linguísticas limitadoras⁴² (COELHO, 1997; ALFLEN DA SILVA, 2000) que, juntamente com as circunstâncias (as coisas concretas a serem regidas pela atividade jurisdicional), constituem elementos indispensáveis à decisão jurídica. Esta, a decisão jurídica, é prolatada por um magistrado (*Dasein*), dotado de linguagem (que, por sua vez, se

⁴¹ Não se admitem verdades constituídas ao arbítrio do jurista-intérprete, precisamente por ser a compreensão uma possibilidade ontológica do *Dasein*, que (como *ser-no-mundo*) se *dá* mundo. De outro lado, a verdade se dá, enquanto e à proporção (em) que o *Dasein* é. *Dasein* é sempre o *Dasein* que já se referiu ao mundo. Dessarte, ao *Dasein*, em seus movimentos de compreensão e interpretação, é possível a abertura de significados que fundam a possibilidade da *palavra* e da *linguagem* (M. Heidegger).

⁴² O intérprete, antes de uma consciência hermenêutica, tem consciência histórica, o que implica ser consciente de que a pré-estrutura linguística que o limita é elaborada pela tradição (GADAMER, 1997).

relaciona com a sua compreensão e com a sua historicidade). O intérprete-criador (juiz) deve utilizar a pré-compreensão⁴³, a compreensão, a linguagem, a sua história pessoal e as circunstâncias sócio-históricas para concretizar a norma jurídica, partindo da posição prévia⁴⁴ (I. M. Coelho): *texto da norma e circunstâncias*. Somente assim resolverá a tensão existente entre as *coisas mesmas* e a *linguagem das coisas*: as coisas vêm na linguagem das coisas; as coisas são co-determinantes da norma jurídica e da sua concretização (ALFLEN DA SILVA, 2000).

Esse intérprete tem a pré-estrutura da tradição de que faz parte. Essa, por sua vez, deve ser utilizada de modo que os fatos e as normas possibilitem ao processo de concretização ser estruturável, controlável e discutível. Quer-se, enfim, que possuam as decisões jurídicas a racionalidade e a exatidão possíveis⁴⁵ – não “exatidão” nos moldes do formalismo kelseniano, mas exatidão que tenha por base um método⁴⁶ e a utilização de prévias estruturas sociais e

⁴³ A pré-compreensão (M. Heidegger; H-G Gadamer) apresenta-se não só como estrutura do *ser-no-mundo* (*In-der-Welt-Sein*), “*que vincula o ser compreendido à coisa que deve ser compreendida, porém, também, como condição de possibilidade, no âmbito jurídico, do desenvolvimento da Ciência Jurídica e da concretização das normas jurídicas, já que isso depende do Vorhabe (ter-prévio), do Vorgriff (pré-conceito) e do Vorurteil (prejuízo) do jurista em relação ao mundo*” (ALFLEN DA SILVA, 2000). Essa pré-estrutura tem, como *medium*, a *linguisticidade* de toda compreensão (GADAMER, 2002). Apesar disso, não há retorno a um subjetivismo, porque a linguagem não pode ser concebida como um desenho prévio do mundo, como produto de uma consciência individual (nem de um espírito típico), já que o intérprete, antes de ter uma consciência hermenêutica, tem que *ser* uma consciência histórica, o que implica não apenas ser consciente de que a pré-estrutura é elaborada pela tradição (que tem esse fio condutor), porém também ter de livrar-se dos pré-juízos em sentido negativo.

⁴⁴ Essa é a posição que o intérprete, sujeito vivo e operante, assume (COELHO, 2000) a respeito das objetivações (é nele, sujeito, que surgem conceitos, representações). Disso decorre que, caso se entenda a fórmula *ente enquanto ente* utilizada por E. Betti para referir-se à norma (*mens legis*) ou ao sentido que lhe teria dado o legislador ao tempo de sua elaboração (*voluntas legislatoris*) como ponto de partida para o trabalho hermenêutico, dever-se-á entender, de consequência, que a aparente distância entre o ente e o sujeito forçará este a desdobrar-se até que possa **tocar** a lei (norma), atingindo a genuína objetividade (o que pode fazer por meio de perenes revisão, verificação e confirmação de um juízo pré-existente).

⁴⁵ A exigência de uma racionalidade e de uma exatidão possível nas decisões jurídicas decorre, segundo se postula, da impossibilidade de uma racionalidade integral, baseada em uma objetividade consistente no *reencontro total* do *texto de norma* e do *caso de espécie* sem pressupostos, viabilizada pelo método. “*Pela exigência de uma racionalidade ótima, das decisões jurídicas e, por consequência, da concretização das normas jurídicas de um Estado de Direito Democrático não se visa a um perfeccionismo utópico, porém, simplesmente, que no processo de concretização estejam presentes de tal forma o esforço da mediação das circunstâncias das coisas, do texto de norma, do programa normativo do âmbito normativo por intermédio e nos limites de uma metodologia jurídica (no sentido de Fr. Muller), quer dizer, conforme os momentos constitutivos do processo de concretização particulares.*” (ALFLEN DA SILVA, 2000)

⁴⁶ Desse modo, seguindo as orientações heideggerianas e gadamerianas, a questão do método, na hermenêutica jurídica e na hermenêutica filosófica, deve se situar em **algo como algo** (*Etwas als Etwas*) do *ser-no-mundo* (*In-der-Welt-sein*), e não no *Als apofântico*, embora a interpretação jurídica continue a manter-se (paradigma tradicional) com base na ontologia do *simplesmente dado*, sobretudo em razão da tradução do *λογος* que, em geral, continuou como *Als apofântico* (enunciado, simplesmente), cujo fundamento reside na análise lógica da linguagem – não no sentido aristotélico, em que o *logos* apresenta-se como o modo de ser do *Dasein* (M. Heidegger), podendo, nessa medida, ser *desocultador* ou *ocultador*. Consoante as formulações da hermenêutica de índole ontológica, o *logos* pode ser empregado não só como discurso, mas também como fenômeno que se mostra como tal e pode ser interpelado como algo que se tornou visível em sua relação com outra coisa. Nessa esteira, a compreensão (sobretudo na hermenêutica jurídica) não pode mais se dar, pelos juristas-intérpretes – quer no âmbito da atividade legislativa, quer no da judicial; quer nas faculdades de Direito, quer pelos doutrinadores –, com base no *Als apofântico*; ao contrário, deve fundar-se no *Als hermenêutico*, que requer uma análise hermenêutico-fenomenológica.

históricas –, de forma a garantir a legitimidade e a possibilidade de controle do processo de mediação das circunstâncias das coisas, do texto das normas, do programa e âmbito normativos e, por fim, da *norma criada*.

11. Síntese da hermenêutica ontológica

Sobretudo após a unificação da hermenêutica (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*) proposta por H-G Gadamer, o processo de interpretação da norma jurídica constitucional abandonou o dar-se em sua concretude pelo silogismo jurídico (subsunção do particular ao geral), bem como o dar-se por uma construção conceitual obtida por critérios lógicos dentro de um marco puramente cognitivo (abstrato), sem uma relação com as coisas ou com o ser-no-mundo (M. Heidegger). Na hermenêutica da viragem linguístico-ontológica, a norma jurídica é (entende-se) produzida de forma total no curso de todo o processo de concretização, representando o resultado do trabalho jurídico uma fase *intermediária* entre a *norma* e a *decisão* que, por ser ainda mais concreta, regula o caso sob julgamento.

Há, vê-se, um deslocamento do *normativo* para o *concreto*. Insta ressaltar que isso não significa (segundo se postula) que o processo de concretização se realize de modo livre, arbitrário ou a-jurídico, pois, conforme Alflen da Silva (2000), “*todos os graus do âmbito de espécie, com exceção das circunstâncias das coisas (âmbito fatural do âmbito normativo), são preparados com base na produção de dados normativos*”. Em síntese, o texto da norma relacionado com dados linguísticos conduz à elaboração do *programa normativo*: “*o texto de norma relacionado com os dados reais conduz à delimitação do âmbito da norma orientado pelos adotados pelo programa da norma*” (ALFLEN DA SILVA, 2000). Consequentemente, o *programa da norma* e o *âmbito da norma* fornecem o conjunto da norma jurídica (normativa), que, uma vez realizada em função do caso individual, produz a *norma-decisão*.

Na hermenêutica constitucional contemporânea, o magistrado é o principal sujeito do processo de concretização, que tem por função não só o desvelar da norma jurídica, mas também, por consequência, o desenvolvimento da ciência jurídica, pois concretizar a norma jurídica significa *construir* a norma jurídica (MULLER, 2000), de modo que essa possa ser racional e metodicamente cumprida “*e ser imputada a certos textos precisos do direito em vigor. Dessa forma, nem um texto de norma nem uma norma jurídica anteriormente formulada e que esteja elaborada por este texto pode por si só atualizar um problema jurídico*” (ALFLEN DA SILVA, 2000). O texto da norma e as circunstâncias – as coisas concretas – a serem regradadas não são detalhes que devam ser inter-relacionados; antes, constituem, ambos, elementos indispensáveis à decisão jurídica. Porém, como a realização de

uma decisão jurídica é feita por um juiz, encontram-se relacionadas *decisão jurídica* e *realização da decisão jurídica* com a sua *compreensão*, ou seja, com a própria historicidade da existência do indivíduo investido nessa função.

Nesse curso, pré-compreensão não pode se tornar uma pré-compreensão jurídica sem retornar a uma pré-compreensão no sentido da hermenêutica filosófica, porque faz parte da natureza das coisas da vida. A compreensão do jurista⁴⁷ tem, na verdade, a pré-estrutura da tradição da qual faz parte; por isso, deve essa pré-estrutura ser aproveitada no âmbito jurídico, a fim de que os fatos e as normas permitam uma circunscrição clara e diferenciada, de modo que o processo de concretização seja estruturado, controlável e discutível.

É na tarefa do Poder Judiciário, particularmente, que se pode exigir, mediante uma análise fenomenológica, o desvelamento (descobrimento) e a realização (concretização) de valores imanentes à ordem jurídica constitucional, mas que não chega(ra)m – ou chega(ra)m apenas incompletamente – à expressão nos textos das leis escritas por meio de um ato (legislativo) de reconhecimento valorizador. Isso porque “*as soluções aos casos concretos não podem continuar a ser fundadas em cogitationes simplesmente dadas, nas quais também um ego como res cogitans desmundanizada é simplesmente dado*” (ALFLEN DA SILVA, 2000), porquanto a atividade judicante não consiste no contemplar (reconhecer) e no expressar de decisões do legislador, uma vez que a lei escrita (*Als apofântico*) não decide com justeza a situação hermenêutica problemática. É preciso criar a norma jurídica do caso concreto (reduzindo a distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso).

12. Uma alternativa neo-empirista à hermenêutica ontológica

12.1. Hermenêutica ontológica, segurança jurídica e separação de poderes

A objetividade de que se ressentia o existencialismo, em geral, e a hermenêutica ontológica, em particular, tem levado a ciência do Direito (a *jurisprudência*) a rumos – pensamos – indesejáveis, porque em afronta a postulados epistêmicos, jurídicos e políticos essenciais a qualquer sistema jurídico (supedâneo de toda a ordem político-social).

⁴⁷ Se esse intérprete, o juiz, pode, no entanto, apresentar traços de esquizofrenia leve ou, segundo a classificação de I. Kant (1993), de parvoíce (*Blödsinnigkeit*), obtusidade ou imbecilidade (*Dummköpfigkeit*), estultícia (*Narrheit*), desatino (*Verrückung*), delírio (*Wahnsinni*) ou desvario (*Wahnwitz*), a comprometer o processo de concreção (para dizer o mínimo), é tema não enfrentado pela hermenêutica ontológica. Outro, a nosso ver, é a desconsideração das incontestes diferenças sócio-culturais existentes entre países como Alemanha, de onde as teses são importadas, e Brasil, onde são implementadas, especialmente no que concerne à estabilidade das instituições e dos conceitos normativos e à natureza das cortes constitucionais (na Alemanha e na Áustria, tais tribunais, essencialmente políticos, não são órgãos do Poder Judiciário).

Referimo-nos, em primeiro lugar, ao uso válido da linguagem. Quer-nos parecer que esta, a linguagem, tem por tarefa o intercâmbio de informações e conhecimentos (funcionando, inclusive, como instrumento de controle), e deve poder expressar a ciência, estando as proposições linguísticas, para tanto, em condições de satisfazer a certos critérios de *verificabilidade* (condição semântica de verificação, ou *confirmação*, na reformulação de R. Carnap (1980) – como critério de significação⁴⁸), para o que se revela essencial o encerramento de conteúdo empírico (para que tenham sentido). Esse assento é essencial, pois, consoante acreditamos, em concordância com Charles Sanders Peirce, uma ideia é sempre a representação de certos efeitos sensíveis⁴⁹ (e a linguagem deve referir-se a esses *efeitos* sensíveis). O rigor do discurso é o paradigma da investigação científica – um “*modelo matematicamente garantido contra todas as perversões da história e das ideologias*” (WARAT, 1995). Não nos é desconhecida a ideia de que tal rigor pode ser aplicado na investigação da coisa *Direito* (VILANOVA, 1997). Trata-se, ademais, de um ideal possível à luz do empirismo lógico (a despeito de esse mesmo empirismo ter deixado claro que a linguagem da lei não deixa de ser uma variedade da linguagem natural⁵⁰), porquanto cremos possa o Direito ser tratado de maneira científica⁵¹ (conquanto não seja ciência).

Os problemas da interpretação e da aplicação do Direito podem, assim, ser investigados de forma objetiva (vale dizer não-subjetiva), por meio da análise da linguagem da lei e de suas significações (empirismo semântico). Tal análise deve permitir expurgar do contexto estritamente jurídico as indevidas imisções ideológicas, marcantes no momento de produção formal da norma (o que até certo ponto é compreensível, em face do caráter essencialmente político do Poder que edita as normas) e, o que é inadmissível, no momento de sua aplicação pelo Judiciário, afetando a segurança jurídica que se espera produza um Poder Judiciário em um Estado de Direito. Reconhecemos, assim, que, com essa motivação, nos aproximamos de Hans Kelsen (MACHADO NETO, 1966; NOLETO, 1998).

⁴⁸ Os critérios de significatividade de uma palavra, segundo R. Carnap (1980), são: “a” é uma palavra se, e somente se: 1) sua sintaxe (o modo de ocorrência da palavra na sentença elementar “S(a)”) foi determinada; e 2) os critérios empíricos para “a” são conhecidos, isto é, se está estipulado de que sentenças protocolares “S(a)” é dedutível (“S(a)” é a forma simples de sentença em que a palavra “a” pode ocorrer); **ou** 2’) as condições de verdade para “S(a)” estão fixadas; **ou** 2’’) o método de verificação de “S(a)” é conhecido.

⁴⁹ Aristóteles já sentenciou que *nihil est in intellectu quod no prius in sensu fuerit*.

⁵⁰ O problema das linguagens naturais é que elas estabelecem muito poucas distinções categoriais sintáticas para a exclusão do contra-senso (*nonsense*). Sua sintaxe gramatical é, de fato, demasiado imperfeita. De outro lado, em uma linguagem corretamente construída não subsistem os pseudo-enunciados tipicamente metafísicos, que não descrevem as coisas como são (conteúdo empírico).

⁵¹ Com efeito, as proposições a seu respeito são metalinguísticas, portanto portadoras de significado, já que falam da linguagem da lei (os *fat*os linguísticos) que, por sua vez, refere-se a fatos.

É precisamente o postulado da *segurança jurídica* o primeiro entre os afetados pelo *criacionismo judicial do Direito*⁵² (assentado em pressupostos e linguagem não significativamente válidos).

Também de ordem jurídica, e igualmente exposto a ofensa pela atual hermenêutica, acha-se o princípio da *separação dos poderes*. Não aceitamos, *prima facie*, a tese da *colaboração entre os poderes*⁵³ como fundamento da legitimidade dos resultados obtidos pela hermenêutica ontológica no âmbito jurídico (criação judicial do Direito). Ressaltamos que as agressões (linguísticas) a esse postulado leva, conforme percebemos, ao aspecto mais crítico da teoria da interpretação constitucional contemporânea: a desconsideração do Estado de Direito, justamente sob o argumento de reafirmá-lo (K. Hesse) por meio da *efetividade constitucional* obtida com a *concretização* do Direito.

Precisamente esse, à nossa vista, o risco potencial imanente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54/DF, que versa sobre a descriminalização do aborto na hipótese de fetos anencefálicos (ausência total ou parcial do cérebro), admitida, por sete votos a quatro, pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁴ (STF) em 27 de abril de 2005. Na ocasião, o então presidente da Corte, Ministro Nelson Jobim, afirmou que,

⁵² A hermenêutica ontológica parece, porém, conferir pouca ou nenhuma relevância ao fato de que o sistema jurídico brasileiro, filiado à *civil law* (em que a lei – vocacionada para uma única interpretação correta – se posta como primordial fonte criadora do Direito), é infenso à ideia de que *estabilidade e segurança* jurídicas decorrem não do *ordenamento positivo*, mas da obediência aos *precedentes judiciais*, o que é próprio da *common law*.

⁵³ A teoria contemporânea da interpretação desconsidera dois postulados de alto relevo jurídico, ao propor a substituição indevida do *princípio da separação dos poderes* – fator impeditivo da atividade criacionista do Direito – pela tese da cooperação entre os poderes; e ao afastar a concepção tradicional de segurança jurídica, buscando firmá-la em bases subjetivas e epistemologicamente insustentáveis – por contra-sensuais –, quais sejam, o critério de *razoabilidade* (comunicabilidade) social das decisões (concordância dos jurisdicionados quanto aos resultados da interpretação) e a *interação cognitiva recíproca* entre sujeito e objeto da interpretação por meio (*dentro*) da linguagem.

Olvida-se que é no texto da lei que se exprime o imperativo legislativo e se manifesta vinculativamente a sua autoridade. É nele que encontra o Direito a objetivação que garante a real segurança jurídica. É a lei que garante o cumprimento do princípio da separação dos poderes, limitando a atividade judicante e livrando a sociedade dos males que pode causar um juiz esquizofrênico (um *Dasein* neurótico-obsessivo, por exemplo. Conferir, nesse particular, a nota de rodapé nº 47) ou dominado de tal modo por ideologias que fique comprometida a validade objetiva de suas decisões. Quanto a essa última hipótese, cumpre ressaltar a opinião divergente de Joaquim Falcão, para quem “o Estado Democrático de Direito não está estruturalmente ameaçado por transgressões voluntárias de alguns cidadãos, nem por sentenças inter-partes supostamente enviesadas de alguns juízes, tratando-se de desvios conjunturais, previsíveis e passíveis de correção rotineira pelo próprio Estado Democrático de Direito. O sistema se auto-equilibra” (MONTORO FILHO, 2008). O próprio Joaquim Falcão, no entanto, pondera (MONTORO FILHO, 2008), a propósito das mudanças conjunturais, que “um bom exemplo da priorização da estratégia conjuntural de curto prazo é o incrível impacto mobilizador perante o empresariado da hipótese de que existe um viés pró-devedor nas decisões individuais dos juízes brasileiros. O juiz brasileiro decidiria não com base na lei, mas com base em sua ideologia social”.

⁵⁴ Votaram a favor da APDF como veículo processual para o caso os Ministros Marco Aurélio Mello, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. Sob o argumento de que a questão deveria ser resolvida pelo Congresso Nacional, intérprete dos “valores culturais da sociedade”, o Ministro Cezar Peluso votou contra a admissibilidade da ADPF (acompanhado dos Ministros Eros Grau, Ellen Gracie e Carlos Velloso).

com essa decisão preliminar, poderia o STF dar uma solução definitiva para a *quaestio vexata*, eliminando as decisões contraditórias que grassam por todo o território nacional.

A ação (não é desnecessário registrar), proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde⁵⁵ (CNTS), teve pedido de decisão liminar deferido pelo relator, o Ministro Marco Aurélio Mello⁵⁶, que concedeu às gestantes, provisoriamente, o direito de interromper a gravidez, na hipótese de anencefalia, sem necessidade de autorização judicial. Em seguida (em outubro de 2004), todavia, e a bem da separação dos poderes, o Pleno do Tribunal, provocado por questão de ordem apresentada pelo Procurador-Geral da República à época, Cláudio Fonteles, revogou, por maioria de votos, a indigitada decisão liminar.

Sem consideração pessoal alguma a respeito do *meritum causae*, estamos em que agiu de modo irreprochável o Tribunal, porquanto usurpadora de típica função legislativa a decisão vergastada⁵⁷. Com efeito, apenas ao Parlamento compete, por alteração do Código Penal (pois o nosso modelo político-jurídico tem como matriz a lei, parâmetro de exigibilidade das condutas por força do princípio constitucional da legalidade), alçar a anencefalia a hipótese de aborto permitido, descriminalizando, desse modo, a conduta de gestante e médico⁵⁸.

⁵⁵ Trata-se a anencefalia, segundo a entidade, da má formação fetal congênita incompatível com a vida extra-uterina e fatal em cem por cento dos casos.

⁵⁶ Ao conceder a medida liminar, registrou o Ministro Marco Aurélio que, “*diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar*” (www.stf.gov.br. Acesso em: 27 jun. 2005).

⁵⁷ O que ocorreu no recente e polêmico julgamento acerca da utilização, em pesquisas científicas, de células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510/DF), em que o Tribunal, dito de modo direto, **legislou** (chegando ao ponto de, a pretexto de modular os efeitos da decisão, estabelecer os casos em que se deve dar o uso do material genético). Impende ressaltar, nesse particular, que, também nos Estados Unidos – onde se acha em curso um processo de “*escrituração*” do Direito –, a proposta de outorgar maiores poderes aos tribunais para atualizar as leis tem encontrado sua grande objeção no princípio da separação dos poderes.

⁵⁸ A esse respeito, convém registrar que, nos Estados Unidos e na Inglaterra, o chamado *judicial law-making* tem provocado debate de incontestável relevo, consistente em saber se, no exercício da jurisdição, podem os magistrados tomar *decisões políticas*.

Ronald Dworkin (*apud* DANTAS, 2008) relata que, fundamentalmente, duas correntes têm disputado a solução para tal indagação: a *concepção centrada no texto legal* e a *concepção centrada nos direitos*. A primeira predomina na Inglaterra, e, segundo ela, “*tanto quanto possível o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos*” (DWORKIN, *apud* DANTAS, 2008).

Já a segunda “*(...) pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre Estado de Direito e justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique*” (DWORKIN, *apud* DANTAS).

Segundo Bruno Dantas (2008), as duas concepções “*negligenciam a importante distinção entre o que Dworkin chama de argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos dos cidadãos perante o Estado, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público*”.

Esses conceitos são importantes para que não se desvirtue a atividade política exercida pelos juízes, seja na *common law*, seja na *civil law*. “*Realmente, mesmo nos Estados Unidos, onde o sistema jurídico se baseia no costume, os argumentos de procedimento político devem prevalecer, pois não cabe ao Poder Judiciário*

Finalmente, também o princípio da *presunção de constitucionalidade das leis* ou da *conservação* – estritamente relacionado ao *plano da validade* do Direito – se encontra submetido a risco. De fato, os recentes casos de arguição abstrata de inconstitucionalidade têm demonstrado, de forma cada vez mais evidente, a tendência contemporânea de só se dar efetivo cumprimento a norma jurídica editada pelo Poder Legislativo após o pronunciamento (definitivo) do Supremo Tribunal Federal, o que configura, num sistema como o nosso, um contra-senso – salvo se estiver em curso uma remodelação dele, a fim de aproximá-lo, sob a ótica do processo legislativo, do sistema político francês, funcionando o STF, nesse caso, como o *Conseil Constitutionnel* daquele país, com a função de controlar previamente a constitucionalidade da legislação.

Em vista de um tal contexto, entendemos imprescindível revisitar o positivismo jurídico, cuja ausência nas academias constitui, inegavelmente, lacuna teórica no campo da Filosofia do Direito no Brasil⁵⁹.

12.2. Um novo positivismo jurídico

O ideal de hermeticidade do Direito postulado pelo positivismo jurídico foi violentamente contestado em meados do século XX, a princípio pelo realismo jurídico, que recusou a ideia de *sistema* e as possibilidades de construção de uma ciência jurídica em bases dedutivas, rejeitando, ainda, os pressupostos epistemológicos que a fundamentavam. As teses oposicionistas avançaram, chegando à *viragem linguística* (STRECK, 2000) da *nova hermenêutica* (com M. Heidegger e H-G Gadamer), que se apresenta como a superação definitiva do paradigma clássico (fundado na estrita relação subjetivo-objetiva), sem que objeções relevantes lhe tenham sido opostas.

A ausência de debate – que promove o crescimento dialético do Direito – deveria causar, na comunidade jurídica, profunda insatisfação. Ao que parece, todavia, os estudiosos

decidir que política pública deve ser adotada. Isso porque as opções políticas relacionadas ao bem-estar geral – ou o que Habermas chamou de poder de disciplinar relações futuras – não podem ser tomadas por quem não tem legitimidade para tanto, como é o caso do Poder Judiciário” (DANTAS, 2008).

Ainda conforme Dantas (2008), o Supremo Tribunal Federal brasileiro, no exercício do poder de editar súmula vinculante (o que vale, a nosso ver, para o poder geral de interpretar a Constituição), deve se limitar aos fundamentos de princípio político, sendo-lhe defeso valer-se dos argumentos de procedimento político, que subverteriam não só a função do tribunal, mas a própria noção de *Estado*, com o que – embora com reservas – estamos de acordo.

⁵⁹ Realmente, não há, atualmente, estudos expressivos dedicados às teses positivistas, à sua validade ou, pelo menos, às causas de seu abandono. É comum, *exempli gratia*, juntar ao formalismo kelseniano predicativos como *sistema anti-social*, *injusto*, *inaplicável*, *dogmático*, impotente para responder aos anseios sociais ou, ainda, incapaz de solucionar, com justiça, os problemas que da aplicação do Direito surgem – sem, no entanto, objetar-lhe diretamente os argumentos. Tal lacuna não pode prevalecer, principalmente porque um paradigma, no âmbito das “ciências” sociais ou humanas, não é invalidado pelo fato de a comunidade científica ter, em sua maioria, se aglutinado em torno de outro (Thomas Samuel Kuhn). O paradigma anterior, se não era completamente equivocado e absurdo, deve continuar no debate científico. Essa qualidade parece-nos inerente ao positivismo jurídico.

estão dispostos a aceitar, como definitivas, as teses da hermenêutica ontológica e das teorias da argumentação (Chaïm Perelman) e do discurso (Jurgen Habermas).

Este texto configura, nessa medida, uma modesta tentativa de contribuir para o (ressurgimento do) debate científico.

A reafirmação do positivismo e a oposição à hermenêutica ontológica – cujas proposições (*não-sensuais*) são carentes de significação⁶⁰ (seja porque não lhes é atribuído nenhum significado que se possa analisar até o dado, seja porque são derivadas de palavras que *têm* significado, mas *não* são empregadas com esse significado e não se lhes dá nenhum outro⁶¹), devem, cremos, assentar-se nas teses do neo-empirismo ou positivismo lógico⁶² (referimo-nos a *teses* porque não há uma teoria propriamente dita orientada para uma investigação crítica do paradigma hermenêutico jurídico contemporâneo conforme as teses positivistas).

O positivismo lógico teve sua maior expressão no Círculo de Viena⁶³. Em 1929, veio a lume o *Manifesto do Círculo de Viena* (*Wissenschaftliche Weltauffassung – Der Wiener Kreis*⁶⁴), assinado por Hans Hahn, R. Carnap e Otto Neurath, situando sua filosofia na história do empirismo.

O *Manifesto* estabelecia as seguintes teses:

- i) todo o nosso conhecimento do mundo provém da experiência;
- ii) o pensamento nada é, salvo um processo de transformações tautológicas por meio das quais, por exemplo, de certas premissas inferimos uma conclusão que nelas está implicitamente contida;
- iii) o sentido de uma sentença é idêntico ao seu método de verificação, i. é, uma sentença tem sentido apenas quando nos é possível reduzi-la a expressões relativas a vivências básicas e assim sabemos se é verdadeira ou falsa, por observação;
- iv) o método de filosofar é a análise lógica da linguagem, por intermédio da qual as sentenças são esclarecidas e as expressões não verificáveis⁶⁵ recusadas como absurdas⁶⁶.

⁶⁰ Sentenças como “*o nada se nadaifica*” (M. Heidegger, em “*Que é Metafísica?*”) é exemplo de pseudo-enunciado ou *contra-senso metafísico-ontológico*.

⁶¹ Como exemplo elucidativo, vale mencionar, nesse ponto, grave problema acerca da palavra “*princípio*”. Para um lógico, o conceito de “*princípio*” parte da relação causal direta “*resulta de*”, de sorte que *princípio* é algo empiricamente observável: “*x é princípio de y se, e somente se, y resulta de x*” (esse conceito permite a especificação das condições de verdade ou verificação). O metafísico nega essa relação observável (nega que ela é o que ele quer dizer), qualificando *princípio* como “*verdade inefável ou necessária*”, licenciando a inferência antes da experiência (contra o que R. Carnap se insurgiu) e privando a palavra de significado (aliás, sequer se especifica sua sintaxe, sua ocorrência numa sentença elementar).

⁶² Essas teses foram lançadas por Ludwig Wittgenstein, Rudolf Carnap, Moritz Schlick, entre outros.

⁶³ “*Círculo de Viena*”, nome assumido por um grupo de filósofos e cientistas que se reuniram em torno de Moritz Schlick e do qual participaram, entre outros, Kurt Gödel, Otto Neurath, Friedrich Waisman e R. Carnap, influenciados por David Hume, Bertrand Russell e L. Wittgenstein.

⁶⁴ *Concepção Científica de Mundo: o Círculo de Viena*.

⁶⁵ Enquanto encontrava-se em Viena (mas não por esse motivo), R. Carnap defendeu que uma proposição não analítica só tem sentido (*Sinn*) se for *verificável*, e que o *sentido* é o processo de verificação. Mais tarde, suavizou a exigência, substituindo o critério de *verificabilidade* pelo de *confirmabilidade*.

É notável o acentuado conteúdo antimetafísico do documento. Nele são estabelecidos como válidos apenas os juízos analíticos (como os teoremas da matemática) e os sintéticos *a posteriori* (como as sentenças das ciências naturais), mas não são declarados sem sentido (porque despiciendo) os juízos sintéticos *a priori* (I. Kant) e qualquer forma de metafísica⁶⁷.

O positivismo lógico estende a atitude empírica a todo o domínio do pensamento, eliminando qualquer tendência metafísica oculta nas palavras graças à aplicação sistemática da lógica formal simbólica. Todo enunciado⁶⁸ da ciência poderia, assim, ser reduzido a um *enunciado de fato*. Assume-se como instrumento necessário à construção científica a sintaxe lógica, que evita o mau uso da linguagem e distingue proposições sintéticas de proposições analíticas. As observações empíricas traduzem-se em proposições sintéticas. Para que essas possibilitem previsões, faz-se necessário transformar algumas delas noutras equivalentes, deduzidas das primeiras e que se submetam à experiência. Essa transformação realiza-se graças às proposições analíticas, meras tautologias que tornam possível a construção de formas diversas de proposições sintéticas. Todas as ciências, desse modo, vêm a exprimir-se na linguagem da Física⁶⁹ (*fisicalismo linguístico*), desaparecendo a distinção entre *ciências da natureza* e *ciências do espírito*.

Esse fisicalismo tende para a unificação da linguagem científica, cuja sintaxe lógica exclui *a priori* todas as combinações desprovidas de sentido (não confirmáveis). Quer-se, somente, aplicar o método lógico a uma compreensão científica do mundo, alheia a qualquer metafísica e a quaisquer ideais éticos.

Ao pretendermos investigar os fenômenos da interpretação e da aplicação do Direito alicerçados em teses do empirismo lógico, com o escopo de assim reanimar o positivismo jurídico em uma perspectiva analítico-linguística, não escondemos que se trata, aqui, de propor uma redução linguística do pensamento jurídico, que deve determinar-se epistemológica e metodologicamente pelas estruturas e modelos da filosofia analítica. O fenômeno jurídico apresenta problemas; estes devem ser entendidos como problemas de linguagem e não-de ser resolvidos mediante a utilização do *instrumentarium* linguístico.

⁶⁶ Por tudo, ver *Logos: Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia* (1992).

⁶⁷ O próprio *Tractatus Logico-Philosophicus* de L. Wittgenstein contém proposições metafísicas (no sentido de que não podem ser ditas *na* linguagem).

⁶⁸ *Enunciado*, para o positivismo lógico, é a oração dotada de sentido em alguma linguagem. A *oração*, por sua vez, é o conjunto de signos sintaticamente bem estruturados. *Enunciados significativos* são: i) *tautologias* ou ii) enunciados verdadeiros ou falsos que pertencem ao domínio da ciência. Sob o aspecto das *tautologias* (juízos analíticos), os *enunciados significativos* são verdadeiros em virtude de sua forma e nada dizem sobre a realidade.

⁶⁹ R. Carnap trabalhou, durante os anos 1930, na caracterização de um *fisicismo*, isto é, de uma linguagem de corpos e de propriedades físicas que fosse capaz de expressar, de modo intersubjetivo e inter-sensual, os

É que não parece haver experiência inteligível alguma que seja pré-linguística: a linguagem é que constitui o sentido e permite a comunicação em que ele (o *Sinn*) é possível, excluindo-se qualquer pretensão de representação intencional-objetiva pré-linguística, como na fenomenologia de E. Husserl. É a linguagem que permite ao homem ter acesso ao mundo. E o que há no mundo não depende, em geral, do nosso uso da linguagem, porém já depende desse uso o que podemos dizer que há (Willard V. O. Quine).

Cuida-se da preeminência do *quidmodo* sobre o *quid*, i. é, a transferência da *essência* para a *significação*, da *substância* para a *função*. Desse modo, não há sentido nas referências ao *ser*, ao *ente* ou ao *objeto em si*. A conclusão analítico-linguística impõe que um objeto é aquilo que se designa com uma palavra da linguagem; *objeto* é tudo aquilo para o qual temos uma palavra na nossa linguagem (SEIFFERT, 1997b).

Definido assim o *objeto* – i. é, como aquilo que se designa com uma palavra da linguagem –, procuramos, com R. Carnap, deixar de lado pseudo-problemas filosóficos fixados há mais de dois mil anos em torno do *ser* (desde o *Timeu*, de Platão) e reavivados com estranha força pela ontologia contemporânea, especialmente pelos esforços de M. Heidegger, com sua análise do *Dasein*.

Interessa não saber o que são as *coisas em si* (com o que nos aproximamos de I. Kant), mas sim, saber o que dizemos quando falamos delas, o que queremos dizer *com*, o significado que têm, as expressões linguísticas com que comunicamos esse *dizer das coisas* (referência). Cuida-se de substituir a racionalidade subjetiva de tipo cartesiano – que orientou o positivismo jurídico dos séculos XIX e XX – por uma racionalidade analítico-linguística – pois é a linguagem que permite (representa) a significação possível.

Cumprir aplicar no tratamento do Direito a rigorosa distinção entre os *enunciados analíticos* (fundados nas significações independentes dos fatos) e os *enunciados sintéticos* (fundados nos fatos). Tal seria o objeto da interpretação do Direito: a análise da linguagem que o expressa⁷⁰. A linguagem da “ciência” jurídica deve falar sobre algo que já é linguagem anteriormente a essa fala (CASTANHEIRA NEVES, 1993). Dessarte, um enunciado tem significação cognitiva se, e somente se, não sendo analítico nem contraditório, for

conhecimentos das ciências naturais e humanas. Nessa concepção, uma sentença teria sentido sempre que fosse traduzível numa linguagem física.

⁷⁰ Assim procedendo, i. é, com uma rigorosa análise da linguagem, evitaríamos problemas como o decorrente da mencionada ADPF nº 54/DF, uma vez que o caso dela objeto envolve termos *significativos* (“aborto”, “gestação”, “rede hospitalar”, entre outros), dotados de conteúdo empírico. Vista dessa forma, e entendendo que se trata de hipótese subsumida pelos tipos encerrados nos arts. 124, 125 ou 126 do Código Penal, outra conclusão não se revela (logicamente) possível senão a de que, em face do princípio informativo da separação dos Poderes, não pode o STF dar-se a regular a questão (a dignidade da gestante, para ser respeitada, carecerá de reforma legislativa do Código).

logicamente dedutível de uma classe determinável de enunciados de observação – não é o caso dos enunciados da hermenêutica heideggeriana-gadameriana. Trata-se da precedência do esquema cognitivo **sujeito↔objeto** (tendente a ser substituído pelo binômio **linguagem↔objeto**) sobre o esquema prático-comunicativo **sujeito-sujeito** (J. Habermas; Ch. Perelman). E o sentido (significações comunicadas) deve sofrer uma redução objetiva. Para a *ciência* do Direito, a implicação é a consideração da *coisa* Direito como objeto-fato social suscetível de descrição e análise; e da sua normatividade como um conjunto de dados empíricos ou fatos observáveis, de natureza particular: os fatos linguísticos em que as normas se objetivam e se mostram suscetíveis da teórica-objetiva analítico-linguística.

O método do pensamento jurídico deve ser a análise da linguagem – a análise da linguagem verbal, isto é, a interpretação jurídica daqueles dados empíricos em que consistem as proposições normativas que compõem o discurso do legislador (FERRAJOLI, 1995) –, tendo, como objeto direto, os enunciados linguísticos reificados prescritivamente no texto normativo.

Castanheira Neves (1993) revela que essa análise implica os seguintes postulados metódicos:

- i) o **postulado da pura racionalidade**, a permitir uma fundamentação analítico-racional, entendida a razão como *razão analiticamente dedutiva e sistemática*, que recusa a razão prático-retórica ou retórico-argumentativa;
- ii) o **postulado da neutralidade teórica**, a excluir o compromisso prático na intenção analítica (garantindo, assim, a *segurança jurídica*), concretizada por meio da separação entre *linguagem-objeto* e *metalinguagem*, afirmando-se, assim, uma intenção puramente teórico-analítica;
- iii) o **postulado da objetividade**, i. é, a referência lógica a algo como objeto, pelo que *compreender* ou *interpretar* – não importa – uma *expressão significativa* será determinar nela o seu conteúdo *extencional* ou *objetivo*, em uma referência denotativa ou em uma sua vinculação lógica a um objeto (a um só, a um tipo, a uma classe de objetos), numa relação estritamente semântica. O sentido de um enunciado traduz-se sempre em uma certa relação entre os sinais linguísticos e os objetos (as coisas) do mundo, não só para as proposições assertórias (declaratórias, descritivas, cognitivas), mas também para os enunciados normativos.

Quanto às proposições normativas, por seu turno, deve ser feita distinção “*entre dois elementos ou componentes que participaram conjunta e inseparavelmente nesse tipo de enunciados ou proposições: um elemento descritivo ou componente com significado cognitivo e um elemento normativo ou componente com função deôntica*” (CASTANHEIRA NEVES, 1993).

Há que se concluir, portanto, que as proposições normativas são significantes justamente porque a sua função e o seu momento deôntico ou normativo específico têm, a sustentá-los, um núcleo semântico (ou significativo).

É esta, com efeito, uma distinção entre o ‘momento descritivo’ (denotativo), consubstanciado no conteúdo objetivamente referencial e a ‘força normativa’, imputada por um ‘functor deôntico’, em que vemos afirmadas todas as proposições ou enunciados prático-normativos, que vemos afirmadas como um *locus communis* do pensamento analítico e particularmente analítico-jurídico. (CASTANHEIRA NEVES, 1993)

A interpretação jurídica há, pois, de ser *interpretação semântica*, traduzida na determinação do núcleo semântico ou significativamente referente dos enunciados jurídicos. Pela acentuação material do núcleo semântico reduz-se o elemento normativo a um fator formal. A acentuação de tal núcleo, por seu turno, permite a conciliação dos enunciados normativos com os processos lógicos.

A referência aos elementos descritivos dos enunciados em função prescritiva serve para determinar os sujeitos e as situações para as quais as prescrições são estabelecidas, assim como os comportamentos que os enunciados regulam (SCARPELLI, 1976). A sua aplicação pode dar-se em termos de relação entre *conceito representativo* e *objeto representado*; em termos, pois, de uma relação lógica de subsunção que preserva o racionalismo analítico.

É certo que a concepção textual do objeto da interpretação jurídica (interpretação tendo por objeto um texto) é suscetível de duas especificações. São os dois sentidos em que um texto é passível de ser compreendido. Um (1) sentido *hermenêutico*, se a significação jurídica houver de exprimir-se *através* do texto (objetivação cultural), tendo relevo, para tanto, a pré-compreensão (M. Heidegger) do intérprete e a situação histórico-concreta (H-G Gadamer) da compreensão, caso em que haverá *mediação significativa* (essa significação, despida de conteúdo empírico e não podendo ser uma tautologia, será diferente da *significação* do positivismo lógico); e um (2) sentido *neopositivista*, caso se entenda que a significação é constituída exclusivamente *pelo* texto e que só *no* texto deve ser promovida. É desse modo que o neo-positivismo legalista postula que a lei é o seu texto, o que implica que o direito positivo é auto-suficiente e hermético, de molde a excluir o recurso a critérios que lhe sejam exteriores para a sua determinação (devendo-se buscar, quando muito, a *mens legis* ou a *mens legislatoris*).

Nesse sentido, a interpretação semântica dirige-se, *ab ovo*, ao *dito* (enunciado do texto legal) e, complementarmente, ao *desejado* pelo legislador (nesse enunciado). Assim, será possível determinar, por meio de uma semântica significativa dos enunciados legais, os objetos de referência e de aplicação dos mesmos enunciados – objetos definíveis por um conceito de propriedades empíricas.

É o momento de introduzirmos na discussão um instrumento entendido pelo positivismo lógico como critério de significação dos enunciados⁷¹: trata-se da *teoria da verdade* – apresentada não como uma propriedade de certos enunciados, mas destinada a verificar a existência de uma relação de concordância ou correspondência com algum estado de coisas. A verdade como *relação* somente pode ser estabelecida se a proposição⁷² puder ser verificada ou se se tratar de um enunciado analítico.

No campo do Direito, o critério determinante seria a *teoria da validade* (KELSEN, 1962), também ela uma *relação* (de constitucionalidade, no caso das leis), e não uma *propriedade* das normas. Cuida-se de uma relação de concordância entre as próprias normas do direito positivo⁷³.

12.3. Interpretação jurídica, linguagem-objeto e metalinguagem

A investigação do Direito carece dessa fundamental distinção (linguagem-objeto e metalinguagem), para que seja possível separar o objeto do *instrumentarium* utilizado em sua interpretação. R. Carnap (1980) define a *linguagem-objeto* como a linguagem *de que* se fala, e *metalinguagem* como a linguagem *com que* se fala. Tal estipulação é necessária se tomarmos como objeto de reflexão a própria linguagem, consoante ocorre com o Direito. Revela-se, nesse passo, necessária a construção de um outro nível de linguagem, a partir do qual se possa fazer uma investigação problematizadora dos componentes e das estruturas da linguagem que se pretende analisar.

⁷¹ Segundo Luiz Alberto Warat (1995), o Realismo Jurídico Norte-Americano, na tentativa de rejeitar as teses do formalismo jurídico, aplica a condição semântica de sentido assumindo as normas jurídicas como efeitos de prestidigitação, carentes de significação. Por outro lado, reivindica a substituição das normas jurídicas por sentenças, por terem estas, em detrimento daquelas, correspondência fática. Tal aplicação da condição semântica de sentido nos termos do realismo jurídico é inconsistente, do ponto de vista do positivismo lógico, já que as condições semânticas só operam em linguagem de estrutura especificada (número mínimo de conceitos organizados sistematicamente), jamais em linguagem natural (como parece ser o caso do Direito), baseada na condição pragmática de sentido. Esse é um problema que merece ser enfrentado: no mínimo, mostrar que a linguagem jurídica não carece, para ter sentido, de condições pragmáticas, podendo ser traçada analiticamente.

⁷² *Proposição* é o sentido verdadeiro ou falso de um enunciado ou, de outro ângulo, o conjunto de enunciados de sentidos equivalentes em sua verdade ou falsidade.

⁷³ L. A. Warat (1995) lembra que, para H. Kelsen, as condições de sentido das normas jurídicas, quanto aos critérios de verificação, necessitam de um processo análogo ao da verificação das proposições. Assim, uma norma é significativa *se* é válida. De um modo semelhante à problemática da verdade, a *validade* é vista como uma relação entre a norma e o *critério de validade*. Nessa perspectiva, a norma tem sentido e é válida quando tem relação com o critério de validade. “(...) o critério de validade kelseniano encontra-se sintetizado na norma fundamental gnoseológica, que deve ser vista como a formulação de sentido das normas jurídicas. Além do mais, toda teoria pura [do direito] pode ser analisada como uma longa explicação desse critério de validade. É preciso também lembrar que o critério de sentido é sempre uma proposição metalinguística, pela qual a validade de uma norma (que pertence a uma linguagem-objeto) surge da relação entre a referida linguagem-objeto e a instância metalinguística que opera como sua condição de sentido” (WARAT, 1995).

A distinção entre esse dois níveis de linguagem, acreditamos, é suficiente para a “*desideologização*” do discurso jurídico, por meio do controle lógico e da estipulação de uma unicidade denotativa.

Foi H. Kelsen o primeiro a utilizar, no campo jurídico, as noções de *linguagem-objeto* e *metalinguagem*, embora sem mencionar esses termos de forma expressa (WARAT, 1995). As proposições descritivas acerca do direito positivo constituiriam, para o autor de *Teoria Pura do Direito*, uma metalinguagem, ao passo que o discurso normativo – o direito positivo, objeto de reflexão – seria a linguagem-objeto.

A *validade*, nessa direção, é sempre uma preocupação metalinguística – a verificação de relações inter-normativas –, além de ser condição de significatividade. Situada a validade como preocupação metalinguística, perde sentido a pergunta sobre a validade do critério (a norma fundamental kelseniana) pelo qual se determina. Passa a carecer de relevância a objeção de que uma norma (fundamental) que não é válida (mas também não é inválida – sendo, pois, uma verdade *inefável*, admitida por L. Wittgenstein, mas não por R. Carnap) não pode servir de fundamento de validade⁷⁴ para as normas positivas⁷⁵.

Essa situação, pensamos, já foi – com a ressalva de eventual equívoco – enfrentada por L. Wittgenstein, no plano estritamente filosófico, ao reconhecer que o espaço lógico não pode dizer-se *pela* linguagem. Solucionando a problemática dos tipos lógicos de Bertrand Russell, L. Wittgenstein afirmou que tal teoria tenta *dizer* o que só pode ser *mostrado* por um simbolismo correto, pressupondo o espaço lógico indizível. A norma fundamental hipotética de H. Kelsen é esse pressuposto indizível.

12.4. Verdadeiros problemas hermenêuticos

Como temos buscado demonstrar, a interpretação jurídica segundo um modelo interpretativo semântico deve dirigir-se ao enunciado do texto legal, *prima facie*, colimando determinar os objetos de aplicação de tais enunciados. Deve-se, pois, diferir a *intensão*⁷⁶ da *extensão* significantes (GOMES, 1997), aquela dizendo respeito ao conteúdo intensional dos enunciados (aquilo que eles, intensional e predicativamente, dão a entender dos objetos),

⁷⁴ L. A. Warat (1995) recomenda a substituição da expressão “fundamento de validade” e “norma fundamental” por “*critério de decidibilidade metalinguístico baseado na validade*”.

⁷⁵ H. Kelsen foi alvo de críticas por sua *norma hipotética fundamental*. É que ela estabelece condição de sentido para as normas positivas mediante um critério de validade que, por sua vez, não pode ser validado, devendo ser *pressuposto*. É possível que seus críticos não dominassem o conceito de *postulado*.

⁷⁶ Vê-se que não se deve confundir *intensão* (que tem a ver com o conteúdo significativo de enunciados) com *intenção* (propósito, desejo, vontade).

oferecendo, assim, uma determinação conotativa ou a *significação em si*, enquanto a *extensão* designa o concreto objeto referido pela totalidade, a classe,

(...) o conjunto dos objetos mencionados pela intencional significação das expressões ou enunciados, pelo que se traduz em uma determinação denotativa – os enunciados linguísticos referem-se a objetos, realizando uma denotação, e exprimem um sentido, um modo particular de os entender, constituindo uma significação em sentido estrito. A intensão nos põe perante a dimensão estritamente linguística do enunciado; a extensão perante a sua dimensão empírica. Ambas constituem uma unidade intencional que permite compreender que se diga simultaneamente interpretação semântica e interpretação empírica. (CASTANHEIRA NEVES, 1993)

Essa é a interpretação jurídica de ordem semântica: a determinação objetivo-intensional das propriedades que, segundo a norma legal, importam na situação jurídica decidenda. Interpretar a norma é explicar a significação de seu enunciado linguístico, definindo, por meio de regras semânticas adequadas, as qualidades ou propriedades descritivas que os objetos, comportamentos ou situações de referência manifestam para que seja aplicável (o que carrega implícita a aceitação, igualmente para a linguagem jurídica e para a significação *interpretanda*, da teoria analítica dos elementos a merecerem consideração nos enunciados da linguagem normativa: o *elemento descritivo* ou de intensionalidade objetivo-referencial; e o *elemento prescritivo* ou de intensionalidade prescritivo-normativa, mas com especial relevo do primeiro para a determinação da respectiva significação).

O aplicador do Direito, dessarte, somente do componente *descritivo* pode se informar quanto às qualidades de certo caso concreto decidendo que sejam juridicamente relevantes; à *aplicação da lei ao caso concreto* “*só é relevante a componente descritiva da significação*” (KOCH/RUSSMAN, *apud*: Castanheira Neves, 1993).

Os problemas da interpretação jurídica compareceriam, ainda assim, por não manifestarem os enunciados das normas, de modo evidente, a sua significação, porquanto há, na linguagem em que se veiculam, vários tipos de indeterminações significativas⁷⁷ (CASTANHEIRA NEVES, 1993) – conceitos de valor, conceitos indeterminados⁷⁸, cláusulas gerais, conceitos-tipos –, especialmente as indeterminações especificamente linguísticas: *ambiguidades*, que atingem a intensão, por meio dos *contextos de significação* que pressupõem; *vaguidades*, que afetam a extensão e impedem a identificação segura dos objetos concretos de referência em virtude da assimetria entre *linguagem e realidade*, tornando a *intensionalidade significativa aberta*, quanto ao âmbito objetivo (seus limites), e *incompleta*

⁷⁷ Segundo I. M. Coelho (1997), essas indeterminações, que chama de *abertura dos enunciados legais*, são essenciais ao trabalho hermenêutico, pois é o espaço mesmo de atuação do sujeito-intérprete.

⁷⁸ Importante, a esse respeito, a discussão entre dois juristas brasileiros acerca da existência de conceitos *fluidos* (Eros Roberto Grau [contra] e Celso Antônio Bandeira de Mello [a favor]).

(quanto ao conteúdo), relativamente à realidade referida; *porosidades*, indeterminações referenciais provocadas pela sempre possível alteração problemática ou pela temporal modificação das situações e dos contextos práticos⁷⁹ (CASTANHEIRA NEVES, 1993).

À interpretação jurídica semântica compete, pensamos, vencer essas possíveis indeterminações das expressões ou enunciados das prescrições legais, mediante uma específica análise lógica da linguagem (um *tratamento terapêutico* do mau uso da linguagem⁸⁰), i. é, por meio da aplicação das regras semânticas (R. Carnap) pelas quais se explicarão (determinarão) as condições gerais e as qualidades que os objetos nelas referidos devem preencher, porquanto são essas condições e qualidades o conteúdo intencional da sua significação. Tais as regras de uma interpretação positivista.

12.5. Considerações finais: um intérprete nos limites (lógicos) do mundo

Vimos que M. Heidegger entende a compreensão como pré-estrutura constitutiva do existente humano, sendo o círculo hermenêutico a única possibilidade de uma experiência verdadeira, representada pela pertença recíproca entre *sujeito e objeto da interpretação*. O sujeito, segundo esse entendimento, está cravado no mundo e relaciona-se com (sobre) os fatos por meio de uma linguagem que o contém a si próprio e aos objetos, dando-lhes uma espécie de identidade que permite a interpretação (ou compreensão).

B. Russell, de seu lado, pretendeu encontrar *no* mundo um sujeito associado à produção do sentido (CUTER, 2000), inarredavelmente presente nas análises que buscam compreender uma proposição⁸¹. De acordo com a *teoria da figuração*, o que quer que nós encontremos no mundo deve ser sempre um fato, e fato nenhum pode produzir sentido. Ademais, os fatos é que são descritíveis pela linguagem, não o sujeito cognoscente. Se o for, será também ele um fato (entre fatos) e não poderá exprimir o sentido das coisas (do mundo).

A investigação da coisa Direito não pode ser feita, cremos, por um sujeito entre fatos – *no* mundo. Deve ele estar nos limites (lógicos) do mundo, coordenando os fatos por meio da coordenação de seus efeitos; e só ele tem a capacidade de constituir o sentido das proposições. Essa ação de produção de sentido é indizível.

⁷⁹ Se *vaguidade* é a indeterminação quanto ao fenômeno conhecido, *porosidade* é a indeterminação relativa a fenômenos ainda não conhecidos, i. é, uma *vaguidade potencial*.

⁸⁰ Talvez fosse interessante levar em consideração a possibilidade de *conceitos essencialmente contestados*, que resistem à *terapia*, como apontou o Prof. Dr. Cláudio Araújo Reis, do Departamento de Filosofia da Universidade de Brasília (UnB), em conversa que tivemos a respeito do tema. Com efeito, não responderíamos, *primo icto oculi*, ao argumento de que podemos ser demasiado otimistas, considerando “tratáveis” algumas características que são cronicamente inerentes aos conceitos normativos. Também não é o caso de analisar essa hipótese no âmbito do presente trabalho, que é meramente informativo.

⁸¹ Cf. nota de rodapé nº 72.

Esse sujeito, para dar sentido a uma proposição, deve ser transcendental, isto é, ser pressuposto absolutamente pelo âmbito do sentido (como o espaço lógico de L. Wittgenstein) e absolutamente excluído desse mesmo âmbito, que, sem ele, não se poderia ter constituído. É ele quem poderá realizar as inestimáveis escolhas que solucionarão os problemas de aplicação do Direito decorrentes de indeterminações linguísticas (os únicos problemas genuínos). Somente ele pode dotar sinais de sentido, assim como as sentenças com que depara ou se expressa. Está logicamente sozinho, condenado a viver fora do mundo⁸² pelo qual seu corpo passeia.

À guisa de fecho, anima-nos a possibilidade de um positivismo jurídico analítico, cujo escopo seja a constituição de uma sociedade democrática e pluralista, institucionalizada por um *materieller Rechtsstaat*, no qual volte o Direito a identificar-se com o sistema das prescrições normativas legislativas, com a legalidade positiva e com o *modus* por meio do qual se manifesta: a linguagem legal (FERRAJOLI, 1995).

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso como teoria da justificação jurídica* (Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva). São Paulo: Landy, 2001.

ALFLEN DA SILVA, Kelly Suzane. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000.

AMADO, Juan A. G. *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: RT, 1992.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1996.

BELAID, Sadok. *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*. Paris: L.G.D., 1974.

BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.

⁸² W. Dilthey não obteve sucesso ao tentar superar a relação subjetivo-objetiva porque não resolveu o problema epistemológico da história, isolando a consciência humana de toda referência à tradição, bem como da pertinência do intérprete à tradição (H-G Gadamer). A maior implicação foi a colocação, como pressuposto do mundo exterior, de um sujeito *desmundanizado*: a consciência da realidade passou a significar o deslocamento da compreensão do ser para algo simplesmente dado que passou a existir apenas no mundo da consciência. O que se verificou foi a transposição do ideal da objetividade das ciências da natureza para as ciências do espírito, por meio de um sujeito sem vivências (experiências) históricas, mundanizadas.

_____. *Interpretazione della legge e degli atti giuridice: teoria generale e dogmática*. Milano: Giuffrè, 1949.

_____. *Teoria generale della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1990.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPELLA, Juan Ramón. *El derecho como lenguaje*. Barcelona: Ariel, 1968.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

CARNAP, Rudolf & SCHLICK, Moritz. *Coletânea de Textos* (Coleção “Os Pensadores”). São Paulo: Abril Cultural, 1980.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 4. ed., 1994.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

COELHO, Inocêncio M. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. In *Revista de Informação Legislativa*, vol. 35, nº 137, p. 157-164, jan.-mar., 1998.

_____. *et alii. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.

_____. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1997.

_____. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. In: *Notícia do Direito Brasileiro: Nova Série*, nº 5, p. 77-90, jan.-jun., 1998.

CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. São Paulo: EdUSP, 1973.

CUTER, João Vergílio Gallerani. “‘P’ diz p”. In: *Cadernos Wittgenstein*, nº 1, p. 57-67, 2000.

DANTAS, Bruno. *Reflexões sobre a súmula vinculante*. Brasília, 2008 (mono, 16p.).

DESHAIES, Bruno. *Metodologia da investigação em ciências humanas*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu*. Madrid: Revista de Occidente, 1956.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos Livraria & Editora, 1998.

DWORKIN, Ronald . *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1995.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

_____. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1995.

_____. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA DA SILVA, Maria Luísa Portocarrero. *O preconceito em H.G. Gadamer: sentido de uma reabilitação*. Coimbra: Calouste Gulbenkian/Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

_____. *Teoria assiomatizzata del diritto*. Roma: A. Giuffrè, 1970.

FREGE, Gottlob. *Sobre a justificação científica de uma conceitografia*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. *Dialogue and dialectic*. Yale: Yale University Press, 1983.

_____. *El giro hermeneutico*. Madrid: Catedra, 1995.

_____ & STANLEY, John W. *Heidegger's ways*. New York: Suny Press, 1994.

_____. *La philosophie hermeneutique*. Paris: PUF, 1996.

_____ & FRUCHON, Pierre. *O problema da consciência histórica*. São Paulo: FGV, 2003.

_____. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993.

_____. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

GOMES, Nelson Gonçalves. *Lógica matemática*. Brasília, UnB, 1997. (Departamento de Filosofia). Apostila (229 p.).

GRAU, Eros Roberto. *O directo posto e o directo pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.

_____. *Retos actuales del estado constitucional*. Oñati: IVAP, 1996.

HABERMAS, Jurgen. *Dialética e hermenêutica*. Porto Alegre: L&PM, 1987.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HACKER, P. M. S. Sobre a eliminação da metafísica por meio da análise lógica da linguagem de Carnap (Trad. de Plínio Junqueira Smith). In: *Cadernos Wittgenstein*, nº 1, p. 5-35, 2000.

HECK, Philip. *El problema de la creación del derecho*. México: Colofón, 1994.

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.

_____. *Ontologia: hermeneutica de la facticidad*. Madrid: Alianza, 2000.

_____. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1988.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

_____. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. *Que é metafísica?* (Trad. de Ernildo Stein). São Paulo: Duas Cidades, 1969.

HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1992.

IHERING, Rudolf v. *El fin en el derecho*. Madrid: BR Serra (s/d).

JELLINEK, G. *Reforma y mutación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KANT, Emmanuel. *Observações sobre o sentimento do belo e do sublime e Ensaio sobre as doenças mentais*. Campinas: Papirus, 1993.

KELSEN, Hans & KLUG, Ulrich. *Normas jurídicas e análise lógica*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1986.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes/EdUnB, 1990.

_____. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1962.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LIMA, Mário Franzen. *Da interpretação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

LOGOS: *Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. 5 vol. São Paulo: Verbo, 1992.

MACHADO NETO, A. L. *Ideologia e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

_____. *Problemas filosóficos das ciências humanas*. Brasília: EdUnB, 1966.

MARÍN, Rafael Hernández. *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

MONCADA, Luis Cabral de. *Filosofia do direito e do estado*. Coimbra: Armênio Amado, 1955.

MONTORO FILHO, André Franco, LAMOUNIER, Bolívar, FALCÃO, Joaquim, CARVALHO, José Murilo de & DaMATTA, Roberto. *Cultura das transgressões no Brasil – lições da história* (Coord. de Fernando Henrique Cardoso e Marcílio Marques Moreira). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NOLETO, Mauro Almeida. *Direito e ciência na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen: uma leitura crítica*. Disponível em: <www.iesb.br>. Acesso em: 15 ago. 2001.

_____. *Subjetividade jurídica – a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.

ORTEGA Y GASSET, José. *Obras completas*. Madrid: Revista de Occidente, 1964.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1986.

PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

_____. & Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado da argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POPPER, Karl. *Conhecimento objetivo*. São Paulo: EdUSP, 1992.

QUINE, WILLARD V. O. *Filosofia da lógica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.

REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Fontes e modelos do direito - para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Teoria tridimensional do direito – situação atual*. São Paulo: Saraiva, 1986.

REALE, Giovanni & ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. 3 vol. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*. México: FCE e UNAM, 1971.

_____. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1973.

RICOEUR, Paul. *O conflito das interpretações – ensaios de hermenêutica*. Rio de Janeiro: Imago, 1969.

_____. *Interpretação e ideologias*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988.

_____. *Teoria da interpretação*. Lisboa: Edições 70, 1987.

RUSSELL, Bertrand. *Fundamentos da filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

_____. *Introdução à filosofia matemática*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

_____. *Misticismo e lógica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SCARPELLI, Uberto. *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano: Comunita, 1976.

SEIFFERT, Helmut (a). *Introducción a la lógica: propedéutica lógica y lógica formal*. Barcelona: Herder, 1997a.

_____. (b). *Introducción a la teoría de la ciencia*. Barcelona: Herder, 1997b.

SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Herméneutique*. Alençon: CERF/PUL, 1989.

SOUSA E BRITO, J. *et alii*. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: 1995.

SOUZA, Daniel Coelho. *Interpretação e democracia*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1979.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

VIDAL, Isabel Lifante. *La Interpretación Jurídica en la Teoría del Derecho Contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

VILANOVA, José M. *Filosofia del derecho y fenomenología existencial*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. 2 vols. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1994.

_____. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: EdUSP, 1998.

_____. *Tratado lógico-filosófico e investigações filosóficas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.