

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



2005



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
XLVI — N.º 1 - 2005

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
Vogais - PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ
- PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (Vice-Presidente)
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS
- MESTRE MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE
- LIC. JORGE SANTOS

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 21 798 4600 — Telecópia 21 795 0303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Junho de 2006

Martim de Albuquerque — Nota de Abertura 9

I Doutrina

Eduardo C. B. Bittar — O ensino da Filosofia do Direito: história, legislação e tradição na cultura jurídica brasileira..... 11

Lenio Luiz Streck — Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo 55

Carmen Bolaños Mejías — Crisis institucional en las relaciones luso-españolas durante el reinado de Felipe II de Portugal 87

Vito Tanzi — The stability and growth pact: its role and future..... 109

Mateus Kowalski — ONU — A Reforma para a Paz..... 121

Fabrizio Grandi Monteiro de Tancredo — O princípio da subsidiariedade: as origens e algumas manifestações..... 169

Luís de Lima Pinheiro — Reconhecimento autónomo de decisões estrangeiras e controlo do direito aplicável..... 215

Paulo de Pitta e Cunha — The constitutional treaty: a step in european integration along federal lines 241

J. Oliveira Ascensão — Questões problemáticas em sede de indicações geográficas e denominações de origem 253

Jorge Miranda — Direitos fundamentais e ordem social (na Constituição de 1933)..... 271

Guilherme Guimarães Feliciano — Justiça do Trabalho — Nada mais, nada menos..... 311

Maria Luísa Duarte — Tomemos a sério os limites de competência da União Europeia — A propósito do acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2005..... 341

Eduardo Vera-Cruz Pinto — A disciplina de Direito Romano em Portugal e nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa 371

Pedro Delgado Alves — Governos provisórios 385

Domingos Soares Farinho — As regras de recrutamento parlamentar partidário em Portugal 483

<i>Nuno Ferreira</i> — A responsabilidade internacional: evolução na tradição...	515
<i>Tiago Antunes</i> — Partidos verdes: partidos monocromáticos? — Breve olhar sobre a Política Verde e a partidarização da Ecologia	537
<i>Vasco Duarte de Almeida</i> — Sobre o valor da dignidade da pessoa humana	623

II Legislação

<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — Apontamentos legislativos	651
<i>Vitalino Canas / Nuno Aureliano</i> — Contribution to a feasibility study on a project in Afghanistan — Law enforcement	669

III Jurisprudência

<i>Nuno Reis</i> — Comentário a um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-10-2001 (Responsabilidade civil extracontratual)	701
--	-----

IV Trabalhos de Alunos

<i>Ana Paz Ferreira Perestrelo de Oliveira</i> — A imputação da responsabilidade individual na criminalidade de empresa: a aplicabilidade da figura da autoria mediata por “domínio da organização”	721
---	-----

V Vida Universitária

<i>Adriano Moreira</i> — O futuro da educação.....	777
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — Os Arquivos no Direito Internacional: uma perspectiva portuguesa.....	783
<i>António de Sousa Franco</i> — Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão (Acta da reunião do Conselho Científico de 23 de Julho de 2003).....	795
<i>Jorge Miranda</i> — A Constituição Fiscal Portuguesa	797
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação da dissertação de doutoramento da Mestra Maria Benedita Malaquias Pires Urbano	807
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação do relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de uma disciplina de Direito Constitucional Penal apresentado pela Prof. ^a Doutora Maria Fernanda Palma a provas de agregação.....	817
<i>Jorge Miranda</i> — O referendo local.....	829
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Apreciação do currículo científico e pedagógico do Professor Doutor Eduardo da Paz Ferreira	837

<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Elogio do Professor Doutor Vito Tanzi	839
<i>Paulo Otero</i> — “Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas” — Arguição da dissertação de doutoramento do Mestre Pedro Gonçalves	841
<i>Paulo Otero</i> — Palavras de homenagem do Professor Armando Marques Guedes	853
<i>Pedro Soares Martinez</i> — Análise crítica de um Relatório respeitante ao ensino das Finanças Públicas	855
<i>Ruy Albuquerque</i> — Evocação do Dr. Miguel Pinto de Meneses	869
<i>Jorge Miranda</i> — Homenagem ao Prof. Doutor José Dias Marques	877
1.º Curso de Pós-Graduação em Direito das Autarquias Locais	879
1.º Curso de Pós-Graduação de Legística e Ciência da Legislação	881
Curso de Verão de Direito Processual Constitucional	885
Estatutos do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	887
Posição do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa perante o “Processo de Bolonha”	895
Regimento do Instituto de Investigação Científica	901
UNIDROIT — Homenagem à Prof. Doutora Isabel de Magalhães Collaço...	903

DIFERENÇA (ONTOLÓGICA) ENTRE TEXTO E NORMA: AFASTANDO O FANTASMA DO RELATIVISMO

LENIO LUIZ STRECK (1)

“... cada texto está relacionado ao conteúdo: não procuraria uma mensagem religiosa no texto de um livro de química, nem se buscaria um conteúdo poético no texto de um decreto.”

Nelson Saldanha

1. À GUIA DE INTRODUÇÃO: DE COMO CADA TEXTO ESTÁ RELACIONADO AO CONTEÚDO

As presentes reflexões pretendem desmi(s)tificar as concepções tradicionais acerca da interpretação jurídica, que (ainda) insistem na idéia de que a hermenêutica jurídica pode ser cindida em momentos distintos (como que a repetir as fases da hermenêutica clássica — *subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi* — tão bem denunciada por Gadamer), e que o objeto da interpretação do Direito é a norma enquanto objetificação cultural (2). Também pretendo responder as críticas dirigidas à hermenêutica de cariz filosófico, no sentido de que esta seria relativista. Afinal, a admissão da tese de que norma e texto são coisas distintas (3) — que, a toda evidência, representa um avanço em rela-

(1) Mestre em Direito; Doutor em Direito do Estado; Pós-Doutor em Direito Constitucional e Hermenêutica; Professor e Coordenador Adjunto do PPGD em Direito da UNISINOS-RS; Procurador de Justiça-RS. Autor, entre outros, de *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica — Uma Nova Crítica do Direito* (Editora Forense); *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise* (Editora Livraria do Advogado); *Ciência Política e Teoria Geral do Estado* (Editora Livraria do Advogado). Home page: www.leniostreck.com.br

(2) Adiro à tese de que o que está em jogo na interpretação do Direito é o caso decidendo, o assim denominado “caso concreto”, e este resultado não é alcançado por etapas, como se o sujeito estivesse assujeitado ao objeto (metafísica clássica) ou que este — o sujeito — pudesse assujeitar, a partir da consciência de si do pensamento pensante, o objeto (filosofia da consciência — metafísica moderna).

(3) Como veremos no decorrer destas reflexões, norma e texto são distintos porque são diferentes, e não porque há uma separação ou que ambos possam ter “existência” autônoma.

ção à interpretação metodológica — *não pode significar que seja possível atribuir qualquer sentido ao texto*. Nesse sentido, a arguta crítica de Nelson Saldanha, que, na linha de Gadamer, entende que a reação contra o normativismo não pode significar que a interpretação do direito deixe de supor uma ordem de normas, que se completam com princípios. Ou seja, sem textos não há normas: o que se chama direito não é algo separado da hermenêutica, *mas não se pode diluir nem dissolver a aplicação do direito dentro de uma total imprevisibilidade* (4). Afinal, como bem diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto lhe diga algo!

Para tanto, considero indispensável superar os dualismos próprios da metafísica, como essência-aparência, teoria-prática, palavra-coisa, questão de facto-questão de direito (5) ser-ente, buscando ultrapassar o (metafísico) realismo platônico-aristotélico e avançar para além do transcendental idealismo cartesiano e kantiano. *No centro dessa superação está a viragem lingüístico-ontológica, no interior da qual a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, para tornar-se condição de possibilidade* (6).

É claro que a assunção dessa viragem não pode reduzir o ato interpretativo à filologia (ou seja, interpretar o Direito não significa tão-somente interpretar textos). O que é certo é que a superação do modelo interpretativo lingüístico-textual (que separa/distingue/cinde a interpretação da aplicação) não prescinde da assunção do “ponto de vista lingüístico”, condição de possibilidade para o processo de compreensão do fenômeno jurídico. Daí o lugar cimeiro assumido pela linguagem nesta quadra do tempo. Trata-se, isto sim, de compreender as condições de possibilidade de nosso próprio processo de compreensão, o que só se torna possível a partir da superação da relação objetificante sujeito-objeto.

Ora, é evidente que não há só textos. E textos não são meros enunciados lingüísticos. O que há, então, são normas resultantes da interpretação de textos (que dizem respeito a algo existente no mundo da vida). Ou seja, *também não há somente normas, pela simples razão de que nelas está contida a normativi-*

(4) Cf. Saldanha, Nelson, “Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma” in: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, n.º 10, ano 2000, Recife, UFPE, pp. 203 e segs.

(5) Veja-se a importância da superação desse dualismo: a concretização e a compreensão de um texto somente são possíveis, diz Hesse, em face de um problema concreto, ao mesmo tempo em que a determinação de sentido da norma e sua aplicação a um caso concreto constituem um processo unitário (cf. Hesse, Konrad, *Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1.ª Ergaentze Auflage, Karsruhe, 1968). Ou seja, não há como cindir teoria e prática, fato e direito; tampouco é possível cindir o ato interpretativo, que sempre se dá em uma *applicatio*. Visível, pois, a influência das teses gadamerianas na obra de Hesse.

(6) Ver, para tanto, Streck, Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*, 5.ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

dade que abrange a realização concreta do Direito. A norma é o *locus* do acontecer (Ereignen) da “problemático-judicativa realização concreta do Direito” (Antonio Castanheira Neves).

Trata-se, enfim, de dar um salto sobre as concepções hermenêuticas que entendem a interpretação como parte de um processo em que o intérprete “extrai o exato sentido da norma” (sic), como se fosse possível isolar a norma de sua concretização. *Mas trata-se também de superar as concepções que, como contraponto ao normativismo (que equipara à norma ao texto), “avançam” em direção a uma espécie de “direito “livre”(um direito alternativo tardio?), no interior do qual o intérprete atribui qualquer sentido aos textos* (7).

Para compreender essa problemática, é preciso buscar socorro na hermenêutica de cariz filosófico, que supera a idéia de método e de *fundamentum inconcussum absolutum veritatis* (fundamento último próprio do pensamento metafísico). Hermenêutica é, assim, filosofia (e não filologia); é faticidade; é vida; é existência; é concreção. É condição de ser no mundo. *A interpretação não se autonomiza da aplicação.* Por isto, Gadamer supera as “três subtilitas” pela *applicatio*, cujo resultado é a coisa mesma (*Sache selbst*), o caso em sua singularidade, enfim, “o caso decidendo”.

Desse modo, interpretar não é colocar capas de sentido aos “casos”; tampouco interpretar significa investigar o sentido da norma enquanto objetificação cultural, “desontologizada” (ontologia entendida aqui não no sentido clássico, mas, sim, como ontologia fundamental calcada nos dois teoremas fundamentais que a sustentam: a diferença ontológica e o círculo hermenêutico). Os “casos” já são — e somente são — jurídico-concretos. *Com isto, é possível ultrapassar também o problema do suposto fundamento (metafísico) do conhecimento* (veja-se, para tanto, o insuperável trilema de Münchhausen) (8). O próprio fundamento é um modo de ser; é interpretação aplicativa. É, pois, *applicatio*.

(7) Daí a firme advertência de Bonavides: a interpretação quando excede os limites razoáveis em que há de conter, quando cria ou “inventa” contra legem (acrescentaria, contra a Constituição), posto que aparentemente ainda aí na sombra da lei, é perniciosa à garantia como à certeza das instituições. Faz-se mister, acrescenta o mestre, ponderar gravemente acerca das conseqüências que advêm de um irrefletido alargamento do raio de interpretação constitucional, como a observação tornou patente desde que se introduziram métodos desconhecidos na hermenêutica das Constituições. Cf. Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 6.ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 441.

(8) A palavra fundamento tem um conceito plurívoco. Pode ser entendido como verdade absoluta e a-histórica, razão suficiente, conhecimento acabado, princípio ou fundamentação última. Nesse sentido Velasco Arroyo acentua que fundamentar uma norma de ação tem, em último extremo, um intrínseco sentido prático, já que se trata de discutir o porquê de participarmos na prática, necessariamente intersubjetiva, de uma comunidade que se constitui mediante um sistema normativo. A questão da justificação racional tem sido colocada de maneira trivial, como se se tratasse de aplicar as regras lógicas de inferência de modo análogo a como se faz com os enunciados

2. DA IMPOSSIBILIDADE DE UM GRUNDMETHODE OU DE UM METACRITÉRIO HERMENÊUTICO E AS RAZÕES PELAS QUAIS A HERMENÊUTICA NÃO É TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

Desnecessário repisar, nesta quadra ⁽⁹⁾, o problema da metodologia no Direito ou da concepção procedimental-argumentativa que procura construir “modelos de interpretação”: a impossibilidade de “fundamentar/justificar” a fundamentação, ou, dizendo de outro modo, *a impossibilidade da construção de um metamétodo ou metacrítério que possa constituir-se em um critério de normatividade que possa substituir o operar do processo de compreensão.*

Definitivamente, não existe este *Grundmethode*, isso porque, como adverte Lamego ⁽¹⁰⁾, o empreendimento da hermenêutica (filosófica) conduz à rejeição de um modelo de racionalidade apodídico-demonstrativa por via da subversão da idéia de evidência cognitiva (como *fundamentum absolutum inconcussum veritatis*) e procede à articulação de um modelo de circularidade que se atém à irreducibilidade da condição humana de estar-no-mundo.

das ciências físicas. *Esta concepção dedutiva do problema tem encontrado um especial apoio nas conhecidas teses do neopositivismo lógico e do racionalismo crítico, que pressupõem que toda fundamentação deve conceber-se como a inferência desde outro enunciado dentro de um sistema mais ou menos axiomatizado.* Desse modo, segundo tal concepção, fundamentação significa *inferir algo de algo*, o que nos leva inexoravelmente a uma *aporia*. Nesse sentido, Hans Albert (*Traktat über kritische Vernunft*, J.C.B. Mohr, Tübingen), sustenta que todo esforço em encontrar um fundamento absoluto e seguro para uma teoria representa uma tarefa que pode ser classificada como irracional. A busca de um fundamento sólido para determinados enunciados teóricos — seja de caráter empírico ou normativo — conduz sempre a uma situação na qual é necessário eger entre três saídas igualmente inaceitáveis, que pode ser denominado de *trilema de Münschausen*:

- um *regressum ad infinitum*, no qual se incorre na medida em que, para sustentar a pergunta pelo fundamento, aduz-se uma nova razão que por sua vez requer outra fundamentação, o que transforma essa busca pelo fundamento em uma tarefa impossível de ser executada;
- um círculo vicioso no interior da dedução lógica (círculo *in probando*), isto é, pressupor ou aceitar gratuitamente, em uma *petitio principii*, o enunciado que se deseja provar;
- ou, finalmente, uma interrupção na argumentação em um ponto determinado a adotar acriticamente certas premissas, o que supõe uma quebra arbitrária e dogmática do processo de fundamentação (Hans Albert) Cf. Arroyo, Juan Carlos Velasco, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 59 e 60.

⁽⁹⁾ Para uma análise mais aprofundada, ver meu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica — Uma Nova Crítica do Direito*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, em especial o cap. 5, *op. cit.*

⁽¹⁰⁾ Cf. Lamego, *Hermenêutica e jurisprudência*, Lisboa, Fragmentos, 1990, p. 169.

Tudo aponta, assim, para a impossibilidade da existência de um “método fundamental” (o *Grundmethode?*), que possa servir como “fundamento último” de todo o processo hermenêutico-interpretativo...! Por isto, a hermenêutica de cariz metodológico (nas suas mais variadas vertentes e denominações) torna-se refém da metafísica, porque procura um fundamento último (*fundamentum inconcussum absolutum veritatis*). Ora, essa questão do fundamento deita raízes nas profundezas da filosofia, *atravessando milênios nas diversas concepções que assumiram os princípios epocais na determinação da concepção da ciência, da moral, da arte e da religião*. Cada época organizou sua concepção de fundamento a partir da vigência de cada princípio. O rompimento com as concepções metodológicas próprias da filosofia da consciência não alcançou a necessária recepção no campo jurídico.

A hermenêutica jurídica predominante no pensamento dogmático (na doutrina e na jurisprudência) continua refém das práticas dedutivas-subsuntivas, que pressupõem a existência de categorias ou significantes primordiais-fundantes. Em outras palavras, a hermenêutica tradicional (de cunho reprodutivo) *calca-se ainda na subsunção do particular ao geral-abstrato-universal*. E, sustentando a “correção” do resultado desse processo subsuntivo-dedutivo, está o método, supremo momento da subjetividade. Por tais razões, assume absoluta relevância o rompimento paradigmático na hermenêutica proporcionada por *Verdade e Método* de Hans-Georg Gadamer, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica não mais será uma “questão de método”, passando a ser filosofia ⁽¹¹⁾.

É exatamente por isso que não se pode confundir hermenêutica, entendida como filosofia hermenêutica ou ontologia fundamental, com qualquer teoria da argumentação jurídica ou “técnicas, métodos ou cânones” de interpretação, que nada mais são do que procedimentos discursivos que vão se formando numa *sucessão de explicitações que nunca de esgotam, e que cuidam de outra racionalidade, que é apenas discursiva*.

Mas também não se pode esquecer que a “escolha” dos “argumentos lógicos ou dos procedimentos axiomáticos-dedutivos” sempre implicará um novo processo de compreensão, uma vez que tais “argumentos” também não estão “separados” do intérprete. O intérprete não “dispõe” dos argumentos; não existem “capas de sentido” depositadas em algum banco ou reservatório lingüístico, à disposição do intérprete, prontas para serem acopladas à pretensa

(11) Ver, para tanto, Streck, *Jurisdição Constitucional*, *op. cit.*, pp. 229 e segs. Também, Stein, Ernildo. Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade. Apresentação da obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica — Uma Nova Crítica do Direito*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. XIV.

nudez-dos-textos-ou-objetos ⁽¹²⁾: Em síntese, não existem fórmulas capazes de “dar fim” a uma discussão...

Tentando ser mais claro: sentido é um existencial do *Dasein* e não uma propriedade “colada” sobre o ente ou colocado atrás deste ou que paira não se sabe onde, em uma espécie de “reino intermediário” (*Sinn ist ein Existenzial des Daseins, nicht eine Eigenschaft, die am Seienden haftet, “hinter” ihm liegt oder als “Zwischenreich” irgendwo schwebt*) ⁽¹³⁾. A menos que se entenda que os sentidos e os entes (que, assim, estariam à espera do “acoplamento significativo”) existam independentemente um do outro; a menos que seja possível argumentar a partir de “categorias” (significantes primordiais-fundantes, portanto, espécies de “universais”) ou que existam, como magistralmente critica Carrilho, proposições que “representem o mundo”. Ora, os objetos do pensamento não são proposições que representam o mundo ou os estados de coisas, tal como se nos apresentam na realidade. *Tampouco é possível acreditar em um isomorfismo “linguagem/mundo”* ⁽¹⁴⁾.

Ou seja, falar da hermenêutica jurídica implica falar da revolução copernicana representada pela invasão da filosofia pela linguagem (*linguistic turn* ou *ontological turn*). Neste (novo) paradigma os sentidos não estão mais nas coisas e tampouco na consciência de si do pensamento pensante. Ao contrário do que tem sido sustentado a partir do universo metafísico calcado nos princípios epocais, que sempre possuem um caráter entificador e por isso põem a linguagem como objeto, *o intérprete não possui a linguagem; é a linguagem que o possui, desde-sempre; é, enfim, aquilo que nos carrega*. Nas firmes palavras de Gadamer, a experiência não se verifica primeiro sem palavras para se tornar depois, através de designação, em objeto de reflexão. Pertencem, antes, à própria experiência o procurar e o encontrar as palavras que a expressem. Procura-se a palavra correta, isto é, a palavra que pertence realmente à coisa, de modo que ela própria advém assim à palavra ⁽¹⁵⁾.

Daí a minha insistência, no sentido de que se tenha claro que *a pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido se dá na concretude do mundo da vida*. O intérprete não é um *outsider* do processo her-

⁽¹²⁾ Não podemos perder de vista, neste ponto, a preciosa lição de Heidegger, in *Sein und Zeit*, Siebzehnte Auflage, Tübingen, Max Niemeyer, Verlag Tübingen, 1993. p. 150: “(Die Auslegung) wirft nicht gleichsam über das nackte Vorhandene eine ‘Bedeutung’ und beklebt es nicht mit einem Werk, sondern mit dem innerweltlichen Begegnenden als solchen hat es je schon eine Weltverstehen erschlossene Bewandtnis, die durch die Auslegung herausgelegt wird.” (grifei).

⁽¹³⁾ Cf. Heidegger, *Sein und Zeit*, op. cit., p. 151.

⁽¹⁴⁾ Cf. Carrilho, M. M. *Retórica e comunicação*, Prefácio, Porto, Edições Asa, 1994, p. 13.

⁽¹⁵⁾ Cf. *Wahreit und Methode: Grundzeig einer philosophischen Hermeneutik*, I, Tübingen: Mohr, 1990, pp. 393 e segs.

menêutico. Há um já-sempre-compreendido em todo processo de compreensão. No conto está o contador. É por isto que Heidegger vai dizer que o mensageiro já vem com a mensagem. E é por isto que não se pode falar, de forma simplista, em “textos jurídicos”. *O texto não existe em si mesmo*. O texto — que só é na sua norma — só se complementa no ato interpretativo. O texto como texto é inacessível, e isto é incontornável! O texto não segura, por si mesmo, a interpretação que lhe será dada. *Do texto sairá, sempre, uma norma* (16).

Assim, concordo com Friedrich Muller quando diz que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto (17). *Mas isto não pode significar que haja uma separação (ou “independência”) entre ambos (texto e norma)*. Com efeito — e permito-me insistir neste ponto —, do mesmo como não há equivalência entre texto e norma (e entre vigência e validade), estes não subsistem separados um do outro, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica.

Na verdade, o texto não subsiste *como* texto; *não há texto isolado da norma!* O texto já aparece na “sua” norma, porque não interpretamos por partes; interpretar é aplicar (*applicatio*). O sentido do texto (que é a sua norma) ex-surge do processo de atribuição de sentido do intérprete, sendo que, para isto, como será demonstrado em seguida, *não existe um processo de discricionariedade do intérprete*, uma vez que a atribuição de sentido ex-surgirá de sua situação hermenêutica, da tradição em que está inserido, enfim, a partir de seus pré-juízos. A diferença ontológica, *locus* do ato aplicativo (*applicatio*) funciona, assim, como garantia contra essa discricionariedade representada por uma pretensa “liberdade de atribuição de sentidos”. Por isto a hermenêutica não é relativista. A *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque decorre da antecipação de sentido que é próprio da hermenêutica de cariz filosófico que rompeu com o método. Aquilo que é condição de possibilidade — pré-compreensão/antecipação de sentido — não pode vir a transformar-se em um “simples resultado”, manipulável pelo intérprete. Dito de outro modo, mostrar a hermenêutica como produto de um raciocínio feito por etapas (partes) foi a fór-

(16) Como já referido à saciedade, a dicotomia texto-norma não implica a separação (metafísica) entre texto e norma, como se ambos pudessem ter existência autônoma. *Isto provoca(ria) a entificação do texto*. A partir da Nova Crítica do Direito (ver, para tanto, meu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, *op. cit.*, cap. 5), entendo que há, sim, uma diferença (que nada mais é do que a diferença ontológica) entre texto e norma. E essa diferença é que faz a diferença entre texto e norma, assim como entre vigência e validade.

(17) Ver, para tanto, *Juristische Methodik, Fünfte Aufolage*, Berlin: Duncker & Humboldt, 1993; no mesmo sentido, Eros Grau, *La Doble Estructuración y interpretación del derecho*, Barcelona, Editorial, Editorial M. J. Bosch, SL, 1998.

mula que o pensamento metafísico (do qual a dogmática jurídica é refém) encontrou para “subjugar” os sentidos dos textos. A pré-compreensão antecipadora do sentido de algo ocorre à revelia de qualquer “regra epistemológica” ou método que fundamente esse sentido.

Por isto — repito — não há “separação” entre texto e norma; há, sim, uma diferença entre eles (que é ontológica), questão que pode ser retirada da assertiva heideggeriana de que *o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!* No plano da hermenêutica jurídica — e daquilo que venho denominando de Nova Crítica do Direito —, é possível afirmar que a norma (que é produto da atribuição de sentido a um texto) *não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto “desnudo”*. Ela é, sim, *a construção hermenêutica do sentido do texto*. Esse sentido manifesta-se na síntese hermenêutica da *applicatio*, espécie de ponto de estofa da interpretação.

Em conseqüência, tem toda a razão Nelson Saldanha quando critica a tese — hoje muito difundida no plano de algumas teorias hermenêuticas e em certas teorias da argumentação jurídica — de que o texto da norma é apenas um “enunciado lingüístico”:

“todo texto é um enunciado lingüístico, mas nenhum texto é apenas isto: o texto de um poema se distingue de seu ‘conteúdo’, como ocorre com o de uma prece ou o de uma mensagem pessoal. Mas em cada caso o texto está relacionado ao conteúdo: não se procuraria uma mensagem religiosa no texto de um livro de química, nem se buscaria um conteúdo poético no texto de um decreto. *Os textos que integram o direito positivo contêm a norma: são textos jurídicos e não contábeis, nem litúrgicos. Não se chegaria à norma sem o texto dela, nem com outro que não fosse jurídico.* A distinção entre as palavras do texto e o conteúdo normativo não pode levar a uma negação da relação entre ambas as coisas” (18).

Concordo, pois, com o professor pernambucano, quando diz que os textos que integram o direito positivo já, de pronto, contêm a norma cujo sentido aponta para o fato de que *tais textos são jurídicos e não qualquer outra coisa*. Ou seja, há um sentido que se antecipa e, portanto, é condição de possibilidade: antes de tudo, o texto é um texto jurídico! *Em síntese, texto e norma são coisas distintas, mas não separadas, no sentido de que possam subsistir um sem o outro*. Também por isto um não contém o outro, assim como o ser não contém o ente (e nem o ser é um ente!). Entre texto e norma há, sim, uma diferença, que é ontológica.

(18) Cf. Saldanha, *Racionalismo*, *op. cit.*, pp. 203 e segs.

E é exatamente por isto que a afirmação “a norma é (sempre) produto da interpretação do texto”, ou que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste — o intérprete — poder dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa” (19), atribuindo sen-

(19) O exemplo a seguir ilustra muito bem essa problemática, tão comum e perceptível, aliás, na prática quotidiana da operacionalidade do Direito, em que, ao mesmo tempo em que proclama a necessidade de segurança jurídica (*sic*) e alerta para os perigos (*sic*) de interpretações “criadoras de direito”, o pensamento dogmático do Direito convive com (e incentiva) atitudes voluntaristas, estas sim facilmente inseridas nesse mesmo “relativismo” de que são acusadas as posturas hermenêuticas. Veja-se, destarte, o seguinte caso (Proc. n.º 70008.287.708 — 5.ª Câmara Criminal — TJRS): em sede de execução penal, um indivíduo condenado a 9 anos e 2 meses de reclusão (furto qualificado e assalto) recebeu o benefício da progressão de regime (do fechado para o aberto). Conseqüentemente, passou a fazer jus a saídas temporárias, regulamentadas nos arts. 122 e segs. da Lei de Execuções Penais. Uma leitura mesmo que superficial deixa claro que o benefício das saídas temporárias destina-se a datas especiais (art. 122), tanto que a lei sequer o prevê para os presos em regime aberto. O art. 123 estabelece que a autorização será concedida por ato motivado do juiz, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, e dependerá de outros requisitos (incisos I, II e III). Além disto, há limites para a concessão (art. 124). Para surpresa do Ministério Público e a revelia dos dispositivos legais, o juiz concedeu ao apenado o benefício das saídas temporárias *de forma automatizada*, isto é, dispensando a prévia ouvida do Ministério Público, em contrariedade ao art. 67 da LEP. Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de agravo, visando ao cumprimento do dispositivo que impõe a prévia fiscalização de cada saída (afinal, o direito não resulta do exame de cada caso?). Em parecer que exarei junto ao Tribunal de Justiça, procurei demonstrar o equívoco da decisão do juiz, porque a ele não é dado o poder de “elaborar regras” (na verdade, ao ignorar o conteúdo mínimo de base do art. 67 da LEP, o juiz transformou-se em legislador). A toda evidência, a autorização programada de saídas é inconcebível, porque afasta a possibilidade de fiscalização, em cada momento adequado, pelo órgão ministerial, além de dar excessivos poderes para o administrador do estabelecimento penal. Antes de tudo, a decisão afasta-se dos objetivos do Estado Democrático de Direito, que rejeita claramente o caminho da administrativização da execução penal. Este é, pois, um típico exemplo de “ausência de limites no processo hermenêutico”. Com efeito, para que uma lei — ou parte dela — deixe de ser aplicada, deve haver uma fundamentação — de índole constitucional — consistente. Sendo mais claro: se a lei ou o dispositivo não é inconstitucional — e tudo está a indicar que o artigo que está sendo descumprido não padece de qualquer vício de inconstitucionalidade —, então as possibilidades de não aplicação reduzem-se a zero! Razões de ordem pragmática (*sic*) não são suficientes para que se “passe por cima da lei”. *Daí os limites do processo interpretativo. Não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa!* Afinal, por mais que um intérprete seja convincente, por certo não conseguirá convencer o interlocutor, por exemplo, que não foi a Alemanha que invadiu a Polônia, e sim o contrário...! Este é, aliás, um dos problemas da “ciência jurídica” no Brasil, constatável a toda evidência, também no Supremo Tribunal Federal, que, por vezes, ao deixar de aplicar a Constituição, transforma-se — ilegítimamente — em constituinte originário (ou derivado). No caso sob comento, em havendo um comando legal, — *que não é inconstitucional* — que determina a oitiva do Ministério Público — mormente na hipótese do caso *sub judice* onde a pena é alta — não há qualquer justificativa para o pragmatismo com que se moveu o juiz. Repita-se: há limites no processo interpretativo, que não pode ser relativizado. *É por isto que — insisto — texto e norma não estão separados; o que há entre eles é uma diferença ontológica.*

tidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). Ou seja, a norma — assim entendida — não pode superar o texto; ela não é superior ao texto. Afinal, como bem alerta Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática. Isto não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária (20).

Daí a necessidade desse esclarecimento, uma vez que, frequentemente, a hermenêutica — na matriz aqui trabalhada — tem sido acusada de relativismo. Com efeito, na medida em que a hermenêutica é incompatível com a existência de um fundamento *inconcussum absolutum veritatis* como quer a metafísica, e em face da *impossibilidade de uma metodologia* apta a sustentar a verdade dos discursos (problemática ínsita às posturas procedimentais), a pergunta a ser feita é:

fora dos cânones ou métodos, que, aliás, não garantem qualquer segurança ao intérprete pela ausência de um critério para definir a escolha do “melhor”

(20) *Der Richter, welcher das überlieferte Gesetz den Bedürfnissen der Gegenwart anpasst, wil gewiss eine praktische Aufgabe lösen. Aber seine Auslegung des Gesetzes ist deshalb noch lange nicht eine willkürliche Umdeutung.* Cf. Gadamer, *Wahrheit und Methode, Grundzüge*, op. cit., p. 333. Portanto, todas as formas de decisionismo ou voluntarismo devem ser afastadas. O fato de não existir um método que possa dar garantia a “correção” do processo interpretativo — denúncia presente, aliás, já em Kelsen, no oitavo capítulo de sua *Teoria Pura do Direito* — não pode justificar, como querem autores como Uadi Lamnego Bulos, que seja facultado “ao intérprete estimular as interpretações possíveis, de acordo com sua vontade e o seu conhecimento.” Consoante Bulos, “dentre as diversas opções colocadas ao seu dispor, o exegeta escolhe aquela que lhe afigurar com a mais satisfatória”, podendo valer-se, para tanto, “dos recursos que estiverem ao seu dispor”, acrescentando, ainda, “ser injustificável qualquer censura ou cerceamento em relação ao mister interpretativo, seja qual for o argumento, precisamente porque é impossível determinar uma única interpretação como válida” (Bulos, Uadi Lamnego, *Manual de Interpretação Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1997). Não é possível concordar com a referida tese. Há limites no processo interpretativo. O texto “limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo”, alerta João Mauricio Adeodato (“Jurisdição Constitucional à brasileira — situações e limites”, in: *Neoconstitucionalismo — ontem, os códigos; hoje, as Constituições, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, IHJ, 2004, n. 2, p. 180). O texto não se sobrepõe à norma resultante do processo interpretativo. O intérprete não “dispõe” do texto. Atribui sentidos, sim, mas não de acordo com a sua vontade e do seu conhecimento. Isto leva(ria) à discricionariedade judicial. Como muito bem assinala Nelson Saldanha, a reação contra o normativismo não pode significar que a interpretação do direito deixe de supor uma ordem de normas, que se completam com princípios. Ou seja, sem textos não há normas: o que se chama direito não é algo separado da hermenêutica, *mas não se pode diluir nem dissolver a aplicação do direito dentro de uma total imprevisibilidade.* (Cf. Saldanha, Nelson, “Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma”, in: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, n.º 10, ano 2000, Recife, UFPE, pp. 203 e segs.).

método (meta-critério ou *Grundmethode*), estaria a interpretação do Direito condenada a um “decisionismo irracionalista”?

Definitivamente, a resposta é não, e essa convicção vem apoiada em Grondin, que, fundado em Gadamer, *rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo (ou irracionalidade) à hermenêutica filosófica!* Com efeito, Grondin sustenta a possibilidade de se combinar a pretensão de verdade com o compreender diversamente. Gadamer deixa isto muito claro: com frequência compreendemos diversamente porque nós mesmos falamos novamente sobre a verdade, quando aplicamos à nossa situação algo verdadeiro (uma afirmação exata, uma crítica, etc.). Sem dúvida, cada indivíduo, a sua maneira e diversamente, assim o faz, a todo tempo. Mas, o que cada tentativa de compreensão pretende, segue sendo uma verdade, sobre a qual se pode eventualmente discutir. Seria um curto-circuito histórico explicar como relativista a verdade aceita, no caso, de maneira diversa. Daí a incisiva advertência de Grondin: *para a hermenêutica, quando se falava do relativismo, este nunca passou de um fantasma, isto é, uma construção elaborada para nos provocar susto, mas que não existe.* Na verdade, um relativismo, *comumente entendido como a concepção segundo a qual determinada coisa, ou mesmo qualquer coisa, é exatamente como qualquer outra*, de fato nunca foi defendido seriamente. Em todo o caso, não pela hermenêutica, que afirma, certamente, que as experiências que nós fazemos com a verdade estão inseridas em nossa situação, e isso significa: na conversação interior que nós realizamos constantemente com nós mesmos e com os outros ⁽²¹⁾.

Diga-se de forma objetiva: *jamais existiu um relativismo para a hermenêutica; são antes os adversários da hermenêutica que conjuram o fantasma do relativismo, porque suspeitam existir na hermenêutica uma concepção de verdade, a qual não corresponde às suas expectativas fundamentalistas*, tranqüiliza-nos Grondin. Dessa forma, na discussão filosófica contemporânea, o relativismo funciona como um espantalho ou um fantasma assustador, em favor de posições fundamentalistas, que gostariam de abstrair da conversação interior da alma. *Quem fala do relativismo pressupõe que poderia existir para os humanos uma verdade sem o horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta ou desligada de nossos questionamentos.* Como se alcança uma verdade absoluta e não mais discutível? Isto nunca foi mostrado de forma satisfatória. No máximo, *ex negativo*: essa verdade deveria ser não-finita, não-temporal, incondicional, insubstituível, etc. Nessas caracterizações chama a atenção a insistente negação da finitude. *Com razão pode-se reconhecer*

(21) Cf. Grondin, *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Tradução e Apresentação de Benno Dischinger, São Leopoldo, UNISINOS, 1999, p. 229 e segs.

nessa negação o movimento básico da metafísica, que é exatamente a superação da temporalidade (22).

Numa palavra, e reafirmando o que foi dito anteriormente, Grondin deixa claro que a falta de uma verdade absoluta não significa que não haja verdade alguma. Como mostram as experiências indubitáveis com a mentira e a falsidade, estamos exigindo constantemente a verdade, isto é, a coerência de um sentido que esteja em concordância com as coisas tal como podemos experimentá-las e para as que se podem mobilizar argumentos, provas, testemunhos e constatações. Negar isto seria uma extravagância sofista. Veja-se, no entanto, que as verdades nas quais podemos participar de fato e as que podemos defender legitimamente não são nem arbitrárias e nem estão asseguradas de maneira absoluta (23).

3. INTERPRETAMOS PARA COMPREENDER OU COMPREENDEMOS PARA INTERPRETAR?

De tudo o que foi dito, é possível extrair a convicção de que negar que a norma é produto da interpretação do texto e que interpretar é sempre um ato aplicativo (*applicatio*), implica negar a temporalidade. Os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma ocorre precisamente na incidência do tempo. Daí a impossibilidade de reprodução de sentidos, como se o sentido fosse algo que pudesse ser arrancado dos textos (da lei, etc.). Os sentidos são atribuíveis, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete. Interpretar é, pois, existência; e essa existência é concretude. Daí a necessidade da constante advertência: hermenêutica não é filologia; não há interpretação independente de problemas concretos, como já de há muito adverte Konrad Hesse (*Es gibt keine von konkreten Problemen unabhaengige Verfassungsin-terpretation*).

Não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar. Ou seja, a hermenêutica da faticidade inverterá essa relação teleológica entre interpretação e compreensão. O texto será sempre o “já normado” pelo intérprete. É por isto que um mesmo texto dará azo a várias normas. *A norma será sempre, assim, resultado do processo de atribuição de sentido (Sinngebung) a um texto.* Mas, atenção: este texto não subsiste como “um ente disperso” no mundo. *O texto só é na sua norma!* Quando olhamos um texto, o nosso olhar já atribuirá uma determinada norma a esse texto. É nesse sentido que, no plano

(22) *Idem, ibidem.*

(23) Cf. Grondin, *op. cit.*, p. 199.

da filosofia hermenêutica aqui trabalhada — e isto pode parecer complexo aos olhos do jurista inserido no sentido comum teórico —, *o ser será sempre o ser de um ente*.

Dizendo de um modo mais simples: é necessário ter claro que *o sentido não é algo que pode ser imposto a um objeto, nem é um objeto de percepção distinto, nem sequer um intermediário entre o sujeito e o objeto* (24). Como assevera Grondin, o específico “ser-lançado”, e a historicidade do *Dasein* são a característica indelével de nossa faticidade. O explícito esclarecimento dessa pré-estrutura historicamente dada (antecipação de sentido) — à qual não estamos cegamente prisioneiros ou à mercê — é o que se chama na ontologia fundamental de *Interpretação* (25). A interpretação deriva da compreensão, pois (26). A compreensão é condição de possibilidade para a interpretação. *Compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser*. Definitivamente, compreender (e, portanto, interpretar) *não depende de um método*; por isso, com a hermenêutica da faticidade (fenomenologia hermenêutica), *salta-se da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão*.

Fica clara, assim, a partir da ontologia fundamental, a possibilidade de se dizer que a “escolha” de um método não implica uma elaboração prévia, que propiciaria *a posteriori* — como que a repetir as fases próprias da hermenêutica clássica (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*) (27) — o acesso à compreensão “correta” dos textos (jurídicos). Pelo contrário, o *Dasein* já interpretou sempre e como tal não está em causa um método prévio. Afinal, “a escada para penetrar nas estruturas existenciais do *Dasein* é manejada pelo próprio *Dasein*, e não pode ser preparado fora para depois penetrar no objeto” (28). Por isso, quando o intérprete do direito diz “*eu interpreto desse modo porque estou baseado no método tal*”, o *Dasein* se pronuncia (e já se pronunciou desde há muito) como *ser-no-mundo*.

Para tanto, temos que ter consciência que no positivo se “mostra” o velado. Uma crítica de cariz hermenêutico fenomenológico, *que venho denominando de “Nova Crítica do Direito” (NCD)* (29), tem a tarefa de estabelecer uma clareira

(24) Cf. Couzens Hoy, *Poliedro Heidegger*, Dir. De Charles Guignon, Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 200.

(25) Para tanto, ver Grondin, *op. cit.*, p. 163.

(26) Cf. Couzens Hoy, *op. cit.*, pp. 198 e segs.

(27) Nesse sentido, ver Gadamer, *Wahrheit und Methode*, I, pp. 312 e segs

(28) Cf. Stein, Ernildo, “Introdução ao método fenomenológico heideggeriano”, in: *Conferências e Escritos*, São Paulo, Abril Cultural, 1979, p. 92.

(29) A Nova Crítica do Direito que venho propondo — e que está desenvolvida com mais profundidade no meu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, *op. cit.*, produto das pesquisas desenvolvidas no DASEIN-Núcleo de Estudos Hermenêuticos que coordeno junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito — Mestrado e Doutorado — da UNISINOS-RS-Brasil —, deve ser enten-

(*Lichtung*) ao imaginário jurídico, buscando construir um espaço aberto para tudo que se apresenta e ausenta, deixando o fenômeno vir-à-presença, porque a clareira, no sentido que Heidegger lhe dá, é essa região na claridade da qual pode

dida como processo de *desconstrução da metafísica vigente no pensamento dogmático do direito* (sentido comum teórico). Trata-se de uma crítica hermenêutica do direito, cujo objetivo é o de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos” (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, através de um pensamento objetificador (cf. Stein, *Diferença*, *op. cit.*, pp. 67 e segs.). Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência), faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente. No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais-valia do ser (sentido) do Direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer. Há que se retomar, assim, a crítica ao pensamento jurídico objetificador, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, rompendo-se com o paradigma metafísico-objetificante (aristotélico-tomista e da subjetividade), que impede o aparecer do direito naquilo que ele tem (deve ter) de transformador. A Nova Crítica do Direito, fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme ensina Heidegger, “o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado”. Trata-se, enfim, da elaboração de uma análise antimetafísica, isto porque a partir da viragem lingüística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é, como bem assinala Luiz Rohden (*Hermenêutica e Linguagem*, Edipucrs, 2000, p. 160), “constituente e constituidora do nosso saber, conhecer e agir”. Ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (*Auslegung*) e passa a ser produtivo (*Sinngebung*). É impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão, isto é, como aduz com pertinência Stein, nós, que dizemos o ser, devemos primeiro escutar o que diz a linguagem. A compreensão e explicitação do ser já exigem uma compreensão anterior. Há sempre um sentido que nos é antecipado. Opta-se, desse modo, por adotar a matriz heideggeriana, enquanto superação do esquema sujeito-objeto, representada pela busca na filosofia de um fundamento para o conhecimento, a partir do discurso em que impera a idéia de juízo (Stein). O privilégio da ontologia fundamental heideggeriana radica na construção das condições de possibilidades que esse ferramental representa para uma crítica ao pensamento objetificador que domina o pensamento dogmático do direito. A ontologia fundamental rompe com o processo de entificação do ser próprio do pensamento dogmático-jurídico. Dito de outro modo, enquanto a dogmática jurídica tenta explicar o direito, a partir da idéia de que o ser (o sentido) é um ente (isto é, como se o conceito de “coisa julgada” ou “legítima defesa” fosse um ente apreensível como ente), a partir de Heidegger pretendo mostrar que há uma clivagem entre nós e o mundo, porque nunca atingimos o mundo dos objetos de maneira direta, mas, sim, sempre pelo discurso (Stein, *Diferença*,

aparecer tudo o que é ⁽³⁰⁾. Para essa (difícil e urgente) tarefa de des-ocultação é preciso buscar o acontecimento em que já sempre estamos apropriados (*Ereignen*), conduzindo o discurso jurídico ao próprio direito, tornando-o visível, denunciando o pensamento dogmático do direito e sua condição de refém da metafísica.

Com Castanheira Neves, não é demais lembrar, ainda para reafirmar a incompatibilidade da hermenêutica de cariz filosófico com as posturas metodológico-procedimentais (presentes no senso comum teórico dos juristas e nas teorias da argumentação jurídica), que a interpretação é compreendida como um ato unitário em que concorrem integradamente vários elementos, pelo que não há *uma* interpretação gramatical, *uma* interpretação histórica, etc. (e acrescento: não há *uma* interpretação sistemática, *uma* interpretação teleológica, etc.), mas, sim, um elemento gramatical, um elemento histórico, etc., que, conjuntamente, *concorrem para o ato interpretativo* ⁽³¹⁾, e assim por diante, donde não se torna desarrazoado afirmar que pugnar por uma hermenêutica constitucional enquanto método ou técnica nada mais é do que agregar ao processo de interpretação tradicional (“métodos” gramatical, teleológico, sistemático, etc.) “o” ou “um” *elemento* constitucional, o que se afigura, a toda evidência, em uma insuficiência hermenêutica.

Assim, uma hermenêutica que ainda se calque em métodos ou técnicas (cânones) interpretativos *fica sobremodo fragilizada no universo da viragem lingüística/ontológica*. Daí ser possível exprimir a firme convicção da fragilidade dos assim denominados métodos ou técnicas de interpretação.

Em síntese, pensar na interpretação jurídica como produto de método(s), é pensar que o conjunto normativo (ou o sistema jurídico e tudo o que o cerca) é, inicialmente, algo nu/carente de sentido ⁽³²⁾, que irá receber, da nossa com-

op. cit., p. 48). A *Nova Crítica do Direito (NCD)* sustenta-se na noção de “método” formulado por Heidegger, pelo qual a linguagem é comandada pela coisa mesma, torna-se absolutamente relevante sua inserção no direito, exatamente pelo fato de que o pensamento dogmático do direito, por ser objetificador e pensar o direito metafisicamente, esconde a coisa mesma, obnubilando o processo de interpretação jurídica. Essa coisa mesma que Heidegger persegue é a questão do ser no horizonte da diferença ontológica (Stein, *Diferença*, *op. cit.*, p. 70). Por isso, todo o trabalho de desconstrução do pensamento dogmático-objetificador do direito é feito, no interior da Nova Crítica do Direito, sob o signo desse fundamental teorema heideggeriano, a diferença ontológica. Ver, para tanto, Streck, *Jurisdição*, *op. cit.*, em especial cap. 5.

⁽³⁰⁾ Para tanto, consultar Heidegger (*Tempo e Ser e Meu Caminho para a fenomenologia*, 1972); (1978); também Zarader, *op. cit.*, 1990, pp. 83 e segs).

⁽³¹⁾ Cf. Castanheira Neves, *op. cit.*

⁽³²⁾ Nesse sentido, Heidegger vai assinalar que “*Sein geht jedoch nicht, seinen Ort verlassend zum Seienden hinüber, so als könnte Seiendes, zuvor ohne das Sein, von diesem erst angegangen werden. Sein geht über (das) hin, kommt entbergend über (das), was durch solche Überkommnis erst als von sich her Unverborgenes ankommt. Ankunft heisst: sich Bergen in*

preensão *subjektiva*, determinada significação, como se essa significação fosse dada pelo sujeito (do conhecimento) a um objeto, quando com ele “confrontado”... Pensar assim é pensar a interpretação como sendo um instrumento de conhecimento ⁽³³⁾! Ora, isso é um equívoco, porque — e o socorro vem novamente de Grondin — o que existe, de início, é precisamente nossa relação com o mundo (com o Direito, os textos normativos, Constituição etc.), “no *modus* de pré-esboços da compreensão. A consideração meramente teórica do mundo, cuja possibilidade Heidegger nunca exclui, acentua o mesmo autor,” consiste numa explícita *suspensão de tais zelosos esboços*. O primário é, no entanto, esse hermenêutico “como”, no qual tudo vem ao nosso encontro e nos importa.” Nossos esboços sobre o Direito, por exemplo, de início, não são de nossa escolha. Somos, antes, “jogados” neles, na lingüisticidade do mundo ⁽³⁴⁾. Não se olvide que, “antes de cada interpretação, manifesta-se o hermenêutico, como “*a trazida de mensagem e notícia*” ⁽³⁵⁾.

De um modo mais simples, é necessário ter claro que *o sentido não é algo que pode ser imposto a um objeto, nem é um objeto de percepção distinto, nem sequer um intermediário entre o sujeito e o objeto* ⁽³⁶⁾. Observe-se que Gadamer, para se contrapor à hermenêutica enquanto método ou *ars interpretativa*, que estabelece regras sobre “como interpretar”, vai justamente calcar sua tese em uma ontologia hermenêutica, a qual se fundamenta na faticidade e no modo-de-ser-no mundo do intérprete.

Salta aos olhos, assim, a circunstância de que a filosofia não é lógica, ou, dizendo de outro modo, na filosofia a lógica é apenas uma ferramenta para a organização do pensamento. Na aguda percepção de Gadamer, a hermenêutica possui uma temática específica. *Apesar de sua generalidade, não pode ser integrada legitimamente na lógica*. Em certo sentido, partilha com a lógica a universalidade. Entretanto, em outro, supera-a ⁽³⁷⁾.

Portanto, na hermenêutica (fenomenologia hermenêutica), a ferramenta não é decisiva, isso porque *na linguagem existe algo muito além do enunciado*, isto é, o enunciado não carrega em-si-mesmo o sentido, que seria “desacoplado” pelo intérprete (é o que se chama de hermenêutica reprodutiva — *Auslegung*).

Unverborgenheit: also geborgen anwähren: Seiendes sein”. Cf. Heidegger, Martin, *Identität und Differenz*, ed. Bilíngüe, Barcelona, Anthropos, 1990, p. 138, tb. Grondin, pp. 157 e segs.

⁽³³⁾ Cf. Grondin, *op. cit.*, pp. 163 e segs.

⁽³⁴⁾ Para tanto, ver Grondin, *op. cit.*, p. 163, texto aqui adaptado.

⁽³⁵⁾ Cf. Grondin, *op. cit.*, p. 176; tb. Heidegger, *Unterwegs zur Sprache*, 3.^a ed. Pfullingen, Günther Neske, 1965, p. 122.

⁽³⁶⁾ Cf. Hoy, David Couzens, *Poliedro Heidegger*, Dir. de Charles Guignon, Lisboa, Instituto Piaget, 1998, p. 200.

⁽³⁷⁾ Cf. Hoy, p. 200.

É preciso ter claro que no processo interpretativo sempre fica algo de fora, o não dito, o inacessível (veja-se aqui a máxima de Gadamer: *ser que pode ser compreendido é linguagem*).

Por isso, a ferramenta lógica — que aqui podemos denominar de “racionalidade discursiva” — é utilizada no enunciado, tendo a função de explicitar o já compreendido, que emana de um *standard* de racionalidade estruturante, que já sempre antecipa o nosso comportamento. E em sendo a hermenêutica aqui trabalhada filosofia e não método(logia) — portanto, a hermenêutica não é uma espécie de “regramento que trata de como se deve interpretar” —, não se podem confundir as dimensões daquilo que se pode denominar de níveis ou *standards* de racionalidade (38).

É nesse exato sentido que Stein (39) vai chamar a atenção para o fato de que *o Direito tendencialmente pensa encontrar na lógica da argumentação de caráter puramente axiomático-dedutivo o principal auxílio da filosofia*. Se fosse assim, então a filosofia apenas viria confirmar o caráter de positividade apresentado pelo Direito. Deve haver portanto, acrescenta Stein, *modos diferentes de apresentar a questão da racionalidade e, assim, dos standards de racionalidade*. Putnam faz a distinção entre racionalidade I e II, onde a I se situaria na base da racionalidade II e representaria um *a priori* que a racionalidade discursiva sempre pressupõe, mas não necessariamente explicita. A racionalidade II seria aquela própria dos discursos da ciência, que se fazem por etapas, sendo sucessivos e complementares, podendo se estender de maneira indefinida no universo de um conhecimento determinado. *A tarefa fundamental da filosofia* (e, acrescento, nos limites destas reflexões, a tarefa da hermenêutica) *passaria, então, a consistir na contribuição para explicitar a racionalidade I com que o conhecimento nas ciências sempre opera, porque estruturante e organizador do mundo com que sempre operamos*, quando lidamos com processos de argumentação e — para o que aqui interessa especialmente — até de validação do discurso jurídico (40).

O que interessa registrar, a partir da matriz teórica que sustenta estas reflexões, é que a racionalidade discursiva — explicitadora do modo estruturante do conhecimento — *não pode ser confundida e nem tampouco pode substituir*

(38) Ver, para tanto, Putnam, Hilary, para quem “*não podemos esperar a mecanização da interpretação, sendo o sonho de formalizar a interpretação tão utópico como o de formalizar a própria racionalidade não-paradigmática*”. *Razão, verdade e história*. Trad. Antonio Duarte. Lisboa, Dom Quixote, 1992, em especial pp. 75 e segs.; tb. *O realismo de rosto humano*, Lisboa, Piaget, s/d, pp. 195 e segs., e *Representation and Reality*, Massachusetts Institute of Technology, 1988.

(39) Cf. Stein, Ernildo, *Exercícios de fenomenologia. Limites de uma paradigma*, Ijuí, ed., UNIJUI, 2004, pp. 152 e segs.

(40) Cf. Stein, *Exercícios, op. cit.*

a questão do fundamento. Melhor dizendo, na medida em que o fundamento, como já se viu, é um modo de ser e não um procedimento, este não fornece, nem de longe, a “segurança” que a metodologia (metafísica-fundamentalista) pretende dar ao conhecimento. Portanto, a questão da relação da filosofia com o Direito é dupla. De um lado, o nível apofântico, no interior do qual o jurista lida com uma racionalidade discursiva, que, com Putnann, poderia ser chamada de racionalidade II. De outro, há uma discussão *a priori* (racionalidade I), *onde o todo da racionalidade é dado sem a argumentação, ou, melhor dizendo, onde a argumentação chega sempre tarde.*

Dito de outro modo, no nível da racionalidade I a argumentação não é condição de possibilidade; é, antes, ferramenta. Por baixo da retórica, da argumentação, enfim, da(s) teoria(s) da argumentação jurídica, há sempre algo que a(s) sustenta(m), como a historicidade do Direito e do compreender, a partir da autocompreensão do intérprete, que nunca se coloca de forma objetificada.

Nesse sentido, releva registrar que, na medida em que a compreensão é um existencial — afinal, não me pergunto por que eu compreendo, pela exata razão de que eu já compreendi —, é possível dizer que *a procura de elementos de racionalidade que garantam uma orientação de validade intersubjetiva transforma esta racionalidade em um vetor de segundo nível.* Neste ponto, não se pode perder de vista o alerta de Heidegger, para quem “interpretar a 'teoria do conhecimento' como explicitação do 'conhecimento' e como 'teoria' das ciências constitui um equívoco, embora esse negócio de asseguramento seja apenas uma conseqüência da conversão do ser em objetividade e representação proposicional” (41).

Não há teoria do conhecimento sem ser-no-mundo. De certo modo, este equívoco é próprio de autores como Perelman, para citar apenas um, que, ao partir da idéia de que a análise dos raciocínios utilizados pelos políticos, juízes ou advogados deve ser o ponto de partida para a construção de uma Teoria da Argumentação Jurídica, tenta substituir o nível de racionalidade I pelo II. Confundem-se, aí, os diferentes níveis de racionalidade, o que inexoravelmente conduz o processo interpretativo a objetificação.

Assim, confundir o conhecimento (processo compreensivo) com o modo de explicação desse conhecimento (justificação do compreendido) implica colocar-nos diante de um dilema, representado pelo problema da escolha ou da “melhor escolha” de um *standard* de racionalidade, com bem alerta Stein: “nenhuma filosofia vem para ornamentar um discurso jurídico e nem servirá de refúgio para as perplexidades nascidas dos limites e das tentativas de fundamentação”.

(41) Cf. Heidegger, Martin, *Ensaio e Conferências*, Rio de Janeiro, Vozes, 2002, p. 65.

É claro que, por detrás de toda a discussão — pautada pela eterna busca dos juristas por uma racionalidade fundamentadora do “resultado” da interpretação — está exatamente a concepção tradicional de racionalidade calcada no *fundamentum absolutum inconcussum veritatis* que caracteriza a(s) metafísicas(s). Ou seja, por essa tese, haveria um fundamento último que satisfaria o raciocínio, problemática essa que atravessa os milênios, vindo desde a idéia platônica, a substância aristotélica, o *ens creatur* na Idade Média, o *cogito* cartesiano que instaura a racionalidade assujeitadora, o sistema do saber absoluto hegeliano, o eu transcendental kantiano, e, finalmente, a vontade do poder em Nietzsche, identificada por Heidegger como o último *standard* de racionalidade da era da metafísica. Todos são princípios epocais sustentados na entificação e na objetificação. Heidegger vai romper com as duas metafísicas, apresentando um (novo) *standard* de racionalidade, a partir da questão do ser ligada à compreensão do ser pelo *Dasein*, entendido como síntese, como modo de ser no mundo, como aquilo que já sempre representa uma antecipação que acompanha todo o nosso conhecimento (42).

Este novo modo de compreender, que rompe com a relação sujeito-objeto, representa uma verdadeira revolução copernicana, ao colocar *em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento*, questão bem presente, na década de 60 do século XX, na obra de Gadamer, onde a hermenêutica de cunho metodológico-procedimental recebe seu golpe de misericórdia. Não é desarrazoado afirmar, nessa linha, que o procedimento — ou, como queiram, *o modo procedimental de acesso ao conhecimento* — constitui-se em um novo princípio epocal, em face do caráter de universalidade que tais posturas retórico-argumentativas procuram dar ao procedimento, *como se este — o procedimento — fosse o modo privilegiado de acessar o processo compreensivo, domesticando-o a partir de fórmulas ou cânones interpretativos*.

Importa referir que, em um universo que calca o conhecimento em um fundamento último (princípios epocais), e no interior do qual a “epistemologia” é confundida com o próprio conhecimento, a linguagem fica relegada a uma terceira coisa (simples “veículo de conceitos”, pois), que fica à “disposição” do sujeito-intérprete. Esta questão, aliás, levou Gadamer a fazer uma crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intellegendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é, primeiro conheço, depois interpreto, para só então aplicar).

Talvez por isso é que o juiz dirá, de forma equivocada, porque refém do pensamento metafísico, que “primeiro decide, para só depois fundamentar” (sic). Ora,

(42) Cf. Stein, *Exercícios*, *op. cit.*

o jurista/intérprete (doutrina e jurisprudência) somente pensa desse modo porque está inserido no paradigma metafísico-objetificante que pré-domina o imaginário jurídico, com o que *confunde os dois níveis de racionalidade*. Em outras palavras, “o direito tendencialmente pensa encontrar na lógica da argumentação de caráter puramente axiomático-dedutivo o principal auxílio da filosofia” (43).

A interpretação do direito (hermenêutica jurídica) transforma-se, assim, em uma “filosofia ornamental”, problemática, aliás, facilmente perceptível nas diversas teorias da argumentação jurídica (ou teorias acerca da retórica no e do direito) que se multiplicam na Teoria do Direito, as quais, *pensando que trabalham no primeiro nível de racionalidade — a compreensão —, acabam por se fixar no segundo nível — que é o nível (meramente) lógico-argumentativo*.

Por isso, é possível afirmar que as diversas teorias da argumentação constroem apenas *standards* de racionalidade analíticos, porque ficam restritos àquilo que, em linguagem da ontologia fundamental gadameriana-heideggeriana, e a partir do que denomino de Nova Crítica do Direito, *pode ser chamado de “como apofântico”, meramente manifestativo-argumentativo-lógico*. O “como” de primeiro grau (standard de racionalidade) é o como hermenêutico (*Etwas als Etwas*), que não é resultado de operações de explicitação lógica ou argumentativa, porque já vem sempre pressuposto como condição de possibilidade: “é assim que esse como hermenêutico liga o *standard de racionalidade com função transcendental não clássica*, organizadora, estruturante, com a questão do ser compreendido na diferença ontológica” (44).

Concordo, pois, com Arthur Kaufmann, ao negar qualquer interligação entre hermenêutica e teoria da argumentação jurídica:

“A teoria da argumentação provém, essencialmente, da analítica. Esta proveniência pode vislumbrar-se ainda hoje em quase todos os teóricos da argumentação. Não nos é possível, nem necessário, referir todas as correntes da teoria da argumentação, até porque, como nota Ulfrid Neumann, nem sequer existe a teoria da argumentação jurídica. Assim, já é questionável que se possam considerar a tópica e a retórica como formas especiais da teoria da argumentação.” (45)

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

(43) *Idem, ibidem*.

(44) *Idem, ibidem*.

(45) Ver, para tanto, Kaufmann, Arthur, *Introdução à filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 154 e segs.

cendo-se da objetividade (46). Dito de outro modo, “apesar de também combater a perspectiva do positivismo normativista tradicional, a teoria da argumentação tem em comum com essa corrente a tentativa de deduzir subsuntivamente a decisão a partir de regras prévias” (47), problemática presente, aliás, em autores como Atienza (48), para quem “para ser considerada plenamente desenvolvida, uma teoria da argumentação jurídica tem de dispor (...) de um método que permita representar adequadamente o processo real da argumentação — pelo menos a fundamentação de uma decisão, tal como aparece plasmada nas sentenças e em outros documentos jurídicos — assim como de critérios, tão precisos quanto possível, para julgar a correção — ou a maior ou menor correção — dessas argumentações e de seus resultados, as decisões jurídicas.”

A questão fundamental no Direito será, assim, conseguir compreender que *fundamentar não é um problema de metodologia ou de procedimento argumentativo*, mas, sim, um modo de ser, pela simples razão de que hermenêutica é filosofia e não normatização de “procedimentos metodológicos” que sustentariam o raciocínio dos juristas.

Veja-se aqui o problema da teoria do discurso, entendida como teoria do procedimento (49), onde *a fundamentação das regras do discurso é confundida com o processo de compreensão*, questões presentes, em maior ou menor escala, em autores como Habermas e Alexy, embora mais facilmente constatável na tese de Alexy, retirada de Habermas, de que um enunciado normativo é correto apenas se pode ser *o resultado de um procedimento P, ou uma norma N é adequada se e somente se puder ser o resultado do procedimento P* (50). Veja-se, aqui, explicitamente, o significado e a função epocal do “procedimento”.

(46) Cf. Kauffmann, Arthur, *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 154.

(47) Cf. Adeodato, *op. cit.*, p. 176.

(48) Cf. Atienza, Manuel, *As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica*, São Paulo, Landy, 2000, pp. 319 e 320. Como se pode perceber, Atienza permanece nos quadros do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, ao sustentar uma função instrumental para a interpretação, otimizada, para ele, a partir da teoria da argumentação jurídica. Para o autor, uma das funções da argumentação é oferecer uma orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o direito (já neste ponto, é possível perceber a subdivisão do processo interpretativo em partes, questão tão bem denunciada por Gadamer!). Mais ainda, diz que “um dos maiores defeitos da teoria padrão da argumentação jurídica é precisamente o fato de ela não ter elaborado um procedimento capaz de representar adequadamente como os juristas fundamentam, de fato, as suas decisões”.

(49) *Idem, ibidem*.

(50) Ver, para tanto, Alexy, Robert, “La Idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, in: *Garzón Valdes, E. Org. Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona-Caracas, p. 45; tb. “Problemas da teoria do discurso”, in: *Revista do Direito Brasileiro*, Brasília, UNB, 1996, n.º 1, pp. 244 e segs.; tb. *Teoría de la Argumentación Jurídica. Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*, Madrid, CEC, 1997.

Ademais, não se pode perder de vista que, para Alexy, a teoria do discurso enquanto modelo de teoria da argumentação é caracterizada pela possibilidade de as convicções, assim como os interesses dos indivíduos, modificarem-se por causa de argumentos apresentados ao longo do procedimento. Aliás, Alexy divide os problemas da teoria do discurso em três grupos: os do primeiro dizem respeito ao *status* da teoria do discurso enquanto teoria da verdade; os do segundo dizem respeito à sua aplicabilidade e os do terceiro à fundamentação da teoria do discurso. Ao conferir maior relevância aos dois primeiros grupos, isto é, ao problema do *status* e ao problema da aplicabilidade, Alexy substitui o *standard* I (compreensão) pela racionalidade procedimental-argumentativa, de índole axiomático-dedutiva. Ora, a teoria do discurso, como é compreendida por Alexy, trata exatamente do terceiro grupo, voltado ao problema que ele chama de fundamentação, mas que diz respeito exatamente à *justificação* dos princípios e regras do discurso. Neste ponto deve-se dar razão a Ota Weinberger quando, ao se contrapor a Alexy e Habermas, diz que o procedimento discursivo não pode constituir o critério da verdade ou correção dos enunciados, embora não se possa concordar com a justificação de sua crítica, quando fala de uma “verdade objetiva”, baseada numa racionalidade baseada em “boas razões” (51).

De tudo isso é possível concluir que, enquanto Habermas caminha hoje na direção da aceitação de um modo de ser no mundo (vale referir, para tanto, a sua obra *Direito e Democracia — entre faticidade e validade*), Alexy procura uma matematização do discurso por meio do procedimento (52), o que nos leva de volta

(51) Cf. Weinberger, Ota, *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation*, Berlin, Dunker-Humboldt, 1983, p. 205; tb. Atienza, Manuel, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, São Paulo, Landy Editora, 2002, pp. 270 e segs.

(52) Desnecessário dizer que as teorias da argumentação de cariz procedimental vão depender, sempre, da escolha do método e do estabelecimento de uma hierarquia nos argumentos. Não se pode desconhecer o enorme esforço científico de Alexy buscando o estabelecimento de regras prescritivas de argumentação e de preferência. Mas, como bem assinala Kaufmann, a única desvantagem reside no fato de estas regras se ajustarem ao discurso racional, mas não já ao procedimento judicial. É claro que Alexy entende este último como um “caso especial” do discurso racional, mas, alerta Kaufmann, fá-lo sem razão: o procedimento judicial não é livre; as partes estão vinculadas à lei, mesmo a uma lei imperfeita, o procedimento não pode ser arrastado eternamente, ou nem sequer pode ser levado até a ponto do “esgotamento dos argumentos” (quando existe consenso acerca de tal esgotamento?), terminando mesmo com a ausência de consenso. O procedimento não deve servir apenas a verdade e a justiça, mas, também, e sobretudo, a paz jurídica, razão pela qual as sentenças judiciais, incluindo as erradas, ganham força de caso julgado, o que é totalmente impossível em um discurso racional. Qualquer pessoa que seja, ou tenha sido, juiz (penal) deverá considerar altamente duvidoso que todas as partes em um processo judicial efetivamente “pretendam argumentar razoavelmente”, o que Alexy designa como o essencial da sua teoria do caso especial. Mas, ainda que assim não fosse, isso não bastaria para fazer do procedimento judicial um discurso racional, enquanto não se dissolver a palavra “racional” numa categoria

à camisa de força (neo)positivista, o que significa dizer que não é desarrazoado sustentar que a leitura procedimentalista do discurso pretendida por ele repristina a velha pretensão dos neopositivistas, que buscavam a construção de uma linguagem rigorosa e artificial que desse conta do *factum social*.

Numa palavra: talvez por isso é que as teorias da argumentação jurídicas tenham permanecido reféns de aporias metafísicas (recorde-se mais uma vez o já referido “trilema de Münschausen”), isto é, *suas próprias formulações com pretensão enunciativa/normativa não podem prescindir dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica: o círculo hermenêutico, d’onde é possível extrair a conclusão de que o método sempre chega tarde (insisto em lembrar: quando eu digo que interpreto de um determinado modo, baseado em um dado “cânone hermenêutico”, o Dasein já se pronunciou de há muito, porque é condição de possibilidade) e a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, contraponto básico para as dicotomias metafísicas que ainda povoam o imaginário dos juristas (essência e aparência, teoria e prática, questão de fato e questão de direito, texto e norma, vigência e validade, para citar apenas algumas). Estes dualismos assumem uma relevância incomensurável no processo de aplicação do Direito, mediante as quais a doutrina e a jurisprudência passam a idéia de que o texto “carrega” consigo o exato sentido da norma, assim como se na vigência do texto já estivesse contida a validade da norma. E quando isto não serve aos seus propósitos, o intérprete fica “autorizado” a atribuir qualquer sentido ao texto...!*

4. À GUIA DE CONCLUSÃO: A SUPERAÇÃO DA HERMENÊUTICA METODO-LÓGICA OU DE COMO “NOS CONCEITOS NÃO ESTÃO CONTIDAS AS (ESSÊNCIAS DAS) COISAS”: A MORTE DA DEDUÇÃO E DA SUBSUNÇÃO.

“Una experiencia hermenéutica no es algo que podemos planear y controlar en un laboratorio, sino que nos sucede, nos derrumba y obliga a pensar de otro modo.”

Hans-Georg Gadamer

Quando o intérprete procede à adequação da lei às necessidades conjunturais que cercam o caso determinado, estará certamente realizando *uma tarefa prática*, diz Gadamer, lembrando que “essa lei é sempre deficiente, não porque o seja por si mesma, mas porque, frente ao ordenamento a que intencionam as leis, a

absolutamente formal, concebendo-a antes, acima de tudo, como uma racionalidade material (intellectus). Cf. Kaufmann, *op. cit.*, pp. 194 e 195.

realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas" (53).

Claro que essa interpretação não se constitui em uma "tradução" *arbitrária*, isso porque compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente e válido (despiciendo lembrar que toda interpretação estará (de)limitada pela Constituição, entendida na sua materialidade). Este processo é o que se denomina de "mediação jurídica", que ex-surge da relação do intérprete com a "coisa em questão", isso porque, segundo o mestre de Tübingen, "compreender significa, primariamente, sentir-se entendido na coisa", que nada mais é do que a situação concreta de que fala a filosofia prática.

Repita-se, à saciedade: hermenêutica não é filologia. O ato de interpretar não se resume à análise de textos. Textos não são apenas enunciados lingüísticos. Mas, se não há apenas textos, igualmente também não há somente normas, pela simples razão de que nelas está contida, necessariamente, a normatividade que abrange a realização concreta do direito. Daí que Nelson Saldanha vai conceituar hermenêutica como a busca de um significado (e de uma aplicabilidade) em algo que se dá como expressão: símbolos expressam e se interpretam. A interpretação jurídica supõe uma ordem de normas, que se completam com princípios e com valores, e supõe uma atitude interpretativa que tem em conta as normas cuja vigência deve logicamente preexistir à sua própria aplicação. E, argutamente, adverte: *o que se chama direito não é algo separado da hermenêutica, mas não se pode diluir nem dissolver a aplicação do direito dentro de uma total imprevisibilidade* (54).

Há que se claro, destarte, que os dados normativos não são algo a que se aceda de um ponto de vista externo, um *ob-jectum*, mas uma diretiva para a conduta, que só cobra a integralidade do seu significado na relação com a situação concreta (55). É exatamente neste ponto — que se pode denominar de situação concreta, caso (jurídico) concreto, "aquele-caso-nas-suas-especificidades" — que ocorre a síntese hermenêutica, espécie de termo médio, representado pelo ponto de estofo onde se encontram universalidade e particularidade.

Na medida em que a dogmática jurídica quotidianamente lida com conceitos e precedentes jurisprudenciais standardizados, terreno onde se forja a cultura manualesca — e até mesmo contribuições doutrinárias mais sofisticadas, mas igualmente presas ao imaginário analítico-dedutivo —, uma teoria crítica ou um discurso crítico sobre o Direito deve ter presente que precedentes jurisprudenciais e conceitos jurídicos *não podem ser transformados em pautas gerais, porque isso*

(53) Cf. Gadamer, *Verdade e Método*, I, *op. cit.*, p. 474.

(54) Cf. Saldanha, *Racionalismo*, *op. cit.*, p. 215. Ver também, do mesmo autor, *Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

(55) Cf. Lamego, *op. cit.*, pp. 170 e segs.

implica resvalar no terreno da subsunção, fortemente condenada e proscrita pela matriz gadameriana (e conseqüentemente por aquilo que denomino de Nova Crítica do Direito). Isto é transformar o direito em um conjunto de enunciados e proposições lingüísticas. Para que se possa melhor compreender essa problemática (morte do processo subsuntivo-dedutivo), uma teoria crítica do Direito ou um discurso crítico sobre o Direito deve ter a capacidade de desmi(s)tificar a crença na existência de universais, assim como ter presente que não há definições de cunho generalizante que possam “conter” todas as singularidades (de cada “caso” jurídico) do mundo.

Dito de outro modo: isso implica entender que *no conceito de uma determinada “coisa” não estão contidas, reificadamente, todas as “espécies” daquela “coisa”.* Ou, para ser mais simples, no “conceito” de legítima defesa não está “contida” a essência de todas as hipóteses (ou singularidades) de legítima defesa; ou, ainda, no “conceito” de arma não estão contidas todas as espécies de armas (sic). Conseqüentemente, não existe um processo de dedução capaz de fazer ex-surgir o sentido de uma determinada arma.

Uma teoria crítica do Direito — compreendida a partir dos pressupostos aqui desenvolvidos — deve ter em conta o alto preço — e, portanto, dos pré-juízos e prejuízos — proporcionados pelo domínio da concepção realista das palavras de Platão durante os dois milênios que se passaram desde que o logos superou o mito. Por mais que os juristas — conscientes ou inconscientemente — ainda acreditem nisso, é preciso comunicá-los que *as palavras são refletem a essência das coisas.* Do mesmo modo, por mais dolorosa que a notícia possa parecer, a reificação morreu. A viragem lingüístico-ontológica (*ontological turn*) ocorrida no decorrer do século XX sepultou os processos reificantes e fetichizantes da linguagem.

Definitivamente: as palavras não carregam os seus sentido e tampouco o intérprete desacopla esse sentido (*Auslegung*) do seio das palavras. Por isso é que se torna importante compreender a diferença (que é ontológica e não metafísica) existente entre texto e norma, entre ser e ente (ou entre vigência e validade).

Parece óbvio, assim, que o *Direito não poderia ficar imune a este desenvolvimento histórico da filosofia e da linguagem.* Afinal, por que o Direito ficaria “salvaguardado” dessa revolução copernicana provocada pelo *ontological turn*? É por tudo isso que interpretar passou a significar *applicatio*, isto é, interpretar significa que estamos sempre diante de um determinado caso, de uma situação concreta, “daquele caso”, e que nunca é igual ao outro. Nesse novo paradigma, interpretar passou a ser é um problema de filosofia prática ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁶⁾ Veja-se, a propósito, o seguinte exemplo, que diz respeito ao problema (metafísico) das súmulas vinculantes, trazendo a lume o caso da Súmula 405 do Supremo Tribunal Fede-

Assim, nos marcos teóricos aqui definidos, o processo de vir-à-fala, enfim, a manifestação do (já) compreendido por intermédio de uma racionalidade discursivo-argumentativa, *estará circunscrita aos limites da circularidade hermenêutica, recusando-se qualquer possibilidade de deducionismos a partir de pautas normativas de cariz procedimental*. Afinal, se “ser que pode ser compreendido é linguagem” (Gadamer) — porque a linguagem não abarca tudo, sempre sobrando um resto sobre o qual eu não posso falar —, *é possível afirmar, a partir da fenomenologia hermenêutica, que somente posso falar sobre aquilo que consigo compreender*.

Conseqüentemente, *é nas possibilidades do dizer o compreendido que se localiza o espaço para a(s) teoria(s) do discurso e/ou da argumentação jurídica*. Repetindo, pois: eu não compreendo porque interpreto, mas, sim, interpreto porque eu compreendo. E somente é possível compreender isto a partir da admissão da tese de que a linguagem não é um mero instrumento e tampouco é uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito (cognoscente) e um objeto (cognoscível). O abismo gnosiológico que “separa” o homem das coisas e da compreensão acerca de como elas são, não depende de pontes que venham a ser construídas depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita...! Por isto, eu não decido (que nada mais é do que um ato de atribuição de sentido) e depois fundamento/justifico; na verdade, somente decido em face da justificação (antecipação de sentido, advinda da pré-compreensão) que é condição de possibilidade para esse ato.

Simple e direto: antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. Explicitar o compreendido será tarefa assim de uma filosofia prática, de um saber constitutivamente ligado a uma situação particular, irrepitível⁽⁵⁷⁾. Para tanto, não

ral: “*Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária*”. Aparentemente, poder-se-ia dizer que, afinal, o verbete sumular trata de uma obviedade, pelo fato de que, denegado o principal (o mérito do mandado de segurança), seria ilógico que o secundário (a liminar) permanecesse gerando efeitos. Veja-se, entretanto, como uma aplicação *tabula rasa* da referida Súmula pode vir a acarretar problemas. Neste caso específico — e tantos outros poderiam ser aqui explicitados — *estariam excluídos todos os casos particulares em que a liminar deveria ser mantida, como, por exemplo, na hipótese de uma liminar concedida a um aluno para frequentar curso universitário*, onde a revogação da liminar ainda em sede de primeiro grau, sem esgotar as instâncias recursais, pode vir a provocar prejuízo irreparável. Hermeneuticamente, o que pode ser correto na sua “generalidade” pode não ser verdadeiro na sua singularidade, uma vez que a verdade é sempre desvelamento de uma situação concreta, aquele caso, nas suas especificidades. Não se pode esquecer, ademais, que um princípio pode não ser aplicado em determinados casos, sem que, com isso, perca a sua validade. Afinal, repita-se, interpretar é (sempre) um ato de *applicatio*.

(57) Na introdução ao capítulo oitavo de sua obra *Realismo de Rosto Humano*, Hillary Putnam apresenta o seguinte relato, que ilustra muito bem o ponto em discussão: “O conde Alfred

se pode olvidar a tensão existente entre os dois níveis de racionalidade: as teorias do discurso, de matriz procedimental (que, *lato sensu*, são — ou se pretendem — axiomático-dedutivas) não podem tomar o lugar do *standard* de racionalidade estruturante do sentido, que desde sempre já opera no nosso processo com-

Korzybski costumava afirmar que para dizer de nada que é nada — por exemplo, dizer do meu carro que é um automóvel — é falsear, uma vez que (e mantendo o exemplo do meu carro) existem muitos automóveis e o meu carro não é idêntico a nenhum deles, nem é idêntico à idéia platônica de um automóvel. Como parte da pseudociência que criou, a pseudociência da *semântica geral* recomenda que se deve utilizar a palavra *et cetera* tantas vezes quantas as possíveis. Segundo o seu ponto de vista, seria altamente terapêutico dizer *Isto é um automóvel* etc, e não *Isto é um automóvel*, para não esquecer que o isto referido (o meu carro) tem infinitamente mais *propriedades* do que as mencionadas na minha afirmação”. Putnam, *Realismo*, *op. cit.* Em Heidegger, remeto o leitor para o seguinte exemplo: “todos ejecutamos ahora — unos con otros— mirando a esta tiza el enunciado: “la tiza es blanca”. Este enunciado se funda en nuestro ser-cabe esto que tengo aquí delante. Pero este nuestro ser cabe la tiza no es nunca igual ni siquiera en cada dos de todos nosotros. Pues aun prescindiendo de todo lo demás, basta tener presente la orientación espacial en la que cada uno nos encontramos respecto a la tiza, para poder decir que cada ser cabe la tiza, que cada esse apud la tiza de cada uno de nosotros es distinto. Más aún, no solo resulta que fácticamente cada ser-cabe de cada uno de nosotros no es igual, sino que tampoco puede ser nunca igual sin diferenciais, ni fácticamente ni tampoco esencialmente. Pero la diversidad de orientaciones espaciales podría remediarse; cada existencia podría, por ejemplo, ponerse en mi lugar y tener desde aquí la tiza ante sí. Ciertamente, cada uno de nosotros puede ocupar el lugar del outro, pero nunca al mismo tiempo. El punto temporal sería necesariamente diverso, y cuando es el mismo, entonces es el lugar el que necesariamente tiene que ser necesariamente distinto. Es decir, no hay, ningún ser-cabe, no hay ningún esse apud y, correspondientemente, no hay ningún comportamiento que sea igual. Si ser-unos-con-otros, o ser-uno-con-otro, significase tanto como comportarse de forma igual respecto a una cosa, entonces no habría ser-unos-con-otros. Y, sin embargo, decimos con toda razón, y sabiendo muy bien lo que decimos, es decir, en un sentido bien inteligible, que todos nosotros, “los unos con los otros” nos comportamos respecto a la tiza. Por tanto, lo igual es, no nuestro comportamiento-respecto-a, no nuestro habernos-acerca-de, sino que lo que es igual es aquello respecto a lo que nos comportamos. Pero, ¿es que de verdad vemos todos la misma tiza?, ¿es que los que están sentados en el último banco ven una tiza igual a la que yo veo? Por supuesto que no. Los que están sentados en el último banco estarán de acuerdo conmigo y dirán naturalmente que no, aunque sólo sea porque para quienes miran la tiza desde el último banco, lo que ellos ven en la parte anterior de la tiza, es lo que a mí, a la inversa, me queda en su parte posterior. Lo que vemos en la tiza y, por tanto, aquello respecto a lo que nos comportamos, es, pues, también distinto, pero digo aún más: los que están sentados en el último banco en su ser-cabe la tiza que está aquí delante no solamente no ven de hecho una tiza igual a la que yo veo, y ello no sólo porque lo que vemos ofrezca de hecho diferencias, sino porque en el caso presente tal cosa queda excluida por principio. Y es que para que alguien que está sentado detrás pueda ver una tiza igual a la que yo veo, para eso tendría que haber por lo menos dos tizas. Pues la igualdad, el ser-igual-a, presupone esencialmente pluralidad. Cada uno de nosotros, pues, no es que vea una tiza igual, es decir, no es que vea la misma tiza porque sea igual y se la vea igual, sino que todos unos con otros vemos la misma. Mismidad e igualdad son dos cosas distintas”. Heidegger, Martin, *Introducción a la filosofía*, Madrid, Frónesis, Cátedra Universitat de Valencia, 1996, pp. 98 e 99.

preensivo (que, repita-se, é um existencial, porque não nos perguntamos acerca de por que compreendemos).

Finalmente, nada melhor do que deixar o próprio Gadamer (58) colocar o dedo na ferida narcísica da(s) metodologia(s):

“no se trata de averiguar el último fondo del entender, porque esto delataria más bien la obsesión cartesiana de las ciencias metódicas, contra las que precisamente quiere poner en guardia esta obra (Verdad y Método), con su título que recuerda a Gothe. Al contrario, se trata de tomar conciencia de la insondabilidad de cualquier experiencia. Una experiencia hermenéutica no es algo que podemos planear y controlar en un laboratorio, sino que nos sucede, nos derrumba y obliga a pensar de otro modo”.

Por tudo isso e temendo ser repetitivo, é preciso insistir que a partir dos marcos de uma Nova Crítica do Direito calcada na fenomenologia hermenêutica, a “escolha” de um método não implica uma elaboração prévia, que propiciaria *a posteriori* — como que a repetir as fases próprias da hermenêutica clássica (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*) — (59) o acesso à compreensão “correta” dos textos. Pelo contrário, o *Dasein* já interpretou sempre e como tal não está em causa um método prévio (Lamego) (60). Por isso, quando o intérprete do Direito diz “eu interpreto desse modo porque estou baseado no método tal”, o *Dasein* se pronuncia (e já se pronunciou) como ser-no-mundo, com sua faticidade e historicidade. É nesse sentido que Heidegger vai dizer que toda interpretação que se segue à compreensão precisa ter já compreendido o que vai expor. É isso que se denomina de círculo da compreensão e interpretação.

Exatamente por isso é que o processo interpretativo jamais será reprodutivo. É impossível ao intérprete “arrancar” o sentido que estaria “contido” no texto.

(58) Cf. Gadamer, *Una biografía*, op. cit., p. 376.

(59) Esta questão fica bem clara em Gadamer, quando lembra: *In der älteren Tradition der Hermeneutik, die dem geschichtlichen Selbstbewusstsein der nachromantischen Wissenschaftslehre ganz entschwunden war, hatte dieses Problem noch seinen systematischen Ort. Das hermeneutische Problem gliederte sich folgendermassen: Man unterschied eine subtilitas intelligendi, das Vertehen, von einer subtilitas explicandi, dem Auslegen, und im Pietismus fügte man dem als drittes Glied die subtilitas applicandi, das Anwenden, hinzu (z.B. bei J. J. Rambach). Diese drei Momente sollen die Vollzugsweise des Vertehens ausmachen. Alle drei heissen bezeichnenderweise subtilitas, d.h. sie sind nicht so sehr als Methoden verstanden, über die man verfügt, wie als ein Können, das besondere Feinheit des Geistes verlangt.* Cf. Gadamer, Hans Georg, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, I, Tübingen: Mohr, 1990, p. 312.

(60) Cf. Stein, in *Introdução ao Método Fenomenológico heideggeriano*, op. cit., p. 92, assevera que a escada, para penetrar nas estruturas existenciais do *Dasein* é manejada pelo próprio *Dasein* e não pode ser preparada fora para depois penetrar no objeto!

Os sentidos não estão acoplados/presos aos textos, prontos para serem “desacoplados” a partir de uma *Auslegung*, como queria a hermenêutica clássica e como quer, ainda hoje, boa parte dos juristas que busca inserção nesse complexo terreno que é a hermenêutica.

O presente texto procurou, todo o tempo, apontar para outra direção, tentando demonstrar que o processo interpretativo implica sempre uma produção do sentido (*Sinngebung*), a partir da apropriação da tradição pelo intérprete, que, para tanto, tem na compreensão a condição de possibilidade desse ato interpretativo. Não há domínio sobre a compreensão. Ela (simplesmente) se dá, a partir da condição de ser-no-mundo do intérprete. E isto é factum.

Fica claro, assim, o porquê de a hermenêutica não ser método, e, sim, filosofia. E, como se sabe, filosofia não é lógica. Na contramão, a metodologia — que será sempre epistemológico-procedimental — pretende estabelecer regras “acerca de como devemos interpretar” (61), buscando, para tanto, um fundamento último (*inconcussum*) que dê segurança à comunidade jurídica. Confundem-se, aí, os diferentes *standards* (vetores) de racionalidade.

Daí a necessidade de que denunciemos a tradição metafísica que (ainda) pré-domina o imaginário dos juristas, que buscam na filosofia (apenas) um ornamento para os seus discursos. Afinal, como lembra Stein, é na modernidade que se dá início a pergunta pelos procedimentos a serem utilizados na filosofia, exatamente quando entra em cena a crise do fundamento. Se antes da revolução moderna do método a filosofia se apresentava como conhecimento metafísico, com o passar do tempo *ela passa a ser uma metafísica do conhecimento*. Assim, o método passa a significar o modo por excelência para resolver o problema do conhecimento, encontrando uma solução para o dualismo da metafísica ocidental (62).

É neste ponto que a fenomenologia hermenêutica ultrapassa a metafísica, a partir da idéia de que a dualidade metodológica de explicar e compreender (ou o processo das *subtilitas* que comandava a interpretação na hermenêutica clássica, de que fala Gadamer) será sempre precedida por uma compreensão que se dá como condição de possibilidade (*standard* de racionalidade estruturante).

Por isso o equívoco de quem diz que, primeiro decide e, só depois, fundamenta. O contraponto a esse equívoco — presente no imaginário dos juristas — atravessa o presente texto em toda a sua dimensão: *não compreendemos porque interpretamos. Na verdade, interpretamos porque compreendemos!*

(61) Ou seja, a matriz epistemológico-procedimental, que sustenta as diversas teorias da argumentação jurídica, constrói, ela mesma, os critérios de validade que serão utilizados para a aferição da validade dos discursos. É, pois, tautológica. Busca, pois, fundamento naquilo que lhe foi condição de possibilidade...!

(62) Cf. Stein, *Exercícios*, *op. cit.*

Numa palavra final: talvez a chave da crise do Direito (e da inadequada compreensão da Constituição e portanto, de sua “baixa efetividade) se deva ao fato de que o pensamento jurídico dominante continua acreditando que o jurista primeiro conhece (*subtilitas intelligendi*), depois interpreta (*subtilitas explicandi*), para só então aplicar (*subtilitas applicandi*); ou, de forma mais simplista, que interpretar é desvendar o sentido unívoco da norma (*sic*), ou, que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos (*sic*), ou que interpretar é buscar o “verdadeiro sentido da norma”, ou ainda, que os métodos de interpretação são um “caminho seguro para alcançar corretos sentidos”, e que os critérios usuais de interpretação constitucional equivalem aos métodos e processos clássicos, destacando-se, dentre eles, o gramatical, o lógico, o teleológico objetivo, o sistemático e o histórico (*sic*), e, finalmente, para total desespero dos que, como eu, são adeptos da hermenêutica filosófica, que é possível descobrir a vontade da norma (o que isto significa ninguém sabe explicar) e que o legislador possui um espírito (*sic*)!

Tais teses acerca da interpretação — encontráveis em boa parte da literatura jurídicas brasileiras — estão ainda atreladas à relação sujeito-objeto, que sustentou tanto a metafísica clássica como a metafísica moderna ⁽⁶³⁾. Para os adeptos de

(63) Para se ter uma idéia do problema do alcance e da dimensão do pensamento metafísico, vale lembrar que alguns autores do Processo Penal ainda acreditam na “busca da verdade real”, como se fosse possível ao julgador alcançar a essência das coisas (*sic*). Por todos, veja-se Fernando Capez (*Curso de Processo Penal*, 8.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 26), para quem “no processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos” (*sic*). Acredita-se, pois, na existência de “um mundo-em-si”, cuja estrutura o jurista (no caso, o juiz) tem a capacidade de apreender/conhecer/captar por intermédio de sua “razão cognitiva”, para, depois, “comunicar” aos outros o conteúdo desse “mundo-em-si”, via sentença judicial. Trata-se, na verdade, da repriminção da tese de que “há um sujeito que conhece o objeto” e/ou a tese — tão metafísica como a anterior — de que “há uma verdade absoluta, que independe do conhecimento do sujeito”, e que a este se impõe a partir do exterior (o ser em sua essência — *sic*). A tese da “busca da verdade real” (a outra “verdade” seria a formal?) implica acreditar em uma espécie de “Juiz Hércules”, que, com sua “mente privilegiada”, consegue superar/resolver a angústia que persegue a humanidade desde que o logos suplantou o mito: como se dão os sentidos e como se dão nomes às coisas, perguntas recorrentes, aliás, desde os primórdios da filosofia em o “Crátilo” de Platão, primeiro grande livro de filosofia da linguagem que trata da grande discussão entre sofistas e pré-socráticos. Ora, não se pode desconhecer que, desde a aurora do conhecimento, houve uma sucessão de modos de compreensão do ser e de explicitação do ente, no interior da história da metafísica — clássica e moderna, como o *eidos* platônico, a *ousia* aristotélica, o *ens creatur tomista*, o *cogito* cartesiano instaurador da razão assujeitadora, o sistema do saber absoluto hegeliano, o eu transcendental kantiano, e, finalmente, a vontade do poder em Nietzsche, identificada por Heidegger como o último *standard* de racionalidade da era da metafísica. Todos são princípios epocais sustentados na entificação e na objetificação. O que ocorreu é que, no campo jurídico (se se quiser, na ciência do Direito), faltou a compreensão da grande revolução copernicana representada pela viragem lingüística (ou *ontological turn*, no seu sentido mais hermenêutico), pela qual é possível superar

tais idéias, a interpretação é um processo reprodutivo, pelo fato de interiorizar ou traduzir para a sua própria linguagem objetivações da mente, através de uma realidade que é análoga a que originou uma forma significativa. As consequências disto não são muito difíceis de perceber...!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Maurício, "Jurisdição Constitucional à brasileira — situações e limites", in: *Neo-constitucionalismo — ontem, os códigos; hoje, as Constituições*, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, IHJ, 2004, n.º 2.
- ALEXY, Robert, "La Idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", in: *Garzón Valdes, E. Org. Derecho y Filosofía*. Alfa, Barcelona-Caracas.
- , "Problemas da teoria do discurso", in: *Revista do Direito Brasileiro*, Brasília, UNB, 1996, n. 1, pp. 244 e segs; tb. *Teoría de la Argumentación Jurídica. Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*, Madrid, CEC, 1997.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Trad. Mario da Gama Kury. Brasília, UNB, 2001.
- , "Rhetoric", in: *The works of Aristotle. Col. Great Books of the Western World*, Chicago: Enciclopedia Britannica, 1990, v. 8.
- , *Metafísica*, Edição Trilíngue por Valentin Garcia Yebra, Madrid, Gredos, 1990.
- ARROYO, Juan Carlos Velasco. *La teoría discursiva del derecho*. Sistema jurídico y democracia en Habermas. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- ATIENZA, Manuel, *As razões do direito*, Teorias da Argumentação Jurídica, São Paulo, Landy Editora, 2002.
- BERTI, Enriço, *As razões de Aristóteles*, São Paulo, Loyola, 1998.
- , *Aristóteles no século XX*, São Paulo, Loyola, 1998.
- BLANC, Mafalda Faria, *O fundamento em Heidegger*, Lisboa, Instituto Piaget, 1998.
- BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 6.ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.
- CARRILHO, M. M., *Retórica e Comunicação*, Prefácio, Porto, Edições Asa, 1994.
- CASTANHEIRA NEVES, António, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, 1. Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- , *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- , *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1976.
- , "O sentido actual da metodologia jurídica", in: *Boletim da Faculdade de Direito — Volume comemorativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode*, Grundzüge einer Philosophischen Hermeneutik I, Tübingen, Mohr, 1990.
- , *Wahrheit und Methode. Ergänzungen Register. Hermeneutik II*. Tübingen: Mohr, 1990.
- GARRIGOU, Alain e LACROIX, Bernard, *Norbert Elias, A política e a história*, São Paulo, Perspectiva, 2001.
- GRAU, Eros Roberto, *La Doble estructuración y interpretación del derecho*, Barcelona, Editorial M. J. Bosch, SL, 1998.

os dualismos metafísicos que dominam o imaginário dos juristas. A dita "verdade real", porque inalcançável, é insustentável filosoficamente; a verdade é uma verdade hermenêutica, que não advém nem do conhecimento das essências e nem de "uma mente privilegiada de um sujeito cognoscente".

- GRONDIN, Jean, *Introdução à Hermenêutica Filosófica*, Trad. e Apres. de Benno Dischinger. São Leopoldo, UNISINOS, 1999.
- , *Una biografía*, Barcelona, Herder, 2002.
- , *Introducción a Gadamer*, Madrid, Herder, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, *Conocimiento e interés*, Madrid, Taurus, 1982.
- , *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1989.
- , *Direito e Democracia — entre faticidade e validade*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.
- , *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid, Catedra, 1989.
- HEIDEGGER, Martin, *Der Satz vom Grund*, Pfullingen, 1957.
- , *Sein und Zeit*, Siebzehnte Auflage, Tübingen, Max Niemayer, Verlag Tübingen, 1993.
- , *Identität und Differenz*, ed., Bilingüe. Barcelona, Anthropos, 1990.
- , *Unterwegs zur Sprache*, 3.^a ed. Pfullingen, Günther Neske, 1965.
- , *Ensaio e Conferências*, Rio de Janeiro, Vozes, 2002.
- , *Introducción a la filosofía*, Madrid, Frónesis, Cátedra Universitat de Valencia, 1996.
- HESSE, Konrad, *Grundzuege des Verfassungrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1.^a Ergänzende Auflage. Karlsruhe, 1968.
- HOY, David Couzens, *Poliedro Heidegger*, Dir. de Charles Guignon. Lisboa, Instituto Piaget, 1998.
- KAUFMANN, Arthur, *Introdução à filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002.
- LAMEGO, José, *Hermenêutica e Jurisprudência*, Lisboa, Editorial Fragmentos, 1990.
- MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, Fünfte Auflolage, Berlin, Duncker 7 Humbolt, 1993.
- PUTNAM, Hilary, *Razão, Verdade e História*, Trad. Antonio Duarte. Lisboa, Dom Quixote, 1992.
- , *O realismo de rosto humano*. Lisboa, Piaget, s/d.
- , *Representation and Reality*, Massachusetts Institute of Technology, 1988.
- SALDANHA, Nelson, “Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma”, in: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, n.º 10. Recife, 2000.
- , *Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- STEIN, Ernildo, *Os indícios formais como exercício de descrição das condições existenciais*, Porto Alegre, inédito, 2002.
- , *Diferença e Metafísica*, Porto Alegre, EDIPUCRS, 2000.
- , *Exercícios de Fenomenologia. Limites de um paradigma*, Ijuí, ed., UNIJUI, 2004.
- , “Introdução ao Método Fenomenológico heideggeriano. Notas ao texto A essência do fundamento”, in: Heidegger, Martin, *Conferências e Escritos Filosóficos*. Trad. de Ernildo Stein. São Paulo, Abril Cultural, 1979.
- STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*, 5.^a ed., revista e ampliada, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.
- , *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*, 2.^a ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- WEIMBERGER, Ota, *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation*, Berlin, Duncker-Humboldt, 1983.
- VATTIMO, Gianni, *El fin de la modernidad — nihilismo y hermenéutica en la cultura postmoderna*, México, Gedisa, 1985.
- VOLPI, F., “L’esistenza come praxis. Le radice aristoteliche della terminologia di Essere e tempo”, in: G. Vattimo (org.), *Filosofia*, n. 9 Roma-Bari, 1992.