

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
HERMENÊUTICA JURÍDICA

**A HERMENÊUTICA JURÍDICA EM DEFESA DA CIVILIZAÇÃO: UMA
CONTRAPOSIÇÃO À BARBÁRIE TEOLÓGICA DOS TRIBUNAIS**

ALFREDO COPETTI NETO

PROFESSOR PÓS-DOCTOR LENIO LUIZ STRECK

SÃO LEOPOLDO, DEZEMBRO DE 2005.

A HERMENÊUTICA JURÍDICA EM DEFESA DA CIVILIZAÇÃO: UMA CONTRAPOSIÇÃO À BARBÁRIE TEOLÓGICA DOS TRIBUNAIS*

O impossível significa um muro de pedra? Que muro de pedra? Bem, é claro: as leis da natureza, as deduções da ciência natural, a matemática. Se te provam, por exemplo, que descendes do macaco, inútil reclamar: aceita a coisa tal como é. Se te provam que uma gota de tua própria banha te deve ser mais preciosa de que um milho de semelhantes teus, e que para esse resultado confluem todas as chamadas virtudes, as obrigações e outros desvarios e preconceitos, aceita-o como tal, não há nada a fazer, porque dois e dois... é matemática. Experimenta discutir!

DOSTOIEVSKI

RESUMO: O presente ensaio tem o intuito de tecer algumas relações entre o Poder Teológico-Político e o Poder Judiciário, que, em síntese, causam uma espécie de barbárie teológica dos tribunais na medida em que se entende necessário desfazer totalmente essa relação para que haja um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Para tanto, a possibilidade a essa desenvoltura está na Hermenêutica jurídica, proveniente da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica, como defesa da civilização.

§§§

Aquilo que Walter Benjamin¹ entende por Barbárie está configurado, contemporaneamente, em nossos tribunais. Principalmente quando se vê o poder judiciário, sob a égide do Estado Democrático de Direito e de toda sua tradição constitucional, que culminou com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - cujo intento fundamental elencado em seu artigo 1º ainda se mostra

* Está-se parafrasiando o termo usado por Espinosa "Teologia Política", contudo, não se pretende discorrer acerca de seu pensamento, mas somente relacionar sua idéia terminológica com o que se passa hoje em nossos tribunais.

¹BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas. Magia e técnica. Arte e política*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

inefetivo² - caracterizada como uma "Constituição social, dirigente e compromissaria", a qual exige uma atitude também compromissária do jurista e do Poder Judiciário. Todavia, o que se configura hoje é uma situação paradoxal: *"uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos"*³.

Segundo Benjamim, o bárbaro não é o avesso do civilizado, mas faz parte dele, é seu pressuposto, ou seja, está inserido no movimento de criação e de transmissão da cultura civilizatória.

Alias, a condição pós-moderna em que se está vivendo hoje acentua ainda mais o papel da barbárie à civilização, na medida em que a perda do sentido do futuro, propiciada pela produção econômica (instantânea), pela hegemonia do capital financeiro, pela obsolência vertiginosa das qualificações para o trabalho decorrente das novas tecnologias, pela exclusão social, econômica e política, enriquece o volátil e o efêmero.

Chauí entende que "a fugacidade do presente, a ausência de laços com o passado objetivo e de esperança de um futuro emancipador, suscita o (re)aparecimento de um imaginário de

²Como bem acentua STRECK em seu Jurisdição constitucional: "...os principais componentes do Estado Democrático de Direito, nascidos do processo constituinte de 1986-88, ainda estão no aguardo de sua implementação". Nesta esteira completa indagando: "Quais as condições de acesso à justiça do cidadão, visando ao cumprimento (judicial) dos direitos previstos na Constituição?" Afinal, a inefetividade da Carta Maior Poe em xeque, de plano, o seu artigo 1º que prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Brasileira, a qual se constitui em Estado Democrático de Direito. Ver para tanto: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.03. Com relação a dignidade humana ver a recente obra organizada por SARLET: SARLET, Ingo(org). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

³Ver: STRECK. Ob. Cit, p.04.

transcendência”⁴. Este imaginário de transcendência propulsiona os fundamentalismos religiosos, bem como a busca de uma autoridade decisionista em nível político, cujas intenções mostram-se emaranhadas na contingência bruta.

Noutras palavras, tanto os fundamentalismos religiosos quanto a autoridade política decisionista pretendem o controle contingente, entretanto, a política de contenção adotada edifica um imaginário que apela para as formas de transcendência divina e do governante – apelação ao fundamentalismo religioso e apelação da autoridade política forte, respectivamente - as quais não pretendem uma postura de enfrentamento e compreensão dos motivos pelos quais se desencadeou o desencantamento do mundo, mas apenas organizam um controle sob o imaginário social, uma vez que este sempre buscou substitutos para o necessário e o eterno – renunciados na ascendência da pós-modernidade.

Não excepcionalmente ainda, a barbárie civilizatória se aguça quando essa dupla transcendência unifica-se na figura do chefe político travestido de chefe militar e religioso⁵.

Nota-se que o dito acima é o que se pode denominar de ressaca da modernidade, mais propriamente de seus enunciados, uma vez que de um lado procurou-se deslocar a religião, colocando-a no espaço privado, com o intuito de controlá-la, ou até mesmo a subestimando, entendendo-a como arcaica, descontextualizada frente ao mundo regido pela marcha inexorável da razão e da técnica; de outro, julgou-se que o

⁴Ver, para tanto, CHAUI, Marilena. Fundamentalismo religioso: a questão do poder teológico-político. In: *Civilização e barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 152.

⁵CHAUI. Ob. Cit, p.152.

mercado responderia às demandas oriundas da vida religiosa, sem ao menos tê-la examinado em profundidade⁶.

Assim, o presente pós-moderno – neoliberal – se caracteriza pelo poder econômico e pelo consumo, cuja instancia de controle localiza-se principalmente no espaço privado, onde está restaurada a *razão de Estado* que bloqueia tanto a república quanto a democracia. “O Estado pós-moderno, isto é, neoliberal, diminui institucionalmente o pólo ligado aos serviços e bens públicos e, portanto, corta o uso do fundo público para os direitos sociais, canalizando a quase totalidade dos recursos estatais para atender ao capital”⁷.

Neste contexto, a situação mostra-se então caracterizada por traços que concretizam nitidamente uma privatização da *pólis* e da *res publica*, que por sua vez acentua uma despolitização do público⁸.

Contudo, o que, ingenuamente, o poder econômico não esperava era a ascensão do fundamentalismo religioso, não apenas na consciência individual, mas também como resgate da ação política, mais propriamente pelo ressurgimento da teologia política⁹.

⁶CHAUI. Ob. Cit, p. 153.

⁷CHAUI. Ob. Cit, p.154.

⁸Com FINLEY, CHAUI descreve o nascimento da política dizendo que esta surgiu com a invenção do direito e da lei (instituição de tribunais) - distinguindo Grécia e Roma dos impérios antigos – como também da proliferação de instituições públicas de deliberação e de decisão (assembléias, senado), as quais foram separadas de três autoridades até então soberanas: a do poder privado/econômico do chefe de família, a do chefe militar e a do chefe religioso. Portanto, agora na esteira de LEFORT, a autora entende que a política surgiu na medida em que o poder político foi desincorporado do corpo místico do governante como pai, comandante e sacerdote. Segundo CHAUI, contemporaneamente, a ideologia pós-moderna está internamente vinculada à ideologia da competência, ou seja, as decisões políticas são tomadas mediante informações técnicas e especializadas, sempre confidenciais, ou, quando divulgadas, expressas em linguagem técnica, na maioria das vezes ininteligível ao cidadão, promovendo a despolitização da sociedade. Ob. Cit, p.155.

⁹A teologia é definida pela tradição judaica e cristã como obediência supranatural ou sobrenatural, pois sua fonte de é a revelação divina consagrada nas sagradas

Haja vista que os interesses do mundo contemporâneo encontram-se consideravelmente deslocados ao espaço privado – principalmente no que tange as tomadas de decisões, as quais encontram-se sob o controle do poder econômico, na maioria das vezes operadas por organismos supranacionais, envoltos em segredos, e que interferem enfaticamente nas decisões públicas de governos eleitos – não só o poder econômico alicerça suas prerrogativas, mas também abre-se precedentes para os fundamentalismos religiosos, que por sua vez mostram-se como a contraparte da *ideologia da competência*¹⁰, estruturando por outros meios o fim da política, todavia, causando também riscos de proporções imensas às criações de direitos sociais e às legitimações de poderes políticos.

De fato, se seguimos o comando do técnico competente, por que não haveríamos de seguir o de um líder religioso carismático, que fala uma linguagem até mais compreensível (a lógica e a enciclopédia populares de que falava Marx)? A transcendência da competência técnica corresponde à transcendência da mensagem divina a alguns eleitos ou iniciados, e não temos por que nos surpreender com o entrecruzamento entre o fundamentalismo de mercado e o fundamentalismo religioso¹¹.

escrituras. Ou seja, é uma prática de origem religiosa destinada a criar autoridades pelo incentivo ao desejo de obediência. Ver para tanto: ABBAGNANO, Nicola. *História da filosofia*. vol.VI. 3.ed. Lisboa: Editorial Presença, 1982, p. 170 e segs.

¹⁰A *ideologia da competência* é a própria ideologia pós-moderna, isto é, quem detém o conhecimento tem o direito natural de comandar as esferas da existência. CHAUI. Ob. Cit. p.155.

¹¹CHAUI. Ob. Cit. p.156.

No fundamentalismo religioso, causado pelas grandes religiões monoteístas – judaísmo, cristianismo e islamismo - tanto a explicação da realidade, oferecida pela filosofia ou pela ciência, quanto outras confissões religiosas oferecidas por diferentes pregações, são vistas como rivais, na medida em que estas “se imaginam em relação imediata com o absoluto, porque se imaginam portadoras da verdade eterna e universal, essas religiões excluem o trabalho do conflito, da diferença e produzem a figura do Outro como demônio e herege, isto é, como o mal e o falso”.¹²

§§§

A correspondência perfeita ao fundamentalismo religioso, mais propriamente ao *poder teológico político*¹³, cuja função é a profecia - o lugar de interprete da vontade divina, o chefe infalível -, é ocupado, no Estado Democrático de Direito, pelos tribunais, mais especificamente pelo Poder Judiciário¹⁴.

Pode-se fazer esta relação porque, ao contrário do que estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cujo intuito foi a construção de um EDD, que tem como prerrogativa

¹²CHAUI. Ob. Cit. p.157.

¹³Segundo Espinosa, a religião é superstição dos homens, que por terem medo dos males e esperança de bens depositam irracionalmente poderes a forças caprichosas que os governam arbitrariamente. A superstição alimenta a religião, que por sua vez institui o poder teológico-político para conservar seu domínio. Ou seja, o poder teológico-político é a religião institucionalizada como poder eclesiástico, baseado na tirania. Para tanto, ver: CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 5.ed. São Paulo: Ática, 1995.

¹⁴A crítica no presente texto está direcionada especificamente ao Poder Judiciário, pois trata-se de um Poder público que ganha relevo ímpar no Estado Democrático de Direito; além disso, a meta é fazer um contraponto com o Poder Teológico-Político, todavia, cabe ressaltar que a falência não é somente do Poder Judiciário, mas de todo o pensamento jurídico pátrio, começando pelos bancos acadêmicos. Para uma ampla análise cabe ressaltar a *Revista do instituto de hermenêutica jurídica n° 3*, cujo tema elencado foi: crítica à dogmática, dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais.

principal a transformação de políticas econômicas e sociais para que sejam implantadas as políticas do *welfare State*; ganha função privilegiada nesta ceara o Poder Judiciário, uma vez que as “inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito¹⁵”.

Todavia, o Poder Judiciário brasileiro de maneira alguma cumpre os ditames constitucionais de uma carta-cidadã, em cujo cerne encontram-se os direitos fundamentais auto-aplicáveis. Ao contrário, age *como se* não tivesse o papel de garantidor dos direitos sociais-coletivos e difusos. Produz uma cultura estandardizada. Trabalha com categorias *como se* fossem universais, a-históricas, atemporais, sem falar que apresentam o direito positivo como meras descrições de suas interpretações pessoais, baseadas em valorações arbitrárias, portanto desconstitucionalizadas.

Quem ainda não se deparou com a máxima judicial: “O pedido liminar não comprova a verossimilhança alegada; indefiro, cite-se”. Ou, como o próprio Streck acentua: “Afasto os princípios constitucionais alegados com base no Código de Processo Penal”.

Daí indaga-se: mas qual a validade um artigo do CPP em desacordo com qualquer princípio constitucional? Para a maioria dos juizes a validade é total, alias, como se escuta muitas vezes em nossos tribunais “princípios constitucionais são meta-jurídicos”. Mal sabem eles que por detrás de cada lei existe um princípio, e, além disso, o princípio,

¹⁵STRECK. Ob. Cit, p.20.

no caso concreto, ao contrário do que a maioria da doutrina brasileira pensa, *fecha* a decisão judicial, jamais *abre* tornando-a ambigua¹⁶!

Exprime-se aqui, exemplificativamente, as duas faces do Poder Judiciário que, de certa forma, encontram-se no mesmo lugar, ou seja, na inconstitucionalidade.

Na primeira assertiva o juiz ignora qualquer laço textual/legal. Age *como se* imperador fosse, chegando ao *Olimpo* de suas próprias ficções e arbitrariedades, ou seja, é o legítimo profeta jurídico teocrático, consubstanciado no dito *princípio petríneo das chaves do reino*, lido no evangelho de Matheus: “Tu és pedra e sobre esta pedra

¹⁶ STRECK explica a diferença, mas não a cisão entre regra e princípio: “É necessário que se de conta da origem da diferença entre regra e princípio, porque nela – na diferença – está novamente a questão que é recorrente: para a regra fazemos uma justificação de subsunção, que no fundo é uma relação de dependência, de subjugação e, portanto, uma relação de objetivação; já por intermédio do princípio não operamos mais a partir de dados ou quantidades objetiváveis, isto porque, ao trabalhar com princípios, o que está em jogo não é mais a comparação no mesmo nível de elementos, em que um elemento é causa e o outro é efeito, mas sim, o que está em jogo é o acontecer daquilo que resulta do princípio, que pressupõe uma espécie de ponto de partida, que é um processo compreensivo. Pode-se dizer que a regra – como tradicionalmente é entendida no campo jurídico – permanece no campo ôntico, objetivado, causalista-explicativo, enquanto que o princípio se situa no campo do acontecer de caráter ontológico (não clássico). Daí a questão de fundo para a compreensão do fenômeno: antes de estarem cindidos, há um acontecer que aproxima regra e princípio em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência de um princípio instituidor. Ou seja, a regra está subsumida no princípio. Nos casos simples, ela apenas encobre o princípio, porque consegue se dar no nível da pura objetivação. Havendo, entretanto, “insuficiência” (sic) da objetivação (relação causal-explicativa) proporcionada pela interpretação da regra, surge a necessidade do uso dos princípios. A percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina se desvelando, ocultando-se ao mesmo tempo na regra. Isto é, ele (sempre) está na regra. Só que está encoberto. *A regra não está despojada do princípio.* Ela encobre o princípio pela propositura de uma explicação dedutiva. Esse encobrimento ocorre em dois níveis: em um nível, ele se dá pela explicação causal; noutro, pela má compreensão de princípio, isto é, compreende-se mal o princípio porque se acredita que o princípio também se dá pela relação explicativa, quando ali já se deu, pela pré-compreensão, o processo compreensivo. Em síntese: há uma essencial diferença - e não separação - entre regra e princípio”. Para tanto ver: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional no Brasil: a resposta hermenêutica às críticas da teoria do discurso habermasiana*. No prelo, p.53-54.

edificarei a minha Igreja. E as portas do inferno não prevalecerão contra ela. Eu te darei as chaves do reino. O que ligares na terra será ligado no céu; o que desligares na terra será desligado no céu¹⁷". Na outra, atua como a própria vontade da lei, certa, infalível, verdadeira.

Alias, não seria qualquer princípio constitucional que deporia um *majestoso, perfeito e acabado* CPP. Ambos os casos ignoram a tradição constitucional, o mundo da vida, o modo-de-ser-no-mundo-do-Estado-Democratico-de-Direito. Portanto, rumam à inconstitucionalidade, um pela tirania direta do juiz, outro pela tirania da lei hipoteticamente pré-dada e imutável, por meio do juiz¹⁸.

Nessa medida, nota-se a relação intrínseca entre Poder Teológico-Político e Poder Judiciário, senão vejamos: tanto no que se refere ao texto sagrado, como ao próprio texto de lei existe uma disputa, uma guerra interpretativa. Primeiro de quem tem o direito de interpretação, segundo em torno do conteúdo do texto interpretado. É nessa figura, nessa guerra de interpretações que surgem, para interpretar a revelação divina consignada nas Sagradas Escrituras, a

¹⁷Ver, para tanto, CHAUI, Marilena. Fundamentalismo religioso: a questão do poder teológico-político. In: *Civilização e barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p.163.

¹⁸Substancialmente fica demonstrado aqui o sentido comum teórico dos juristas, cujo assento se encontra propriamente no universo metafísico – moderno e clássico respectivamente – na medida em que os exemplos encontram-se conectados ou ao paradigma epistemológico da filosofia da consciência ou nos postulados da hermenêutica clássica, com um viés reprodutivo; ontológico clássico. "Desse modo, os juristas inventam, criam o 'mundo jurídico', a partir de algo que se pode denominar de 'uso reificante da linguagem', isto porque a crença nas palavras mantém a ilusão de que *estas são partes integrantes das coisas a conhecer* ou pelo menos, com isto podem postular a 'adequação' dos conceitos ao real; por outro lado, com a ajuda dos recursos lingüísticos de que o interprete dispõe, o máximo que pode fazer é proceder a decomposições arbitrárias ou à assimilação de realidades que, em sua estrutura interna, são muito dessemelhantes". Basicamente o que ocorre é uma transferência, um vai-e-vem entre objetivismo - em que a coisa tem sua essência - e subjetivismo - em que a mente/consciência sujeita a coisa. Para tanto ver: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.36.

teologia, e, para interpretar o texto legal, os tribunais. Com efeito, ambos pretendem um conhecimento conceitual absoluto, uma fundamentação racional, especulativa.

A arbitrariedade é um marco inexorável, tanto no Poder Teológico quanto no Poder Judiciário – é o cerne da barbárie no seio da civilização - na medida em que o teólogo tem o intuito de extorquir dos Livros Sagrados suas próprias ficções, inescrupulosas, sem temor algum em atribuir ao Espírito Santo alguma interpretação errônea, distanciando-se assim do caminho redentor da salvação. Ao contrário, seu cuidado está em não ser apanhado em erro pelos outros, uma vez que pretende única e exclusivamente tornar sua autoridade absoluta, perenizando seu poder de interpretar as escrituras e de inventar coisas novas na religião. Já, no que tange propriamente ao juiz, titular do poder de dizer o direito, a possibilidade, ou melhor, a facilidade para a arbitrariedade ocorre por um duplo aspecto: primeiro por permanecer inserido no modelo positivista liberal-individualista de direito; e, segundo, por manter-se conectado ao paradigma epistemológico da filosofia da consciência¹⁹.

¹⁹Não cabe, no presente texto, discorrer acerca do modelo positivista liberal-individualista de direito, contudo, o que se pretende aqui é ressaltar a relação deste modelo com a facilidade de arbitrariedade do Poder Judiciário. Tal modelo tem como precursores modernos KELSEN e HART, cujas obras principais, *Teoria pura do direito* e *O conceito de direito*, respectivamente, demonstram a propensão ao ativismo judicial. KELSEN quando diz que o juiz não pode se eximir de julgar o caso na hipótese de lacuna legal; HART quando diz que o julgador, mesmo na ausência de precedente, ou, na textura aberta de uma regra, deve resolver o caso, uma vez que tem poder para tanto. Aliás, este modelo de direito está internamente ligado ao paradigma da consciência, ao *cogito ergo sum* descartiano, que enriquece o papel assujeitador do juiz. Como crítica ferrenha ao citado paradigma, cabe referir a obra *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, escrita por STRECK, cuja principal intenção é a resignificação da dogmática jurídica, a qual deve assumir uma função criadora, inserida no paradigma do Estado Democrático de Direito, com o intuito de “instrumentalizar o Direito como um *campo privilegiado na concretização dos direitos sociais*”, uma vez que a maioria dos direitos previstos na Constituição ainda não foram realizados; alias, ressalta o autor, que o papel da Constituição não é somente o de prever direitos, mas é a síntese do modo-de-ser constitucional do Estado Democrático de Direito, cuja tradição cria as condições de

Interessante para clarificar a discussão e referendar a relação entre Poder Judiciário e Poder Teológico-Político, é o conto de Ítalo Calvino, sobre a “síndrome de Abdula”.

Pela história, Alá ditava o Corão para Maomé, que, por sua vez, ditava para Abdula, o escrivão. Em um determinado momento, Maomé deixou uma frase interrompida. Instintivamente, o escrivão Abdula sugeriu-lhe a conclusão. Distraído, Maomé aceitou como palavra divina o que dissera Abdula. Este fato escandalizou o escrivão, que abandonou o profeta e perdeu a fé. Abdula não era digno de falar em nome de Alá²⁰.

O conto acima transcrito demonstra a crença caudal de Abdula em Maomé, o qual, por sua vez, após ter o reconhecimento inexorável dos devotos para falar a essência de Deus, pela interpretação do texto sagrado, não se importa com o *compromisso* conquistado; dizer o caminho da salvação. Alias, o próprio crente Abdula não vê outro modo de encontrar a salvação, senão pelas palavras de Maomé, as quais refletiriam a verdade de Alá.

Todavia, necessário referir que o teólogo recorre à luz natural e à razão para impor o que interpreta, expulsando-as quando estas falseiam suas influências. A teologia – prática de origem religiosa – tem como fundamento única e exclusivamente a criação e a conservação de autoridade pelo incentivo do desejo de obediência; portanto, toda a teologia é uma teologia política, e, sendo assim, torna-se: inútil à fé, perigosa à razão, danosa à política.

Ambas as teologias – a religiosa e a jurídica – jamais conseguirão se realizar como ações propriamente humanas, porque não

possibilidade para a atividade jurisdicional, ou seja uma interpretação conforme a Consituição, a qual afasta a posição ativista do judiciário.

²⁰Para tanto ver STRECK. Ob. Cit. p.35.

pertencem à tradição, não fazem parte dos traços de identidade natural que se deve pertencer e consumir²¹, é uma questão de politização do poder político, de tradição social predominante e compartilhada. Não de uma submissão ao poder político como poder de uma vontade soberana e secreta, que racionaliza o permitido e o proibido.

A caracterização desta barbárie teológica ganha escopo ainda maior quando alguns únicos especialistas/peritos reivindicam a exclusividade da competência para revelar a vontade divina nos textos religiosos, ou, a norma, nos textos jurídicos; decidindo quanto ao bem e ao mau, ao justo e ao injusto, ao verdadeiro e ao falso, ao permitido e ao proibido, ao possível e ao impossível, sem nenhum critério contextualizado autêntico, que no caso específico do judiciário brasileiro seria a Constituição de 1988.

§§§

Contudo, considerar a tradição constitucional autêntica brasileira não acontece senão por meio de uma base, oriunda da hermenêutica filosófica gadameriana, a qual, por sua vez, segue os passos da filosofia hermenêutica de Heidegger, desenvolvida em nível ontológico (não clássico), portanto, no nível da compreensão²².

²¹GIANNI, Vattimo. Depois do fim da modernidade. In: *Aplauso: cultura em revista*. Ano 8, 2005.

²²As palavras de STRECK, explicitam o dito: "Os contributos da hermenêutica filosófica para o direito trazem uma nova perspectiva para a hermenêutica jurídica, assumindo grande importância as obras de Heidegger e Gadamer. Com efeito, Heidegger, desenvolvendo a hermenêutica no nível ontológico, trabalha com a idéia de que o horizonte de sentido é dado pela compreensão; *é na compreensão que se esboça a matriz do método fenomenológico*. A compreensão possui uma estrutura em que se antecipa o sentido. Ela se compõe da aquisição prévia, vista prévia e antecipação, nascendo dessa estrutura a situação hermenêutica. Já Gadamer, seguidor de Heidegger, ao dizer que ser que pode ser compreendido é linguagem, retoma a idéia de Heidegger da linguagem como casa do ser, onde a linguagem não é simplesmente

É dessa base que parte a hermenêutica jurídica para que haja a compreensão constitucional do Estado Democrático de Direito e, com isso, seja possibilitada a autêntica (verdadeira) aplicação da Constituição.

Noutras palavras, uma interpretação conforme a Constituição não se dá sem uma atitude jurisdicional condizente com o modo-de-ser-no-mundo-do-Estado-Democrático-de-Direito - até porque, o sentido de Constituição que aqui se atribui nada tem a ver com construção de um Estado de forma abstrata e teórica, mas sim com a consideração dos acontecimentos culturais, sociais, políticos, econômicos, vinculados às forças espontâneas e às tendências dominantes do próprio tempo, convertendo-se "na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida"²³-, cujo pressuposto é uma decisão não só justificada, mas também fundamentada a partir desses ditames, afastando qualquer palavra sacra que possa vir à tona pela vontade pessoal subjetiva do juiz - teologia jurídica.

Levando-se em consideração o dito acima, a civilidade constitucional é re(des)velada na atividade jurisdicional na medida em que se esvai qualquer conceito *lógico* de *forma* de vida, preponderando o conceito fenomenológico (não clássico) de *mundo* da vida²⁴, o qual condiciona o processo de compreensão, que remete a uma experiência

objeto, e sim, horizonte aberto estruturado. Daí que, para Gadamer, ter um mundo é ter uma linguagem". Ver, para tanto, STRECK, Ob. Cit. p. 175-176.

²³Ver, para tanto: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto alegre: SAFE, 1991, p.18.

²⁴No que tange ao *conceito de mundo*, ver: STEIN, Ernildo. *Mundo Vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito de fenomenologia*. Porto Alegre: Edipurs, 2004, p. 141 e segs.

anterior ao discurso e, conseqüentemente, configura o chão pelo qual ele se articula²⁵.

Se é no processo de compreensão que se constrói o mundo, e, sendo a linguagem produtora de mundo²⁶, isto é, não sendo mais uma terceira coisa que se coloca entre sujeito e objeto, desse ponto de vista, a imagem de mundo é fluída, é uma abertura para o novo, é uma totalização aberta, sem fronteiras precisas, impossível de representação, uma vez que é parte inerente do próprio discurso, do modo de vida²⁷.

Nesse sentido, em que pese a forma lógica como *forma* de vida se mostrar ilusória, a própria idéia de *tudo*, de totalidade vem a ser questionada, haja vista a impossibilidade de se determinar a idéia de mundo como pronto e acabado, como o chão da racionalidade.

Essa revolução copernicana traz consigo a falência dos modelos filosóficos anteriores – ontologia clássica e filosofia da consciência -, os quais eram o pano de fundo para a possibilidade - primeiro do jusnaturalismo, depois do positivismo - de ativismo judicial, o qual nada mais é que uma teologia jurídica, movida pelos mesmos motores condutores da teologia religiosa, “isto é, o comando em última instância é do próprio Deus, imaginado antropocentricamente e antropomorficamente como um super-homem, pessoa transcendente dotada de vontade onipotente, entendimento onisciente, com funções de legislador, monarca e juiz do universo²⁸”.

²⁵Nesse sentido, ver: GIANNOTTI, José Arthur. *O jogo do belo e do feio*. São Paulo: companhia das letras, 2005, p. 15.

²⁶No que se refere à invasão da filosofia pela linguagem ver: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 1997. Em específico terceira parte. Também, STRECK, Ob. Cit. p.155 e segs.

²⁷GIANNOTTI, Ob. Cit. p.17.

²⁸CHAUI, Ob. Cit. P.167.

Contudo, isso só é possível a partir de uma objetificação racionalizadora e técnica, de uma verdade teórica universal que se desvincula do mundo prático, cuja base provém tanto da metafísica clássica - arsitotélica, quanto da metafísica moderna - cartesiana, as quais colhem seus frutos no mundo jurídico, proporcionando um direito arcaico, desprovido das *condições de possibilidade para o acontecer* constitucional e democrático de um Estado cuja complexificação se acentua cada vez mais nos tempos contemporâneos²⁹.

Alias, bem ao contrario, condiciona sim a barbárie civilizatória descompromissada, promovendo a proliferação da destruição do sentido do todo constitucional, ou seja, a verdadeira entificação/objetificação da Constituição, condecorando o arbítrio das opiniões, desligando a opinião do texto de maneira obstinada e inseqüente, de quem deveria, por obrigação pública em primeiro lugar, suspender os próprios pré-juízos e ver-se inserido no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, cuja linguagem é sua produtora ³⁰.

§§§

A única alternativa à barbárie teológica desenvolvida pelos tribunais é a hermenêutica jurídica, que vem em defesa da civilização e resgata o modo-de-ser-no-mundo do poder judiciário da esfera privada – pois está envolto de pré-juízos calcados em uma cultura liberal-individualista-privatista, sem a mínima compreensão do evento constitucional que se desenvolveu –, e, a partir da viragem lingüística, o (re)coloca na esfera pública, para que, autenticamente se compreenda a

²⁹No que se refere à relação do Estado com a contemporaneidade ver: MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

³⁰ver: GADAMER, Ob. Cit. p. 354 e segs.

ausência dessa dicotomia, haja vista que em 1988 foi promulgada uma Constituição social e democrática, portanto, enfaticamente pública e, assim sendo, àquilo que se mostra contrário a ela deve ser declarada a inconstitucionalidade, inclusive as arbitrariedades oriundas de instâncias de poder mormente destinadas a implementar direitos sociais-coletivos e difusos, e que taxativamente por isso, têm compromisso social³¹.

Para tanto, revela-se necessário ver o Estado constitucional e democrático não como uma totalidade fechada de fatos e disposições, mas tê-lo como sugestão à ultrapassagem paradigmática, sempre levando em consideração o não enquadramento dessa ultrapassagem na oposição *interior/exterior*, mas consentindo o jogo intersubjetivo do mundo de *ver* e *ver algo como algo*, numa relação de identidade e distinção³².

Tal assertiva vai de encontro ao explicitado por Stein quando traz à tona a hermenêutica filosófica de Gadamer, que, por suas vez “encontra na força civilizatória da tradição, a autoridade de uma razão diluída do ponto de vista da história efetual³³”.

Neste intuito, reconhece-se a importância da hermenêutica ao direito, em específico à aplicação do direito constitucional pátrio, decorrente da tradição constitucional do Estado Democrático de Direito, na medida em que demonstra estar pré-estruturado pela tradição, e, com isso, pretende enraizar o sujeito que compreende em seu lugar histórico determinado.

³¹Ver, para tanto: BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol.1, n.2*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004. p.101-120.

³²GIANNOTTI, Ob. Cit. p. 24-25.

³³Ver: STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, p.50.

Gadamer deu-nos, com sua hermenêutica filosófica, uma lição nova e definitiva: uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra, bem diferente, é inserir a interpretação num contexto, ou de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do ser, em que interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta³⁴.

O *standard* de racionalidade da fenomenologia hermenêutica – modo de pensar a relação entre filosofia e conhecimento – introduzido por Heidegger e desenvolvido por Gadamer, vai taxativamente criticar os *standards* da metafísica objetivista³⁵, responsáveis pela abertura à possibilidade da *teologia jurídica*, na medida em que “o direito tendencialmente pensa encontrar na lógica da argumentação de caráter puramente axiomático-dedutivo o principal auxílio da filosofia³⁶”.

Nesse sentido, a filosofia se mostra pretensiosamente como fundamento de estilos de verdade, de argumentação e de justificação; promovendo escolhas aleatórias baseadas em opiniões, convicções, intenções, regras ou decisões, operando numa *concepção de fundamental* a qual omite a tradição, “que é condição de possibilidade de qualquer discurso e que, portanto, sempre está presente operativamente na produção de uma fixação de limites ou de fundamentação³⁷”.

O re(des)velar hermenêutico, proveniente da filosofia hermenêutica haideggeriana, ao clarear os modos de ser-no-mundo do

³⁴Conforme STEIN, Ob. Cit. p.53.

³⁵Para uma explicação mais abrangente no que se refere aos *standards* de racionalidade, conhecidos também como vetores de racionalidade, ver: STEIN, Ob. Cit., especificamente capítulo II, titulado, Filosofia e hermenêutica jurídica – Os *standards* de racionalidade p. 151 e segs.

³⁶Conforme STEIN, Ob. Cit. p158.

³⁷Conforme STEIN, Ob. Cit. p159.

dasein, atua além do *como* apofântico, manifestativo, argumentativo, lógico, e traz à tona o *como* hermenêutico, que vem como condição de possibilidade a partir da compreensão e explicitação do próprio modo de ser do ser humano³⁸.

Nesta esteira, o apoio (na)da metafísica será suprimido a partir da perspectiva hermenêutica de que os próprios participantes do mundo se empenhem na apropriação viva das tradições que os determinam, de suas condições históricas; recuperando a razão pela historicidade dos sentidos³⁹.

Desse modo o *standard* de racionalidade da fenomenologia hermenêutica passa a ampliar-se de um modo mais compreensível para podermos pensá-lo em sua diferença com a simples técnica ou método de interpretação que, por exemplo, pode parecer no Direito. Assim, a hermenêutica jurídica repousa sobre a hermenêutica filosófica, pois em tudo que o Direito enuncia nos códigos ou na Constituição, opera uma historicidade e um sentido que desde sempre vêm antecipados na pré-compreensão. É dela que surge o processo de autocompreensão que sempre acompanha a compreensão de qualquer texto do direito⁴⁰.

³⁸Segundo STEIN, Heidegger ao fazer a pergunta: que é o homem? - uma vez que Kant deixou a pergunta sobre o homem irresolvida - Pretendeu resolvê-la com a noção de "ser-no-mundo", tratado pela síntese intuição-sensibilidade e pelo ser do mundo prático, obedecendo a um dever-ser. Respondendo a questão kantiana, Heidegger explicita que o homem será visto como *Dasein*, onde o *Da* é o reconhecimento do caráter intuitivo, sensível e temporal, enquanto o *Sein* indica o caráter inteligível, o ser. "O *Dasein* é *ser-no-mundo* esse é o *como* do homem, que deve resolver a questão da temporalidade como um das características fundamentais do *ser-no-mundo*, enquanto passado-presente-futuro. Porém, este *ser-no-mundo* deve estar articulado, precisa de uma estrutura que seja descritível e que possua a marca fundamental da condição humana, qual seja, a *sorge*, o cuidado, a cura, a estrutura de *ser-a*". Conforme: STEIN, Ernildo. *Mundo Vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito de fenomenologia*. Porto Alegre: Edipurs, 2004, p. 146 e segs.

³⁹Ver: STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, p.164-165.

⁴⁰Conforme STEIN, Ob. Cit. p1163-164.

Por isso que a hermenêutica jurídica é a condição de possibilidade à defesa da civilização, haja vista que vê-se amarrada pela linguagem na tradição (autêntica), cujo pressuposto é a inserção na interpretação da vida quotidiana do mundo vivido, o que estabelece um compromisso social de ver a Constituição *como* Constituição, ou seja, *a coisa mesma* que constitui-a-ação de um determinado Estado Democrático de Direito, e que por isso, em seu contexto, só pode ser de um modo (assim) e não de outro (qualquer).

A compreensão do sentido da Constituição só se manifesta na elaboração de um projeto prévio, um projetar, o qual dever ir sendo constantemente revisado na medida em que se avança na penetração do sentido.

Entende-se, portanto, que a arbitrariedade, quanto ao modo de interpretação do direito, se dá na própria opinião prévia na medida em que esta é também arbitrária, e, sendo arbitrária, é como se não existisse; impossibilitando o sentido do todo e proporcionando, assim, interpretações metafísicas da razão, as quais atuam desvinculando o interprete da tradição do mundo prático em que se encontra emaranhado, permitindo um verdadeiro fundamentalismo jurídico.

Aportes conclusivos

Apontou-se aqui a inércia que se encontra o Poder Judiciário brasileiro em decorrência das posturas filosóficas adotadas, as quais o caracterizaram/fundamentam como um verdadeiro poder teológico-político - tal como edificou Espinosa - que em um Estado Democrático de Direito evidencia o que se chamou de *barbárie teológica dos tribunais*.

Com efeito, cabe ressaltar que o poder destinado aos tribunais, estabelecido no processo constituinte originário, desviou-se de sua meta, qual seja, *o acontecer que constitui-a-ação* como mecanismo prático que provoca mudanças na realidade⁴¹, e se tornou uma autêntica vontade soberana secreta, situada acima das vontades individuais e dos governados, racionalizando o permitido e o proibido.

Neste ensejo, busca-se trazer à tona que o papel do direito, e especificamente do judiciário, não é estabelecer uma ordem linear ao Estado, nem construir verdades teóricas hipotéticas sobre as relações sociais por meio de um saber especulativo e técnico que interpreta em nível ôntico os textos legais, tampouco standardizar pensamentos à disposição de crenças que assegurem obediências à ambição incompreensível de poucos, causando uma violência jurisdicional.

Em suma, a superação da dicotomia sujeito objeto, e, conseqüentemente o reconhecimento da invasão da filosofia pela linguagem se faz necessário para desencadear a prática constitucional tradicionalmente construída no paradigma do Estado Democrático de Direito, o que, por sua vez, resgata a força normativa da Constituição e vincula a atividade dos tribunais ao mundo da vida, ao contexto, à prática cotidiana da tradição do ser humano, base da compreensão do pensamento civilizatório.

Só assim se experimentará discutir as verdades prévias, as conclusões abstratas, as deformações representativas que justificam as atitudes do mundo do direito quando este deixa de ver o que se está vendo e de ouvir o que se está ouvido em prol da barbárie lógica.

⁴¹Ver STRECK, Ob. Cit. p.282.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *História da filosofia*. vol.VI. 3.ed. Lisboa: Editorial Presença, 1982.

BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas. Magia e técnica. Arte e política*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol.1, n.2*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004. p.101-120.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHAUÍ, Marilena. Fundamentalismo religioso: a questão do poder teológico-político. In: *Civilização e barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 149-169.

DOSTOIEVSKI, Fiodor Mikhailovitch. *Notas do subterrâneo*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 1997.

GIANNOTTI, José Arthur. *O jogo do belo e do feio*. São Paulo: companhia das letras, 2005.

HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

KLIKSBERG, Bernardo. *Repensando o estado para o desenvolvimento social: superando dogmas e convencionalismos*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2002.

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

NOVAES, Adauto(org). *Civilização e Barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

SARLET, Ingo(org). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Ovídio Batista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STEIN, Ernildo. *Mundo Vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito de fenomenologia*. Porto Alegre: Edipurs, 2004.

_____. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004.

_____. *Epistemologia e Crítica da modernidade*. Ijuí: Editora Unijuí, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional no Brasil: a resposta hermenêutica às críticas da teoria do discurso habermasiana*. No prelo.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Hermenêutica (Jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn*. In: *Anuário do programa de pós-graduação em direito – mestrado e doutorado – 2003*. São Leopoldo: 2003. p. 223-271.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.