

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

Nulidade parcial sem redução de texto: um mecanismo constitucionalizante e seu modo de ser a partir da hermenêutica filosófica.

RAFAEL CORTE MELLO

Orientador professor doutor Lenio Luiz Streck

São Leopoldo
2006

RAFAEL CORTE MELLO

Nulidade parcial sem redução de texto: um mecanismo constitucionalizante e seu modo de ser a partir da hermenêutica filosófica.

Dissertação
Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS
Programa de Pós-Graduação em Direito
Ciências Jurídicas

Orientador professor doutor Lenio Luiz Streck

São Leopoldo
2006

À Maurem

Agradecimentos

À Suzana e ao professor mestre Marcelo, amigos que com carinho e participação transformaram uma difícil tarefa em momentos de intensa felicidade e de trocas intelectuais.

À professora doutora Inês Corte Vitória, madrinha do coração, que com sua dedicação fomentou a concretização desta dura tarefa.

Ao Jéferson, professor e amigo, pelo apoio e exemplo de dedicação à academia.

Aos colegas que se revelaram amigos para todas as horas, esse sim é o maior enriquecimento que se pode almejar.

Aos professores e funcionárias do Programa de Pós Graduação, componentes imprescindíveis para o acontecer desta dissertação, mormente ao professor doutor Leonel Ohlweiler que contribuiu decisivamente para a opção do caminho a trilhar.

Ao professor Ovídio Baptista que com seu espírito crítico a todos inspira a dar continuidade a infundável trajetória acadêmica.

Finalmente, um agradecimento especial ao professor doutor Lenio Luiz Streck, pela calorosa acolhida na complexa tarefa de orientação.

RESUMO

O objetivo central é mostrar a relação entre a tradição jurídica brasileira e o paradigma da modernidade, forjados pela filosofia metafísica, como sendo obstáculos ao alcance da concretização do Direito. Apesar de as críticas à modernidade e o repúdio formal ao positivismo já terem alcançado o lugar comum das atividades acadêmicas, o que se constata no cotidiano forense é justamente o inverso. Ato contínuo, lança-se mão de uma abordagem hermenêutica interligada com parcela importante da estrutura histórica e filosófica de que tem se valido a tradição jurídica. O âmbito do processo civil é destacado quando da busca pela identificação dessa tradição, por ser o ramo do Direito que mais se voltou aos estudos da atividade jurisdicional. Nesse passo, a atividade jurisdicional exercida em âmbito constitucional apresenta-se com um palco ideal para a identificação de *preconceitos negativos* que se tinham por superados. O controle concentrado de constitucionalidade, exercido por meio do mecanismo da *nulidade parcial sem redução de texto*, passa a ser o foco do estudo realizado. A partir dessa atividade legitimada pelo horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito, intenta-se demonstrar a possibilidade de identificação da tradição inautêntica como sendo uma forma de concretização da Constituição, o que se pensa ser possível desde que se assuma como condição de possibilidade a visualização do sistema jurídico através do prisma da *hermenêutica filosófica*.

Palavras-chave: Constituição – Controle de constitucionalidade – Hermenêutica - Nulidade parcial – Tradição jurídica – Jurisdição – Hermenêutica filosófica.

ABSTRACT

The central object is to show to the relation between the Brazilian legal tradition and the paradigm of modernity forged for the Metaphysical philosophy as being obstacles to the reach of the concretion of the rights. Although critical to modernity and the formal repudiation to the positivism already to have reached the common place of the academic activities, the daily one of the jurist shows the opposite. A linked hermeneutic boarding with important parcel of the historical and philosophical structure of the legal tradition is used to display such circumstances. The scope of the civil action will be detached in the search for the identification of this tradition for being the area of the Law that more was dedicated to the studies of the jurisdictional activity. In this this sense, the constitutional adjudication is presented with the ideal place for the identification of *negative preconceptions* that if for had surpassed. The intent control of constitutionality exerted by means of the *Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung* mechanism starts to be the focus of the study. One intends to demonstrate the possibility of identification of the inautentic tradition as being a form of concretion of the Constitution from this legitimated activity for the felt horizon of the Democratic State of Law. What it is possible since that if assumes as possibility condition the visualization of the legal system through the prism of the *philosophical hermeneutics*.

Key-words: Constitution – Control of constitutionality – Hermeneutics - *Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung* – Legal tradition – Adjudication – Philosophical hermeneutics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 TRAÇOS DE UMA <i>HERMENÊUTICA FILOSÓFICA</i> E O SEU PAPEL NO DIREITO ...	13
1.1 A tradição moderna a ser assimilada pelo pensamento ontológico: breves ponderações acerca do pensameno <i>hobbesiano</i> , <i>kelseniano</i> e suas relações com o direito e a linguagem	15
1.2 A abertura propiciada pela visão ontológica: em busca da assimilação da tradição	35
1.3 A <i>hermenêutica filosófica</i> , em Gadamer, como condição de possibilidade para uma interpretação autêntica para o direito	53
2 A IDÉIA MODERNA (RACIONALISTA) DE JURISDIÇÃO E OS AVANÇOS DA CIÊNCIA DO PROCESSO	70
2.1 A função constitucional <i>pró-ativa</i> do Poder Judiciário em contraste com a tradição	72
2.2 O desenvolvimento da jurisdição no processo civil: os dogmas	85
2.3 A jurisdição no processo civil e a crítica contemporânea	94
2.4 A jurisdição “constitucional” aplicada na contemporaneidade: dificuldades em comum com a jurisdição “ordinária”	111
3 O MECANISMO CONSTITUCIONAL DA NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO E SEU MODO DE SER ADEQUADO ÀS NECESSIDADES CONTEMPORÂNEAS	117
3.1 O Estado Democrático de Direito no caminho hermenêutico	117
3.2 O controle de constitucionalidade: tradição e argumentos críticos	127
3.2.1 O argumento crítico pertinente à <i>questão de fato</i> e à <i>questão de direito</i>	129

3.2.2 O argumento crítico pertinente aos requisitos da petição inicial no <i>processo de controle de constitucionalidade</i>	134
3.2.3 O argumento crítico pertinente à <i>análise objetiva</i> do controle abstrato de normas	138
3.2.4 O argumento crítico pertinente à ação declaratória de constitucionalidade – ADC: um elemento que evidencia problemas estruturais	142
3.2.5 O argumento crítico pertinente à <i>lei ainda constitucional</i> e o contraste com a classificação das normas	156
3.2.6 O argumento crítico pertinente à teoria das nulidades em âmbito constitucional	165
3.3 A <i>hermenêutica filosófica</i> como condição de possibilidade de um controle de constitucionalidade incompatível com as bases do sistema jurídico tradicional	170
3.3.1 A(s) diferença(s) entre a <i>interpretação conforme a Constituição</i> e a <i>nulidade parcial sem redução de texto</i>	171
3.3.2 A questão da (in)constitucionalidade do efeito vinculante diante do novo modo-de-ser da prestação jurisdicional constitucional	178
3.3.3 A <i>nulidade parcial sem redução de texto</i> e a contribuição desta questão para a consagração da diferença entre texto e sentido do texto: a abertura de possibilidade para o salto paradigmático	183
CONSIDERAÇÕES FINAIS	191
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	200

INTRODUÇÃO

“O mito só é durável enquanto existir um relativo consenso em torno de sua veracidade.” (Renato Ortiz)

O discurso jurídico que a todos alcança nos bancos acadêmicos produz inúmeros mitos. Muitos destes mitos passam a compor o imaginário do operador do Direito e, possivelmente, nunca mais o abandonará.

Provavelmente as dicotomias sejam uma das mais poderosas fontes de mitos e, por conseguinte, um dos mais poderosos meios de sedução do discurso jurídico. Poucas dicotomias, entretanto, são mais consagradas na formação do jurista do que a que distingue a teoria da prática.

Esse é o tipo do discurso que irá dominar o diálogo entre dois operadores do Direito durante importante tempo de suas carreiras. O freqüentador do foro não abrirá mão deste discurso, vez que, para representar o jurisdicionado, ele será o primeiro a se deparar com a força do sistema jurídico posto.

A resposta às dificuldades tem sido dada por meio de novos discursos, agora, os discursos críticos, aqueles que depõem contra a modernidade e relevam a necessidade da eficácia do Direito. Nestes novos discursos, ver-se-á forte apelo à justiça e intransigente crítica ao positivismo. Poucos trabalhos, acadêmicos ou não, identificariam o positivismo e os ideais modernos como sendo sua matriz teórica.

Nada obstante, pretende-se mostrar que até mesmo esses discursos inflamados estão profundamente comprometidos com um paradigma racionalista, forjado principalmente na filosofia

metafísica. Procurar-se-á concretizar esta proposta por meio da identificação da tradição jurídica brasileira, em termos históricos e filosóficos, com o que se apresenta como sendo uma nova maneira de se fazer *ciência jurídica*, o que procuraremos identificar como sendo uma maneira de negação do paradigma que acaba por mantê-lo intacto. São as novas teorias, plasmadas com velhas concepções que se imaginavam superadas.

Nesse passo, entende-se possível identificar fortes traços da ideologia tradicional em discursos notadamente contemporâneos, ou seja, procurar-se-á mostrar que na prática jurídica a tradição demonstra ainda possuir mais espaço nas mentes dos juristas do que os próprios poderiam imaginar.

Com efeito, a noção de jurisdição, a partir da tradição processual civil, porém, em relação à atividade jurisdicional prestada em âmbito constitucional, revelará um amplo espectro de possibilidades. De modo que se reputa ser demasiadamente precipitada postura de ousar referir que o Direito está evoluindo por meio de novas teorias, ou posições jurídicas que são contidamente desenvolvidas e apresentadas como importantes soluções, antes de refletir-se acerca da atividade jurisdicional.

A partir dessas reflexões, poder-se-á identificar como existente um robusto paradigma no qual o senso comum teórico não logrará superar, enquanto não optar por abrir mão de posturas supostamente seguras, porém, que podem ser identificadas como arbitrárias. Trata-se da realidade surpreendendo as *equações jurídicas* (teorias) constantemente desenvolvidas pela tradição.

Nessa senda de assertos, apontar-se-ão mecanismos totalmente contraditórios com o sistema jurídico vigente, os quais acabam por se fazerem necessários diante da realidade social. De modo que se passará a defender uma postura mais voltada para a compreensão/interpretação humana, do que empreender em uma nova jornada em busca do mesmo objetivo almejado por séculos, qual seja o do alcance do fundamento último do conhecimento. No caso do Direito, o método mais perfeito de obtenção das soluções para os casos jurídicos que o sistema não tem condições de enfrentar.

No controle concentrado de constitucionalidade, encontraremos um palco para reflexões acerca dessas questões, visto que o conceito tradicional de jurisdição, assim como tem se apresentado insuficiente para o Direito processual civil, mostra-se inadequado para a atividade de

criação infundável de sentidos, a partir de um mesmo diploma legal, que atualmente é reconhecida por meio do que conhecemos por *nulidade parcial sem redução de texto*.

Em um primeiro momento, procuraremos abordar algumas bases histórico-filosóficas do discurso jurídico de modo a identificar os preconceitos que compõem a tradição jurídica contemporânea. Neste passo, entender-se-ão evidenciáveis as conexões daquelas premissas que compõem a tradição jurídica com a filosofia metafísica. Partindo desta postura, passaremos a identificar a necessidade da exposição de algumas noções que compõe a *hermenêutica filosófica*, concretizando algumas *pré-compreensões* relativas a matriz teórica da pesquisa a seguir apresentada.

Em seguida, buscaremos estabelecer a relação entre a noção de jurisdição, sua tradição jurídica e os obstáculos daí decorrentes enquanto idéia incompatível com a função jurisdicional ativa (cooperativa) no âmbito do Estado Democrático de Direito. A exposição a partir do ramo do Direito que mais tem se voltado para a questão da jurisdição visa a contribuir para a identificação de ideologias tidas por superadas, no âmbito das atividades contemporâneas dos operadores do Direito, assim como objetiva mostrar a existência de visões críticas que já estão voltadas para o reconhecimento da necessidade da aproximação do Direito com a realidade social, obstáculos que identificamos como presentes tanto no âmbito do “processo ordinário” como no âmbito do “processo constitucional”.

No terceiro momento da pesquisa, procuraremos identificar a identidade de um novo modo-de-ser da prestação jurisdicional como sendo compatível com o Estado Democrático de Direito. Para tanto, a *nulidade parcial sem redução de texto*, atividade jurisdicional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, mostrará que o Direito não se compatibiliza com métodos pré-elaborados, bem como servirá para instigar a reflexão acerca da necessidade de *superação* do *paradigma moderno* a partir de um modo de ver a jurisdição que seja compatível com a complexidade do pensamento humano.

As discussões que surgem em torno desse modo-de-ser da prestação jurisdicional em âmbito constitucional serão abordadas em duas frentes, uma voltada a demonstrar a presença da tradição jurídica no que se tem por *noções evoluídas* do Direito, enquanto a outra procurará apontar a *hermenêutica filosófica* como a matriz teórica adequada para o acolhimento deste novo modo-de-ser da jurisdição.

Para tanto, procuraremos iniciar a exposição tanto indicando alguns aspectos da tradição filosófica que forjou a tradição jurídica a que todos envolve (ser-no-mundo), quanto apresentando algumas noções da *hermenêutica filosófica*, a fim de formarmos uma *pré-compreensão* da matriz teórica que tomamos por base nas reflexões adiante propostas.

1 TRAÇOS DE UMA *HERMENÊUTICA FILOSÓFICA* E O SEU PAPEL NO DIREITO.

A *hermenêutica filosófica* é ora identificada como a matriz teórica que conduzirá as reflexões a serem realizadas nesse estudo. Ainda que longe de se pretender alcançar um aprofundamento filosófico (uma vez não ser este o intento que se propõe a realizar), impende ao menos traçar algumas considerações a respeito da temática com fins exclusivos de viabilizar algumas *pré-compreensões*, que serão imprescindíveis para a fluidez das reflexões que se pretende realizar. Isto, tendo em mente não apenas a complexidade da estrutura do pensamento que se quer trazer à baila, mas mormente as dificuldades que costumeiramente enfrentamos por estarmos habituados a pensar de forma abstrata e ideal na construção de categorias, cuja proposta é quase oposta a do pensamento hermenêutico.

Releva esclarecer, outrossim, que a *hermenêutica filosófica* é uma estrutura de pensamento voltada para a compreensão do homem enquanto ente¹ que compreende, daí sua relevância em termos de abordagem da ciência do Direito, a qual, em dados momentos, aparenta continuar sujeita às sombras da caverna², tentando decifrar, mediante categorizações, as inusitadas situações que o

¹ “Ente é tudo de que falamos, tudo que entendemos, com que nos comportamos dessa ou daquela maneira, ente é também o que e como nós mesmos somos.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 13ª. ed. Parte I. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Editora Vozes e Universidade São Francisco, 2004, p. 32). Como adiante será melhor esclarecido, esta referência (ente) é realizada em contraposição ao *Ser*, consistindo na questão da diferença ontológica que acompanha o pensamento da hermenêutica filosófica desde suas origens: “Com o ente nos deparamos em toda parte. Ele nos rodeia, nos leva e subjuga, nos encanta e satisfaz, nos eleva e decepciona. Todavia em tudo isso, onde está e em que consiste o Ser do ente?” (HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 59).

² Referência à alegoria da caverna de Platão (PLATÃO. *A república*. São Paulo: Martin Claret, 2002, Livro VII).

caso concreto apresenta, constantemente surpreendendo os seus operadores e demonstrando a insuficiência do ordenamento jurídico para solução de “todos” os problemas.

Nesse sentido, a interpretação (identificada com a hermenêutica), apresenta-se como algo inevitável, enquanto atividade humana. A *hermenêutica filosófica* irá mais adiante e preocupar-se-á em considerar que esta atividade é bem mais complexa do que se imagina e não está meramente presente nos denominados *hard cases*³, mas sim em toda a atividade do homem enquanto existente no mundo.

Desse modo, as referências a HEIDEGGER e a sua obra, que deram origem a essa estrutura de pensamento, serão insuperáveis, impondo-se esclarecer que somente serão limitadas ao quanto for possível, vez que o enfoque será priorizado em GADAMER, notório aplicador da hermenêutica filosófica. Esta fronteira que não se pode considerar ideal, diz com a opção acadêmica de limitação do desenvolvimento de nossas reflexões, opção esta que está diretamente relacionada com o fato de o pensamento *gadameriano* ter se voltado em diversos momentos, de forma expressa, para o desenvolvimento do pensamento jurídico.⁴

³ Expressão cunhada a partir da célebre discussão envolvendo Herbert Hart e Ronald Dworkin, querendo significar a dificuldade de solução de determinados casos concretos que escapam ao ideal de subsunção da norma (seja do precedente ou da lei). Tal questão é explicitamente trabalhada na obra *O Conceito de Direito*, do primeiro, e no capítulo 4 de *Levando os direitos a sério*, do segundo.

⁴ Por questão de honestidade intelectual impende registrar que a elaboração de uma visão crítica do Direito como a que se pretende realçar no presente trabalho acadêmico não é advinda de uma “gestação interior” que acabou por originar a busca pelas reflexões que a seguir serão realizadas. Evidentemente houve por nós uma autêntica atribuição de sentidos, restando evidente a ausência de *reprodução de sentidos* por conta da própria concepção de compreensão com a qual trabalharemos. Nada obstante, nós, na condição de ser-no-mundo, igualmente estamos desde-já-sempre lançados em uma tradição. Dessa maneira há de se apontar os estudos desenvolvidos no Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos como forte influência nas opções da pesquisa que se seguirá, destacando-se especialmente as obras de Lenio Streck. A pertinência do destaque especial tem razão em virtude de o referido autor ser a pessoa a quem se deve a ousadia de encampar o desafio da aplicação da *hermenêutica filosófica* – e a complexidade da linguagem por ela adotada - no âmbito do Direito constitucional brasileiro, mormente considerando-se que Heidegger não trabalhou sua filosofia pensando no Direito, assim como Gadamer não desenvolveu seu pensamento à luz de uma realidade constitucional.

1.1 A tradição moderna a ser assimilada pelo pensamento ontológico: ponderações acerca do pensamento hobbesiano, kelseniano e suas relações com o direito e a linguagem.

No mundo acadêmico contemporâneo já é praticamente lugar comum se promover *discursos*, tendo por alvo de críticas constantes o denominado pensamento moderno.⁵

A “modernidade” vem sendo rotineiramente hostilizada por seu procedimento de diminuição do sujeito, transformando indivíduos em abstrações numéricas, cujo fundamento justificador estaria na massificação de valores e direitos *dignos* de serem buscados pela sociedade. As críticas desferidas levam em consideração que enquanto valores e direitos passam a ser vistos de forma estandarizada, eles não mais obstaculizam o crescimento econômico e técnico-científico, ou seja, embora politicamente seja sempre erguida a bandeira da busca da igualdade, liberdade e justiça, a realizabilidade material dos direitos e valores passa a ser condicionada ao desenvolvimento econômico e científico.

Sob tal enfoque, o objetivo moderno estaria amparado no alcance da segurança jurídica e organização social, daí o desenvolvimento de um racionalismo⁶ exacerbado em que se vê a tentativa de matematização do Direito, equiparando-o, por vezes, a uma ciência exata.

⁵ A referência à modernidade é uma constante nas críticas teóricas formuladas nas últimas décadas, de modo que é importante estabelecermos que para nós ela não passa de um “símbolo” criado com intenções de apreensão de um dado período da história humana. Contudo a modernidade não escapa da contingência de modificação de significados da palavra em cada época de sua utilização. Se em Santo Agostinho (V d.C.) ela significava a rejeição ao paganismo e o início da era cristã, no Renascimento fundiram o humanismo clássico com a cristandade para distinguir os estados e sociedades entre “antigos” e “modernos”. Para o iluminismo do Século XVIII, houve-se por bem a distinção entre o “medieval”, o “antigo” e o “moderno”, identificando-se o “moderno” com aquela atualidade. Daí por diante a modernidade passou a emblemar uma ocidentalização da sociedade, identificando-se as demais sociedades com o passado. Com isso, a sociedade moderna passou a se identificar com a **cientificização**, politicamente estabelecida em estados-nação, com alguma forma de legitimação popular. O crescimento econômico passa a ter uma relevância ímpar e a filosofia de trabalho passa a ser o **racionalismo**. Ao contrário de outrora, a novidade é incentivada a ponto de se constatar uma “tradição do novo”. Desta feita, a partir da referência ao iluminismo, não reputamos dispensável nenhuma das correlações relacionadas, especialmente as pertinentes ao racionalismo e ao cientificismo, tendo-as como imprescindíveis no quando da utilização do termo modernidade. (OUTHWAITE, William *et alli*; com a consultoria de Ernest Gellner, Robert Nisbet, Alain Touraine. *Dicionário do pensamento social do Século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, pp. 473 e 474). A essas considerações pertinentes ao termo em discussão, ainda reputamos relevante agregar as constatações trazidas a partir da denominada “modernidade líquida”, no sentido de que a modernidade caracteriza-se pela sua tarefa de construir uma ordem melhor em substituição à antiga e defeituosa, passando despercebido o fato de que enquanto ela dilui a *sólida estrutura anterior*, está a criar uma mais sólida e de difícil destruição, a qual igualmente está fadada a desconstrução (“derretimento dos sólidos”), de modo a mascarar uma falsa idéia de “superação” por conta da não percepção dessa característica de fluidez, o que ao ser assimilado, ato contínuo, conduz ao afastamento das idéias de *segunda modernidade, pós-modernidade* etc, cuja abordagem não é ora pretendida. (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, pp. 12, 13 e 17).

⁶ Apesar da relevância do assunto, não nos interessa no presente trabalho *esmiuçar* os tipos de racionalidade identificados pela doutrina (se prático, técnico etc.). Entretanto, tendo em vista as inúmeras referências ao termo racionalismo, convém esclarecer que o que se identifica como *paradigma racionalista* é a forma de racionalidade que

Dados questionamentos, que são comuns e formalizados genericamente habitualmente do lugar comum, pretende-se abordar de forma contextualizada nas reflexões que se seguirão acerca do Direito na contemporaneidade⁷. A propósito disso, ressalta-se que a presente abordagem se dará em âmbito de atuação constitucional, mais especificamente quanto ao controle concentrado de constitucionalidade em alguns aspectos de sua aplicabilidade (o enfoque será priorizado na *nulidade parcial sem redução de texto*) que contraditam com a estrutura existente e os fundamentos jurídico-filosóficos recém apontados.

Para fins de delimitação ainda maior do tema, entretanto, embora muitas críticas e reflexões sejam pertinentes e irrenunciáveis, tem-se por adequada a apresentação suscinta da tradição em três frentes principais: o contratualismo hobbesiano, o positivismo kelseniano e aspectos do conhecimento acerca da linguagem. Todos a serem referenciados em termos de identificação parcial da construção do pensamento jurídico e não como palco principal das reflexões que se pretende estabelecer.

Elegem-se estes aspectos do conhecimento humano não apenas em virtude da impossibilidade de abordagem da totalidade do saber (o que representaria uma tentativa de fechamento de horizontes incompatível com as limitações da finitude do homem), mas também devido à relevância de seus reflexos quanto à estrutura da tradição jurídica atual. A opção ainda toma em consideração a contribuição dessas reflexões para o constitucionalismo,⁸ vez que o que se intenta apresentar, em última análise, é uma visão hermenêutica da atividade judicial no âmbito do controle de constitucionalidade na estrutura jurídica brasileira.

entendemos dominante em termos de *modernidade*. Com efeito, a razão faz parte da existência humana e não pode ser afastada de nossas reflexões, não é o que se pretende. De modo que deve ficar esclarecido que é o apelo extremista à técnica e aos métodos que deve ser considerado quando criticado o *paradigma racionalista*. A respeito de tipos de racionalidade aponta-se a obra de NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 34 e ss.

⁷ O termo “contemporâneo” será utilizado no presente estudo em sua acepção temporal, ou seja, querendo significar *in casu*, o direito que é praticado na atualidade. Tal esclarecimento é pertinente para fins de explicitação que a referida palavra não possuirá correlação com um período determinado da história da humanidade utilizada por estudiosos de diversas áreas do conhecimento (questão notadamente de opção conceitual). Ademais, seria sugerível diferenciar essa questão mediante a grafia com a letra maiúscula (v.g. Estado “Contemporâneo”) quando fosse o caso do emprego da referida classificação (conforme sugestão de MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 14).

⁸ Formula-se o presente registro em razão das desconfianças que pendem sobre os “ismos” (HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre el humanismo*. Trad. Helena Cortés e Arturo Leyte. Madrid: Alianza Editorial, 2000, pp. 15, 17 e 61), entretanto, aqui, não existem maiores intenções com relação à referência ao termo “constitucionalismo”, como se de algum movimento ideológico específico se tratasse. Sua significação diz exclusivamente com a tendência global dos estados-nação estruturarem-se por meio de constituições, sendo que a idéia de movimento poderia ser a esse termo relacionado se pensássemos no aspecto de sua característica de constante mudança evolutiva (um reprojeter).

Feitos tais esclarecimentos, reitera-se que, em termos de Direito contemporâneo, é difícil abordar sua estrutura, qualidades e deficiências, sem apresentar, ainda que em termos rasos, o contratualismo. Tal intento é buscado por meio da referência a THOMAS HOBBS, um dos autores de maior destaque e polêmica até mesmo para os de sua época.

Ao contrário do que se difunde sem maiores questionamentos, a segurança jurídica não traduzia a única preocupação do pensador, nem mesmo consistindo na maior de todas. O contratualista que ficou popularizado com a expressão *homo hominis lupus*, não apenas identificava a busca da felicidade como sendo o objetivo legítimo do homem, como igualmente previa a possibilidade de equívocos por parte do soberano. Proceda a afirmação de que somente por meio de um soberano e da coação HOBBS verificava a possibilidade de civilização e controle social do homem. Entretanto, seu pensamento avança de forma bem mais sofisticada, tanto que a afirmação de que ele criara uma estrutura voltada ao absolutismo não procede, já que o *Leviatã*, a soberania por ele tão propalada, poderia se dar por uma pessoa, ou mesmo um grupo de pessoas reunidas em assembléia.⁹

Apesar de não serem inverídicas as atribuições a HOBBS sobre a soberania absoluta – que em nada contradiz com o referido acima - uma grande evidência de sua preocupação não *totalitarista*¹⁰ está no desenvolvimento dos capítulos XIV e XV do *Leviatã*, nos quais a moral é amplamente abordada sob a denominação de leis da natureza.

Portanto, através de um prisma comum, podemos identificar, em nossa estrutura moderna de estado (inclusive a própria estrutura do estado-nação), inúmeros traços desenvolvidos por HOBBS, notadamente o monopólio da justiça e o uso da coerção com vistas ao bem segurança. Aliás, o que usualmente é ressaltado e reproduzido de forma repetitiva para criticar-se a modernidade. Com efeito, como o próprio autor referiu, quem parte do que somente consta dito na reprodução de livros, como um cálculo que em algum momento foi mal desenvolvido, está no mais das vezes deixando de buscar “verdade”, razão pela qual devemos sempre procurar voltar ao que

⁹ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 164.

¹⁰ Embora o uso do termo “totalitarismo” seja uma temeridade em termos acadêmicos, aqui ele tem relevância para fins de afastamento de determinados preconceitos com relação ao *Leviatã*, já que o significado do termo diz com um estado que tem todas as suas energias (sociais, políticas, econômicas e criativas) canalizadas para a realização de uma utopia traduzida por dogmas oficiais, enfim um pensamento único e bitolado cujos meios empregados para alcance de seus objetivos acabam por criar uma distopia (OUTHWAITE, William *et alli*; com a consultoria Erneste Gellner, Robert Nisbet, Alain Touraine. *Dicionário do pensamento social do Século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, pp. 771 e 772), enquanto que o *Leviatã* não contradiz inclusive uma estrutura democrática (BOBBIO, op. cit., “Premissa” e p. 171).

objetivava o autor original, reconstruindo a partir de nós mesmos impressões mais adequadas de sua obra¹¹:

“Percebe-se como é necessário a qualquer pessoa que aspire a um conhecimento verdadeiro examinar as definições dos primeiros autores, para corrigi-las, quando tiverem sido estabelecidas de maneira negligente, ou para apresentar as suas próprias. Os erros de definições se multiplicam à medida que o cálculo avança e conduzem os homens a absurdos, que finalmente descobrem, mas que não conseguem evitar sem calcular de novo, desde o princípio, onde reside a base de seus erros. Seguindo daí que aqueles que acreditam nos livros procedem como aqueles que somam muitas pequenas somas numa maior, sem atentar se essas pequenas somas foram ou não corretamente somadas; finalmente, encontrando o erro visível e acreditando nas suas primeiras bases, não sabem que caminho seguir para melhor esclarecimento, mas gastam tempo debruçando-se em torno de livros, como aves que, entrando numa chaminé e vendo-se fechadas num quarto, esvoaçam em torno da enganadora luz de uma janela, por lhes faltar sabedoria suficiente a indicar por que caminho entraram. De tal modo que na correta definição de nomes reside o primeiro uso da linguagem, o qual consiste na aquisição de ciência; e na incorreta definição, ou na ausência de definições, reside o primeiro abuso, do qual resultam todas as doutrinas falsas e destituídas de sentido;”¹²

A par da ausência de ressalva com relação à definição de aspiração da “verdade” e ciência, trata-se de uma ponderação que se poderia identificar como ausente na compreensão usual a respeito do pensamento hobbesiano. A inobservância da relevância de sua ponderação poderia configurar o que GADAMER denominará de preconceitos negativos¹³.

Enfim, o que releva explicitar é que as reflexões ressaltadas parecem atestar que a abertura de sentidos propiciada pelo texto não era desconhecida de HOBBS, ao contrário, estava considerada durante o desenvolvimento de sua teoria, apenas não tendo feito parte dos preconceitos de interpretações cuja *preocupação* (ser-no-mundo) eram diversas das atuais.

¹¹ Ressalva-se a discordância da comparação feita entre linguagem e as equações matemáticas (raciocínio que podemos identificar inclusive como influência no desenvolvimento da ligüística), posição esta que será devidamente abordada no decurso da exposição. Nada obstante, reputamos importante nos valermos da sabedoria do autor focado quanto à referência da relevância ao retorno constante às origens do conhecimento humano.

¹² HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 35.

¹³ GADAMER refere que *é só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza* (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 274/359), ou seja, é importante estarmos cientes de que identificar ao máximo nossos preconceitos e criar nosso próprio sentido na interpretação é o caminho para abandonarmos os dogmas dos quais usualmente partimos ao trazer à tona o pensamento hobbesiano, o qual, dada a sua importância bem serviu à estruturação do liberalismo (mesmo sendo sua filosofia contrária à do soberano forte e intervencionista), enquanto arbitrariamente relevou em seu texto, em nível de estandarização, a segurança jurídica propiciadas pelo pacto social, essencial para a fundamentação da estrutura jurídica que se mantém até a atualidade.

Melhor explicitando, a perspicácia do autor acerca dos sentidos diversos das interpretações o conduziu a formular um raciocínio estruturador que mais se assemelhasse a procedimentos demonstrativos da geometria, tidos por exemplarmente evoluídos, ou seja, dado que as “ciências morais” não davam conta da perturbação da paz social e que a disparidade de opiniões eram tidas por uma das grandes causas dessa perturbação, a identificação de uma teoria do estado com um método (superador do *método defeituoso das ciências morais*)¹⁴, apresentou-se como sendo a interpretação mais autêntica dos problemas que contemporaneamente enfrentava o referido filósofo, de tal modo que o *Leviatã* revela-se como uma reflexão, sob condições políticas que, em última análise, visavam à constituição de um Estado pacífico e moral.

Esse é um legado que se identifica para fins de explicitação do desenvolvimento do pensamento jurídico que se seguirá apresentando, cujos reflexos se seguem sentindo até os dias atuais.

Assim considerando, podemos retomar a doutrina de HOBBS no aspecto em que ele expressamente expõe que o Estado é formado mediante a renúncia do direito de todos os homens¹⁵ em busca de um objetivo comum, qual seja em busca do *estado de paz*. O que, entretanto, não olvida em nenhum momento os interesses subjetivos¹⁶ do indivíduo como quer parecer ao identificarmos o autor sob a bandeira generalizada da modernidade.

Não se pode afirmar, sem chances de ser tomado por “ave incauta”, que nessa estrutura defendida por HOBBS realmente não estejam presentes a paz e a segurança como fundamentos imprescindíveis para a sedimentação de sua doutrina, as quais justificariam uma abstração do individual, o que realmente viria a dar suporte, em termos de desenvolvimento do pensamento jurídico, à massificação de direitos e à acolhida de valores múltiplos de forma generalizada, porém, de difícil concretização (v.g. todos têm direito à moradia, à segurança etc.). Entrementes, constata-se em sua obra grande preocupação com o homem, não apenas no aspecto da defesa do direito

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 28.

¹⁵ Gize-se, não de forma tão simplória como usualmente referenciado, ver em *Leviatã*, op. cit. pp. 102 e ss.

¹⁶ A referência diz exclusivamente com a questão do respeito às diferenças e peculiaridades individuais, já que usualmente o autor é utilizado como defensor de generalizações. Não se trata, portanto, de pregar a relevância de um *subjetivismo* (termo carregado por muita filosofia moderna com a identificação da relação sujeito-objeto), mas tão-somente de afastarmos essa interpretação pejorativa. (VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10ª. Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 36). Em realidade: “Esta correlação do sujeito-objeto é um pressuposto necessário. Mas tudo isso, embora inatacável em sua facticidade, ou melhor, justamente por isso, permanece um pressuposto fatal, quando se deixa obscura a sua necessidade e, sobretudo, o seu sentido ontológico.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 13ª. ed.

natural à vida, mas principalmente no que pertine à razão que motiva a vida humana. Tanto o é, que HOBBS identifica como sendo a felicidade o objetivo humano. Com dita constatação, o autor passa a trabalhar com uma idéia de Estado voltado à *satisfação* do homem, portanto, constatação totalmente diversa do totalitarismo radical a ele atribuído e a preservação meramente formal dos direitos consagrados pela modernidade.

O fato de o autor preocupar-se com as atitudes humanas tendentes à disputa pelo poder (circunstância em que ele identifica esta disputa com a *busca da felicidade*), não passa de preocupação razoável de quem convive com o ser humano e constata seu potencial destrutivo sem negar, de forma alguma, sua capacidade racional (tanto que será com base na *reta razão*¹⁷ que o Estado será constituído).

Essa maneira de entender o pensamento hobbesiano rende ensejo a uma interpretação mais voltada aos aspectos positivos de sua doutrina, quais sejam os benefícios propiciados pela vida dentro do Estado, ao invés de premiarmos a reiterada avaliação do *Leviatã* como sendo uma opção por uma vida cheia de renúncias¹⁸ devido à necessidade de garantia da segurança em busca do *estado de paz*:

“A felicidade é um contínuo progresso do desejo, de um objeto para outro, não sendo a obtenção do primeiro outra coisa senão o caminho para conseguir o segundo. Sendo a causa disso que o objeto do desejo do homem não é gozar apenas uma vez, e só por um momento, mas garantir para sempre os caminhos de seu desejo futuro. Portanto as ações voluntárias e as inclinações dos homens não tendem apenas para conseguir, senão também para garantir uma vida satisfeita, e diferem apenas quanto ao modo como surgem, em parte da diversidade das paixões em pessoas diversas, e em parte das diferenças no conhecimento e opinião que cada um tem das causas que produzem os efeitos desejados.”¹⁹

Parte I. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Editora Vozes e Universidade São Francisco, 2004, p. 98).

¹⁷ “A razão de que fala Hobbes nada tem a ver com a faculdade de conhecer a essência das coisas: é a faculdade de raciocinar, entendido o raciocínio como um cálculo (...) a reta razão faz parte da natureza humana ... (...) o único caminho para tornar eficazes as leis naturais, ou seja, para fazer com que os homens atuem segundo a razão e não segundo a paixão, é a instituição de um poder tão irresistível que torne desvantajosa a ação contrária.” (BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991, pp. 38/40). Enfim, é a reta razão que faz com que o homem opte pela renúncia do poder em favor do maior bem de todos que é a vida. (*Leviatã*, op. cit., pp. 39 e ss.)

¹⁸ Em linguagem hobbesiana a renúncia voluntária é uma só, qual seja a renúncia do próprio poder em favor de uma única pessoa, de modo a criar um poder comum que é o Estado (seja uma pessoa física ou uma assembléia, como já referido anteriormente). A opção pelo plural, portanto, diz exclusivamente com a ênfase que se quer dar ao termo que é interpretado de forma pejorativa, visto que é habitualmente identificado com **tristezas e privações**.

¹⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 78.

O ponto fulcral da doutrina de HOBBS que calha salientar seria de que o homem, ou o grupo de pessoas que atuem na condição de soberano, estariam cientes dessas questões, tratando de tomar as decisões voltadas para a proteção e a satisfação dos indivíduos. Estes indivíduos, por sua vez, cientes dos objetivos do Estado, renunciariam voluntariamente a seu direito natural, na busca de conforto e satisfação, que fora do Estado estariam em constante risco de perda decorrente da enorme possibilidade de conflitos por poder (novamente evidenciada a idéia de concretude dos direitos e não de abstração).

Derradeiramente, por ser de vital relevância o destaque desse compromisso do Estado hobbesiano não apenas com a incolumidade da vida, há de se referir expressamente que não basta manter o homem vivo, pois ele deve ser igualmente satisfeito. Assim, a idéia de arbítrio, comumente difundida em relação a esse pensador, fica igualmente questionada quando da possibilidade de o *Leviatã* eventualmente cometer erros. Nesta hipótese, HOBBS defenderá sua teoria alertando que, com arbítrio e equívocos, o soberano estará espalhando o germe da guerra,²⁰ portanto, o autor deixa advertido o soberano que pretender seguir trilhando seu caminho rumo ao desenvolvimento do fato de que: acaso ele não esteja propiciando não apenas o bem da vida (de forma objetiva), mas sim subjetivamente considerado (a satisfação pela concretização de direitos, ao invés da mera forma), ele poderá sucumbir.

Nesse contexto de revisitação ao pensamento hobbesiano, resta identificada não apenas a estrutura jurídica dos estados-nação, mas igualmente as variações decorrentes das mais diversas interpretações sob efeitos de interesses políticos e ideológicos que desencadearam em nossa realidade atual.

Ademais, para quem pretende adotar uma abordagem constitucional, viés que inevitavelmente envolve a questão do estado (apesar de ora não ser priorizada), eram devidas homenagens, ainda que breves, à referida doutrina, tanto pelas polêmicas que com ela são trazidas (ora tida por estruturação absolutista, ora tida por berço da democracia moderna²¹, ou ainda, mesmo que afirmando a autoridade máxima e absoluta do soberano, eventualmente é identificada como

²⁰ Instrumento do povo tido por legítimo para constituição originária de poder, o qual, aliás, é responsável por grande parte das constituições existentes em países soberanos.

²¹ Após abordar a questão entre autor e ator (pessoa física e pessoa artificial), BOBBIO afirma: “Embora possa parecer paradoxal, tratando-se de um autor como Hobbes – que foi considerado, não sem razão, o teórico por excelência do Estado absoluto -, o fato é que foi da concepção individualista, atomista, da representação, e não da concepção orgânica, que nasceu a democracia moderna.” (Op. cit. p. 171).

respaldando o pensamento liberal²²), quanto pela importância, incontroversa, legada ao conhecimento humano (ciência política, social e jurídica).

Ainda assim, apesar da densa colaboração do referido pensador, que deve seguir sendo revisitado dadas as possibilidades retro salientadas, além dele, outras manifestações de pensamentos contribuíram em muito para o estabelecimento do que se identifica atualmente tanto por dogmática jurídica, quanto pelo pensamento jurídico dominante que enseja a prestação jurisdicional constitucional que se pretende abordar.

Dentre as inúmeras possibilidades de convite ao debate acadêmico, em se pretendendo trabalhar com algum aspecto do constitucionalismo, há de se destacar a KELSEN²³. A tradição não poderia ser tida por considerada sem sua referência e a dos reflexos de seu pensamento ao Direito constitucional contemporâneo que se pretende enfrentar.

Parece que a KELSEN igualmente devemos buscar um sentido além daquele usualmente criticado e que passou a figurar no lugar comum, de forma mitificada, quando do massacre indiscriminado à modernidade. A teoria por ele desenvolvida é extremamente densa e complexa, com poucas possibilidades de apontamentos de contradições, portanto, não seria adequado limitá-la à questão da hierarquia das normas e a sua busca pela abstração do Direito (*teoria pura*), apenas por ter sido intentado o afastamento das questões morais e políticas em uma teoria voltada à ciência do Direito.

²² “... o pensamento de Thomas Hobbes, descartado por muitos críticos posteriores como absolutista, na verdade virtualmente totalitário, começa a nos dizer um pouco mais a respeito do liberalismo. (...) Em vez de basear o estado na razão, como fez Locke, Hobbes apoiou-se na autoridade. O súdito de um estado moderno está preso a regras que ele pode achar que não são racionais, nem desejáveis, e sua liberdade se encontra nas áreas (que Hobbes assume serem um continente imenso) a cujo respeito a lei se cala. O pensamento liberal posterior enfatizou o fato de que é o caráter lógico das regras – que são abstratas e hipotéticas – que facilita a liberdade. (...) O próprio Hobbes comparou as leis às cercas e aos muros que impedem as pessoas de vagar pela propriedade privada. Conforme observou Oakeshott, ‘sem ser ele próprio um liberal, [Hobbes] tinha em si mais da filosofia do liberalismo do que a maioria dos seus professos defensores’.” (OUTHWAITE, William *et alii*; com a consultoria de Ernest Gellner, Robert Nisbet, Alain Touraine. *Dicionário do pensamento social do Século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 422).

²³ “A importância de Kelsen, no Direito Constitucional, é de extrema relevância, e pode-se dizer que foi com ele que os estudos desta área atingiram o máximo rigor sistemático possível: talvez Kelsen não tenha atingido o seu ideal de teoria pura, mas que o rigor lógico imprimido ao Direito Constitucional, pela sua análise, é um marco no Direito Público é um fato inegável.” (ROCHA, Leonel Severo. *Comentários sobre a Teoria Pura do Direito*. In: *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2ª. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 69).

Enfim, a importância a ser atribuída a uma avaliação do pensamento kelseniano deve ser estabelecida enquanto a sua influência no pensamento jurídico brasileiro no âmbito do denominado Direito público, bem como as relações entre a Teoria Pura do Direito e a democracia.²⁴

Para um jurista envolvido nas lides dogmáticas pode parecer inusitado, mas tem-se como imprescindível para compreender um clássico da doutrina do Direito, como o é o pensamento kelseniano, que nos voltemos para questões lingüísticas.

A observação considera a necessidade de se estar habituado às investigações que dizem respeito à distinção de dois planos lingüísticos, em que um deles seria desenvolvida uma linguagem artificial (lógica e perfeita)²⁵ que daria conta da explicação da linguagem tida por objeto desta linguagem artificial, ou metalinguagem.²⁶

Não se trata de uma argumentação irreverente o fato de relacionar o Direito com a linguagem, ao revés, importantes correntes de pensamentos que lhe emprestaram autonomia e “cientificidade” tiveram seu desenvolvimento diretamente vinculado às construções lingüísticas.²⁷ Tanto o é que, em dado momento do desenvolvimento dos estudos da linguagem, identifica-se a *universalidade das funções de vontade*, idéia esta que quer significar a negativa da possibilidade de descrição de atos intencionais.²⁸

²⁴ O termo “democracia” é notoriamente alvo de inúmeras discussões doutrinárias. Não haveria espaço suficiente para sua abordagem minimamente séria sem configurarmos uma fuga do tema proposto. Assim, para fins de mera estruturação do raciocínio, apenas nos reportamos a sua significação primeira, remetendo-se à raiz grega da palavra (“governo do povo”), que traz consigo, no mínimo, uma outra significação: a de “igualdade” (o povo decide: cada homem vale um voto). E quanto à igualdade reputa-se evidente a inviabilidade de fechamento de sentidos por meio de uma definição. Esclarece-se, desde já, que se abre mão de discussão tão relevante em virtude de que se pretende enfatizar com maior destaque o Estado Democrático de Direito, cuja reflexão pretende adequar as idéias de democracia sem a necessidade de sua conceituação específica (de modo que quedam afastadas questões pertinentes a democracia direta, representativa, liberal etc., ou mesmo o unipartidarismo do mundo comunista).

²⁵ “A linguagem deveria ser uma imagem fiel do real, e como a linguagem comum se manifesta cheia de imprecisões, indeterminações etc. tratava-se, então, de conceber uma linguagem ideal, que seria a medida de qualquer linguagem. Essa linguagem ideal seria uma linguagem artificial construída segundo o modelo de um cálculo lógico ...” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 121). Ainda: “... o Positivismo Lógico assume o rigor discursivo como paradigma da investigação científica. (...) o Positivismo Lógico erige a linguagem em objeto de sua investigação e como instância fundamental da problemática científica.” (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, p. 14).

²⁶ “Carnap define *linguagem-objeto* como a linguagem em que se fala e *metalinguagem* como a linguagem em que se fala da linguagem-objeto. Estudando-se uma certa linguagem (L1), temos que contar com outra linguagem (L2), para nela formular os resultados da análise da linguagem L1.” (WARAT, op. cit., p. 48).

²⁷ “Duas correntes de pensamento se acham, de modo especial, ligadas a ele: o *empirismo lógico* ou neopositivismo do Círculo de Viena, que se liga à primeira filosofia de Wittgenstein, ...” (OLIVEIRA, op. cit., p. 94).

²⁸ “Processos de fé, dúvida, desejo não podem, dentro desse contexto, ser objetivados e expressos em frases plenas de sentido. São considerados pseudocomportamentos com intenções não-objetiváveis. (...) a linguagem ... é, ... uma descrição do mundo ...” (OLIVEIRA, op. cit., p. 112).

Essas afirmações são trazidas para argumentar que, ainda que não expressamente reconhecido, a difundida distinção entre norma e regras jurídicas, trazida por KELSEN, correspondeu a uma resposta de idênticas necessidades que conduziram a lingüística a tratar da linguagem-objeto e da metalinguagem. A aceitação de tal proposta implica reconhecer um intuito descritivo por parte da ciência jurídica, consistindo o direito positivo em linguagem-objeto e as proposições descritivas na metalinguagem.²⁹ Ainda, e recuperando a idéia do constante *movimento cientificista*³⁰, o Direito seria a linguagem-objeto, enquanto a ciência do Direito seria a metalinguagem, esta última concebida para superação de paradoxos lógicos.³¹

Segundo ROCHA, o idealizador da Teoria Pura do Direito utiliza essa concepção metalingüística em momentos distintos, razão pela qual eles devem ser destacados, a fim de evitarem-se maiores confusões: a) o momento em que a metalinguagem define a norma jurídica como esquema de interpretação do mundo, *metalinguagem do mundo* (caracteriza a clássica afirmação de que um fato, para ser jurídico, deve compor o conteúdo de uma norma jurídica); b) o momento em que a *metalinguagem do mundo* passa a ser linguagem-objeto da ciência do Direito, circunstância em que não há a intenção prescritiva, mas meramente busca-se descrever a norma jurídica.³²

Essas observações são relevantes, pois a partir delas é que se pode constatar as nuances do pensamento kelseniano e sua extremada coerência. Uma vez que a norma jurídica é a metalinguagem do ser, o qual poderíamos identificar como estando no nível pragmático dos signos, ela não comporta a imputação da categorização verdadeiro ou falso, ao passo que a lógica deôntica dessas categorizações resulta perfeita para a estrutura da metalinguagem da norma jurídica (ciência do Direito), já que nela não se executam prescrições, mas meramente descrições, como acima elucidado. Nesta perspectiva, situa-se a ciência do Direito ao nível da sintaxe e da semântica.³³

²⁹ Warat, op. cit, p. 50.

³⁰ “... sobretudo no sentido da pretensão de ‘objetividade’ e de ‘manipulação’ técnica das coisas ...” (D’AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais: guia à filosofia dos últimos trinta anos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 102).

³¹ ROCHA, Leonel Severo. *Comentários sobre a Teoria Pura do Direito*. In: Epistemologia Jurídica e Democracia. 2ª. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 72.

³² Idem, p. 72.

³³ A distinção entre planos lingüísticos (linguagem-objeto e metalinguagem) não afeta a distinção semântica já consagrada entre os níveis da **sintática** (relação dos signos entre si, seria a estrutura formal da linguagem), da **semântica** (relações dos signos com o mundo, ou melhor: averiguação do sentido das proposições, considerando a relação dos enunciados com a realidade) e da **pragmática** (o uso e às intenções das proferências discursivas), cumprindo explicitar que os mesmos são igualmente imprescindíveis para a abordagem kelseniana. (ROCHA, Leonel

Feitos tais registros, pode-se inferir que a bem estruturada fundamentação kelsenina não olvidou-se das questões sociais e políticas, ao revés, considerou-as seriamente, pois cuidadosamente formulou teoria que se pretendia pura. O cuidado para o alcance dessa pureza denota a percepção de outras manifestações que não exclusivamente jurídicas, as quais o autor reputou perniciosas (a pragmática) para a formulação de uma teoria perfeita para o Direito.

Daí resulta a estrutura criada que o autor denominou estática jurídica, na qual seriam inseridas questões pertinentes às normas, em oposição à dinâmica jurídica, a qual se daria no âmbito do ordenamento jurídico³⁴. A influência é mais explícita em termos de Brasil, acaso nos voltemos para a obra de Norberto Bobbio, jurista italiano, mas consagrado na dogmática jurídica nacional, o qual seguiu semelhante distinção³⁵ em suas obras *Teoria do Ordenamento Jurídico* (dinâmica jurídica, que trata do sistema jurídico: de sua estrutura interna e das relações entre as regras) e *Teoria da Norma Jurídica* (estática jurídica, que trata de uma teoria dos conceitos fundamentais).³⁶ Com essa estrutura, KELSEN estabelece critérios lógicos para explicar o Direito, logrando desenvolver, no âmbito da metalinguagem da norma jurídica, critérios lógicos deônticos (verdadeiro ou falso, que se justifica pelo seu uso descritivo: metalinguagem da norma jurídica, que é, por sua vez a metalinguagem do ser) e no âmbito do ordenamento jurídico, um critério hierárquico (a validade se dá pela validade de uma norma hierarquicamente superior, dizendo com seu caráter prescritivo que, por estar no nível pragmático do signo, imperativos de conduta, não se pode valer de critérios verdadeiro e falso), sendo que a ligação entre ambas as estruturas, a do ser e a do dever-ser, se dará na questão da norma fundamental.

Severo. *Semiologia, semiótica e teoria do Direito*. In: Epistemologia Jurídica e Democracia. 2ª. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 23 e WARAT, op. cit., p. 39).

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 121 e ss e p. 215 e ss.

³⁵ “Esta obra se liga diretamente a anterior, intitulada *Teoria da norma jurídica*. Uma e outra formam em conjunto uma completa Teoria do Direito, principalmente sob o aspecto formal. No primeiro livro estudamos a *norma jurídica*, isoladamente considerada; neste, estudaremos aquele conjunto ou complexo de normas que constituem o *ordenamento jurídico*.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 19). Ver, portanto, também: *Teoria da norma jurídica*. 3ª. ed. Bauru: Edipro, 2005. A diferença quanto à Teoria Pura do Direito é que BOBBIO buscou trabalhar também com o contextual (como referiu Tércio Sampaio Ferraz Junior na apresentação da citada Teoria do Ordenamento, p. 18: “Quando a sociedade atravessa uma fase de profundas mudanças, admitiu Norberto Bobbio mais recentemente, a Ciência do Direito precisa estabelecer novos e chegados contatos com as Ciências Sociais, superando-se a formação jurídica departamentalizada, ...”), de modo que possibilitou uma certa sobrevida à teoria pura, mas, por outro lado, acabou por dar início a uma crescente constatação da inevitabilidade do nível pragmático sem que até hoje se apresentasse uma via alternativa de solução para a sua significação que não pode mais ser relegada ao esquecimento.

³⁶ ROCHA, Leonel Severo. *Semiologia, semiótica e teoria do Direito*. In: Epistemologia Jurídica e Democracia. 2ª. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 31.

Novamente, ROCHA nos atenta para o fato de que existe uma sofisticação na avaliação da norma fundamental kelseniana, que habitualmente é relegada por concepções reducionistas. Segundo o autor, a *norma fundamental* teria três designações: a) enquanto primeira constituição histórica (o fundamento último de validade não é a constituição, mas sim a primeira constituição na história); b) enquanto fundamento de validade normativo (é a famosa idéia da dinâmica pirâmide jurídica, onde as demais normas encontrarão seu fundamento último de validade); c) enquanto pressuposição lógico-transcendental, tratando-se de um suposto hipotético-cognoscitivo (gnosiológico), encontrando na tautologia a fundamentação de sua estrutura (uma norma é válida porque tem de ser válida).³⁷

Seguindo o raciocínio do referido autor, para fins de explicitação da construção jurídica realizada por KELSEN é necessária a retomada da questão da metalinguagem, visto que enquanto o ordenamento jurídico seria o primeiro plano lingüístico, a ciência do Direito seria o segundo plano lingüístico. No primeiro plano, a condição fundamental de significação estaria na *última constituição histórica*, enquanto que no segundo plano, o da ciência do Direito, a condição fundamental de significação estaria na *norma fundamental gnosiológica*. Ainda assim, faltaria a percepção de um núcleo comum de validade entre o ser e o dever-ser, o qual consistiria num fundamento de validade comum, que estaria na *norma fundamental enquanto fundamento de validade simultâneo*.³⁸

Como se verifica, a questão não é nada singela, apesar disso, arrisca-se afirmar que, diante de toda essa complexa estrutura criada e denominada de *Teoria Pura do Direito*, pode-se argumentar que KELSEN, de certa forma, assim como HOBBS, não confiava na articulação humana enquanto percebida como passível de promiscuir-se *no* e *pelo* poder, razão pela qual passou a fundamentar uma teoria que afastasse os aspectos (políticos, morais, religiosos etc.) que reputava perniciosos para a busca do bem comum.

A Teoria Pura do Direito pretendia apresentar-se como uma possibilidade de afastamento dos interesses inescrupulosos que o autor vislumbrava conduzir a política humana. A purificação do Direito, portanto, trazia consigo o objetivo de equipar a todos, independentemente de juízos de

³⁷ ROCHA, Leonel Severo. *Comentários sobre a Teoria Pura do Direito*. In: Epistemologia Jurídica e Democracia. 2ª. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 75.

³⁸ "... núcleo comum de validade... constituindo um fundamento de validade comum aos dois mundos: a norma fundametal, enquanto fundamento de validade simultâneo do ordenamento jurídico e da ciência do Direito. Ou seja,

valores morais, interesses político-partidários e econômicos, valendo-se do conceito de norma para alçá-lo a tanto:

“A sua conduta tem um valor positivo ou negativo, não por ser desejada ou querida – ela mesma ou a conduta oposta -, mas porque é conforme a uma norma ou a contradiz. O ato de vontade cujo sentido objetivo é a norma não entra aqui em linha de conta.”³⁹

Nesse contexto, a declaração acerca da lide somente seria válida acaso fossem adotados juízos objetivos, afastando-se as subjetividades por ocasião da fixação do conceito de norma, o que seria, para ele, uma forma científica de tratar-se o fenômeno jurídico.

Diante desse quadro filosófico estruturante, o que mais releva ponderar é que contrariamente ao que se pensa e acusa-se contemporaneamente dito filósofo, aquele não era cego às peculiaridades da condição humana, ao revés, por considerá-las e sabê-las existentes buscou formatar sua teoria de forma a impermeabilizar o conhecimento, acreditando piamente na racionalização como única forma de alcançar uma cientificidade que objetasse as agruras patrocinadas pelo homem enquanto ser político. Aliás, nesse sentido, relevante contribuição é dada por WARAT, em seus irreverentes *quadrinhos*.⁴⁰

Por isso mesmo, quando se apresentam novas opções generalizantes, como a busca pela justiça no princípio da igualdade, ou a boa-fé objetiva, não se pode imputar ao pensamento kelseniano uma modernidade descompassada com a contemporaneidade. Em realidade, valer-se de tais subterfúgios sem a apresentação de uma opção teórica concreta apresenta-se mais como um retrocesso do que como a pretensa evolução patrocinada por uma suposta *pós-modernidade*.⁴¹

A crítica ao paradigma da modernidade, sem a percepção da importância da tradição, e, pior, sem uma opção teórica que contemple as necessidades contemporâneas, pode se revelar mais prejudicial do que o respeito aos sérios argumentos trazidos pela *Teoria Pura do Direito*, uma vez que abre ensanchas para maiores arbitrariedades, baseadas em *decisionismos*⁴² desarrazoados.

existe um momento mágico em que a norma fundamental é, ao mesmo tempo, o fundamento de validade dos dois níveis lingüísticos: do *Sollen* e do *Sein*.” (ROCHA, *Comentários sobre...*, op. cit., pp. 75 e 76).

³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 22.

⁴⁰ WARAT, Luis Alberto. *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 571.

⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 17.

⁴² Trata-se meramente de uma referência que se pretende emblemática às arriscadas possibilidades de decisões embasadas exclusivamente na “vontade” do julgador, sem qualquer preocupação com uma postura verdadeiramente consciente (porque considera-se “neutro”) e, primordialmente, sem a ciência das tradições e preconceitos a que ele

Em função disso, é perigoso quando se *descobre a pólvora* sem que se tenha consciência disto, ou seja, supondo estar dando um grande passo rumo ao aprofundamento do conhecimento humano, passa-se a considerar KELSEN como representação dos ideais da modernidade, tratando-o por ingênuo, sem que se tenha em mente que grande parte dos argumentos que se pensam inovadores, já foram por ele considerados, ponderados e enfrentados, sem que sua teoria sofresse grandes alterações.

Tais afirmações possuem por base o expressivo enfrentamento propiciado entre o teórico positivista e RUDOLF SMEND, autor de uma teoria do estado denominada de Teoria da Integração. Por meio desta teoria, SMEND enfrenta criticamente a Teoria Pura com argumentos que poderiam muito bem ser identificados, em grande parte, com os dos festejados críticos da “pós-modernidade”.

A Teoria da Integração insta KELSEN com argumentos que recuperam questões como a relevância da comunidade e a integração do povo com o Estado. SMEND defende o fato de o Estado somente ser legitimado acaso esteja servindo aos propósitos para os quais legitimamente foi formado para servir, ou seja, sendo ele uma união de homens, sua legitimidade está condicionada a uma atuação eficiente em prol destes homens.

Para esse autor, que escrevia criticando KELSEN, em 1930, a Constituição não poderia ser pura e simplesmente formal, ou seja, puramente uma norma jurídica consistente na condição de validade de todo o ordenamento jurídico ou mesmo critério último de organização dos poderes. A Constituição, para ele, deveria ser realidade, pois entende que a realidade estatal é pré-jurídica e está ligada por um sentimento de comunidade presente entre os membros de uma coletividade, o que é por ele expressado pelo termo integração. A Constituição, portanto, seria, ao mesmo tempo, resultado e causa desta integração.⁴³

Para SMEND, a *Teoria Pura* ofuscava questões inerentes à vida comunitária dentro de um Estado, acabando por desconsiderar a concretude do indivíduo, que deveria ser visto de forma articulada com a comunidade, sendo a ciência do espírito mais adequada à teoria do estado:

igualmente está submetido enquanto estando contextualizado em uma realidade que o pertence enquanto homem no e com o mundo.

⁴³ KELSEN, Hans. *El estado como integración. Una controversia de principio*. Estúdio preliminar y traducción de Juan Antonio García Amado. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, p. XI.

“El Estado, para Smend, ni es um ser colectivo con un fin em si mismo ni es mero campo de juego de intereses individuales o plasmación teleológica de una naturaleza social del individuo.

“En esa su búsqueda de la naturaleza propia del Estado, acude Smend a la emergente ciencia del espíritu y se inspira fundamentalmente em Litt, em su obra *Individuum und Geminschaft*. La ciencia del espíritu habría venido a mostrar que individuo y comunidad no son realidades autónomas con un decurso próprio, sino interdependientes y reciprocamente constitutivas. Existiría un <<entrecruzamiento de lo individual y lo supraindividual>>, una <<articulación daléctica>> entre el individuo y la comunidad (50), <<um sistema de influencias mutuas>>, <<un flujo circular>> (55). No cabe una ciencia del espíritu (y la ciencia jurídica sería ciencia del espíritu) que pierdada vista ese <<a priori de la propia estructura inmanente de su objeto>> (50-51). La realidad espiritual, y el derecho lo es, y también el Estado, solo puede ser comprendida sobre ese trasfondo, como resultado de la mencionada dialéctica.”

“(…)

“De ahí que la interpretación de la Constitución haya de ser distinta de la de cualquier outro documento meramente jurídico. Las fórmulas constitucionales no enconrsetan la vida de um pueblo, sino que, gracias a su flexibilidad, son la via por la que se expresa la dinámica vital de un pueblo. La Constitución es mucho más que norma jurídica, es <<realidad integradora permanente y continua>> (136).⁴⁴

Dessume-se daí, que não passou despercebido a KELSEN, em seu tempo, diversos argumentos que poderiam ser identificados com críticas contemporâneas. Aliás, como se verifica pelo texto a ele dirigido e submetido, tais argumentos não só eram considerados, como sua *Teoria Pura* os tinha por enfrentados em sua estrutura logicista, o que se diz inclusive da tão festejada ética na política, como lembrava SMEND, o qual apontava a “chave” como estando com o Estado e, conseqüentemente, na integração.⁴⁵ O que normalmente olvida-se neste campo de acusações é o que já fora anteriormente ponderado, ou seja, que KELSEN cria uma estrutura em planos lógicos que visam a operar, lingüísticamente argumentando, nos níveis da sintaxe e da semântica, enquanto que as críticas são ofertadas tendo em conta a pragmática.

Aliás, sua intenção era tão consciente, que, ao ser acusado de desenvolver uma teoria voltada aos interesses fascistas, ele ironizava, enfatizando que sua teoria era tida por democrática ao extremo, pelos conservadores, e de fascista pelos liberais e socialistas. Neste aspecto, inclusive, a Teoria da Integração, de fundo “ético” e “comunitário”, fragiliza-se diante de KELSEN, que fica à

⁴⁴ KELSEN, *El estado como integración...*, op. cit., pp. XII e XXV.

⁴⁵ KELSEN, *El estado como integración...*, op. cit., p. XVI.

vontade para desferir sua contra-crítica, em vista do forte apelo nacionalista (integração do Estado com o povo) que caracterizava justamente os regimes fascistas da época.⁴⁶

Para quem defende uma solução na purificação do Direito, com a oferta de uma estrutura implacável e inviolável baseada em critérios objetivos, a crítica de ambos os lados apresentava-se como uma confortante confirmação da mesma (pretensão de neutralidade).⁴⁷

Nesse aspecto, KELSEN rechaça fortemente esses argumentos, tidos por relativizatórios, ao aludir – após apontar duramente inúmeras contradições na Teoria da Integração – tratar-se a Teoria da Integração de um discurso vazio e muitas vezes ininteligível – como um mero jogo de palavras – que, na realidade, significava um retorno ao direito natural, reputando o discurso estar afinado com uma estrutura de fundamentos que sustentaram por séculos o medievo, por conseguinte, consistindo em nada mais nada menos do que numa teologia do Estado.⁴⁸ A efetividade, tão fortemente argüida na atualidade, e até mesmo a fenomenologia, são tidas apenas por realidade natural, para o filósofo positivista, ou seja, como um mero retorno ao Direito natural.⁴⁹

Nesse contexto, na esteira de ROCHA, tem-se por melhor explicitadas as deficiências da Teoria Pura do Direito nos seguintes termos: a) ela acaba sendo refém de seu maior inimigo, eis que não percebe que enquanto luta contra o a influência do poder-político, ela mesma, de forma sutil, acaba servindo de imposição de seu próprio pensamento (imposição de seu pensamento político: exigência cientificista do liberalismo do século XIX e reestruturação do liberalismo no início do século XX); b) a impossibilidade da aceitação da dicotomia ser e dever-ser, devido às demais dicotomias a que se acaba por conduzir (teoria e prática, forma e matéria etc.); c) a impossibilidade de aceitação da existência dos planos da metalingüagem e linguagem-objeto, sob pena da ter-se que admitir signo de denotação pura (sentido unívoco). Tudo isso, sem perder de vista, como dito alhures, a percepção da relevância da teoria pura:

⁴⁶ KELSEN, *El estado como integración...*, op. cit., p. XXIII.

⁴⁷ “Neste sentido, tanto a crítica do pólo neoliberal, quanto a do pólo marxista são críticas que negam a especificidade política do Direito e, o que é fundamental, não atingem o núcleo da TPD.” (ROCHA, Leonel Severo. *Comentários sobre a Teoria Pura do Direito*. In: *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2ª. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 78). Tal argumento é conclusão da crítica neoliberal que empresta à lei a resposta para os questionamentos contrários à união Estado-Direito de Kelsen (como é sabido, o poder-lei, defendido pelos liberais, igualmente neutraliza, implicitamente, os valores), e aos marxistas, que o autor reputa sequer conseguirem pensar o Direito (*instrumento de dominação*) devido ao aprisionamento em suas próprias armadilhas conceituais.

⁴⁸ KELSEN, Hans. *El estado como integración. Una controversia de principio*. Estúdio preliminar y traducción de Juan Antonio García Amado. Madrid: Editorial Tecnos, 1997, p. 51 e 55.

⁴⁹ KELSEN, *El estado como integración...*, op. cit., pp. 68 e 75.

Isto, porém, paradoxalmente não transforma a TPD num discurso vazio como ingenuamente pretenderam seus críticos mais apressados, mas a redefine como um importante texto jurídico sobre o Estado e o poder, merecedor de ser repensado, a partir das contradições inerentes às nossas sociedades.

(...)

Kelsen, assim como o próprio liberalismo jurídico, necessitam ser analisados pelo que concretamente produzem na significação social, onde participam ativamente do contraditório jogo político e ideológico, no decurso da história. Nesta ótica, a matriz kelseniana *a priori* não pode ser considerada autoritária ou democrática; é a sua efetiva materialidade enquanto significação política, em dada sociedade, que vai delimitar as suas cores.⁵⁰

Tanto o é que o referido autor identifica KELSEN como um pensador preocupado com a democracia, chegando a abrir mão da congruência de sua teoria que identifica o direito positivo como sendo a única fonte da ciência do Direito, para afirmar a importância da democracia.⁵¹

Ademais, não é supérflua a ponderação excedente do autor no que se refere a influência kelseniana sobre a Teoria Constitucional brasileira. Neste aspecto ROCHA argumenta, com base em fundamentos da Semiologia, que não existe a distinção entre prática e teoria, razão pela qual *a significação jurídica dominante no social nunca é pura*, mas que identifica sentidos jurídicos kelsenianos concretizados na realidade brasileira, tanto quanto conteúdos jurídicos positivistas e jusnaturalistas, cuja mescla resultaria no *senso comum teórico dos juristas*.⁵² Segundo o autor, esta interação de complexidades em uma unidade é que propiciaria que a dogmática brasileira pudesse recusar a Teoria Pura do Direito, enquanto suporte de legitimidade (questão do Estado e do Direito), ao mesmo tempo que a utiliza como suporte metodológico (órgãos e competências).⁵³

⁵⁰ ROCHA, Leonel Severo. *Comentários sobre a Teoria Pura do Direito*. In: Epistemologia Jurídica e Democracia. 2ª. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, pp. 79, 81 e 82.

⁵¹ “... se a Constituição fosse considerada autoritária, perceber-se-ia pelas afirmações de Kelsen no texto *Essência e Valor da Democracia* que ela seria ilegítima por não ser democrática. Isto comprova, mais uma vez, a hipótese de que Kelsen e o neoliberalismo jurídico são membros da mesma família, divergentes internamente, mas unidos umbilicalmente frente aos inimigos externos.” (Op. cit., p. 80).

⁵² Expressão cunhada por Warat (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, p. 89).

⁵³ “... critica-se um Kelsen ideal, esquecendo-se de criticar as apropriações kelsenianas executadas pela doutrina jurídica... (...) Do mesmo modo, Kelsen não nega a tradição do pensamento constitucional, sendo, ao contrário, um de seus maiores sistematizadores. Contudo, se os aspectos políticos materiais a respeito da justificação do poder do Estado são, às vezes, escamoteados, isto não é algo que surgiu somente com Kelsen. Se se pensar bem, esta é uma característica tradicional do pensamento constitucional dominante.” (ROCHA, Leonel Severo. *Comentários sobre a Teoria Pura do Direito*. In: Epistemologia Jurídica e Democracia. 2ª. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 81).

Diante das observações salientadas, supõe-se suficientemente clara a postura a ser adotada na presente exposição, entretanto, desde já, registra-se do modo expresso que as ponderações ora trazidas não devem ser equivocadamente tidas por uma pretensa recuperação do positivismo, ou mesmo uma defesa das teorias de estado hobbesianas e kelsenianas. Releva esclarecer, por conta disto, que não se pretende de forma alguma aludir a um retorno às promessas *modernas* por terem sido *mal compreendida*, nem tampouco um retorno para a reavaliação de *teorias mal aplicadas*!

Ao contrário, o que se defenderá será uma crítica à postura tradicional que representa a manutenção da *modernidade*, sendo relevantes os esclarecimentos ora postos, para fins de ilustrar a importância da tradição, quando investigada com preocupação de identificação dos prévios juízos (preconceitos⁵⁴) e não apenas do ponto de vista histórico, mas sobretudo compondo o nosso ser-no-mundo⁵⁵, de modo que possamos conviver assumindo a dogmática jurídica como parte de nós, ao invés de simplesmente refutá-la passionalmente sem percebê-la como base de nossa compreensão enquanto operador do direito.⁵⁶

Para fins de identificação do caminho que se pretende percorrer, aponta-se importante estudo das matrizes epistemológicas que visou a organizar as principais teorias jurídicas contemporâneas conforme o “campo de racionalidade” em que estão inseridas.

Nada obstante a busca que se intenta realizar na direção da independência de categorizações que acabam por *fechar* possibilidades e, por conseguinte, bitolar o conhecimento humano, tem-se por relevante em dados momentos que se adotem posturas estruturantes de modo a permitir a ampliação da visão humana.

⁵⁴ Adiante será esclarecida a utilização do termo preconceito de forma não pejorativa, mas sim como contingência da condição do homem de estar no mundo sujeito a todas as formas de influências internas e externas em seu ser (ser que só é enquanto ser-no-mundo).

⁵⁵ A expressão “ser-no-mundo”, longe de pretender-se objetificá-la, deve ter por referência de compreensão (compondo uma pré-compreensão que será necessária para abordagem hermenêutica que se seguirá) o fato de o homem enquanto ente ter seu ser condicionado enquanto é no mundo (ver as acepções de mundo em Ser e tempo, p. 105): “... a presença (*rectius*: *Dasein*, ou *ser-aí*, ou homem enquanto ser que compreende ser) não apenas é e está num mundo, mas também se relaciona com o mundo segundo um modo de ser predominante. (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 13ª. ed. Parte I. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Editora Vozes e Universidade São Francisco, 2004, p. 164).

⁵⁶ “Não tenho dúvidas, que o movimento contradogmático só pode continuar vital no cair no *kitsch*, se abandonar as suas formas passadas, se construir a sua memória e aceitar o lado positivo da dogmática jurídica. O tempo das negações absolutas já passou, repeti-o agora é construir um anarquismo ingênuo. A dogmática jurídica é a nossa herança, temos que aceitá-la. Como toda a herança temos que ver o que fazer com ela.” (WARAT, Luis Alberto. *O outro lado da dogmática jurídica*. In: Teoria do Direito e do Estado. Org. Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 83).

Daí porque, a par de eventuais divergências quanto às conclusões emanadas de ROCHA, ao identificar a teoria dos sistemas como a única opção para enfrentamento da complexidade social⁵⁷, sua identificação de três grandes matrizes teóricas que norteiam o pensamento jurídico contemporâneo é extremamente elucidativa para localização da abordagem que se pretende adotar, qual seja: a analítica, a hermenêutica e a pragmática.

A filosofia analítica é identificada com a questão da metodicização do Direito, ou seja, o paradigma do rigor seria a proposta a ser formulada por uma ciência do Direito (v.g. é o caso de Kelsen quando trata sua teoria da norma – metalinguagem da norma – ele se enquadraria nesta opção teórica). Nesta concepção, o *neopositivismo* seria o método a ser aplicado à teoria do Direito, estando, portanto, esta matriz teórica fixada num ideal de neutralidade que acaba por ser politicamente limitada, gerando reflexos que a enfraquecem teoricamente e a identificam com o Estado liberal (não-interventor).

A hermenêutica, seguindo o desenvolvimento do raciocínio de ROCHA, seria uma derivação crítica da filosofia analítica, preocupada com os contextos e funções das imprecisões dos discursos. Esta matriz diferir-se-ia da pragmática por preocupar-se com as interpretações dos textos, enquanto a pragmática estaria centrada nos procedimentos e práticas sociais (o positivismo de Hart e Dworkin é identificado como grande contributo dessa matriz⁵⁸). Refere, ainda que nada obstante seja uma matriz bastante prescritiva, ela ainda mantém forte característica normativa (de segundo grau), reconhecendo, entretanto, que a tese do Direito como instituição social significa que o direito é um fenômeno cultural constituído pela linguagem (enfoque sabidamente privilegiado no âmbito da hermenêutica filosófica).

Na pragmática, o referido autor finalmente identifica a possibilidade de uma grande mudança epistemológica na teoria jurídica, por reputá-la capaz de redefinir e assimilar em seu interior as dimensões analíticas e hermenêuticas, agregando ainda uma capacidade comunicacional com o social e a práxis significativa (a proposta é a reflexão sobre o Direito em um Estado

⁵⁷ “... somente uma nova ‘teoria da sociedade’ pode nos ajudar na reconstrução da teoria jurídica contemporânea (...) ... a teoria dos sistemas de Luhmann, aliada a categoria risco e a concepção de democracia de Lefort, pode ser boa pista para uma abordagem mais sofisticada da complexidade social.” (ROCHA, Leonel Severo. *Da teoria do Direito à teoria da sociedade*. In: Teoria do Direito e do Estado. Org. Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, pp. 65 e 66).

⁵⁸ “... apesar das diferenças, Hart e Dworkin percebem que o direito tem necessariamente contatos com a moral e a justiça. Daí o lado político do direito anglo-saxão, sempre ligado ao liberalismo, embora na versão crítica destes autores: Hart influenciado pelo utilitarismo de Bentham, e Dworkin pelo não-contratualismo de Rawls.” (Op. cit., p. 72.)

interventor no âmbito de uma sociedade complexa). Com efeito, ROCHA adverte para o fato de que, por enquanto, justamente pela grande mudança que a mesma representaria, esta teoria teria influenciado muito pouco a dogmática jurídica dominante. Nesta matriz teórica, a teoria dos sistemas (de Niklas Luhmann) seria o “método” utilizado para a construção de uma estrutura generalizante, que definiria o Direito em três níveis: temporal (normal), social (institucionalização) e prático ou objetivo (núcleo significativo). Segundo esta perspectiva, a sociologia do Direito seria a única possibilidade de se trabalhar com a complexidade e a contingência (decisões que provocariam os acontecimentos sociais e que poderiam ser de outra forma) do mundo. Por meio dela, seriam graduadas as expectativas comportamentais, por meio de um raciocínio de reciprocidade (seriam expectativas sobre as expectativas), reduzindo-se as complexidades e proporcionando uma melhor compreensão do mundo (como referido, as reduções se dariam nas dimensões temporal, social e prática).⁵⁹

Nada obstante as notórias divergências entre o posicionamento referido e a postura a ser adotada em virtude da hermenêutica filosófica, tem-se por preciosa a identificação destas três matrizes teóricas, de modo a permitir uma melhor abordagem e localização, tanto da opção *teórica* que adiante se fará, como dos problemas que lhe deram origem, e que acabaram por conquistar inúmeros simpatizantes, anteriormente subordinados ao *mundo do direito*.

Por ora, cumpre esclarecer, até por conta dos preconceitos que recaem sobre a hermenêutica (por vezes, a dogmática jurídica dominante a tem identificado como sendo um *direito alternativo* de concepções *relativistas*), que, valendo-se da fala lingüística, ela não abrirá mão da sintaxe, da semântica e, menos ainda, da pragmática (a analítica da faticidade, para abrangê-la de modo mais amplo e fundametal do que jamais se imaginou), eis que seu intuito maior é a compreensão do homem, o qual é identificado com a linguagem, restando evidente a relevância de todas as dimensões possíveis (inclusive, ou principalmente, as não visualizadas), que conduzam a um pensamento mais sofisticado, e nem por isso menos rigoroso, ou seja, que dê conta menos da conclusão e mais do caminho que a propiciou.

⁵⁹ Consciente de não se possuir a menor condição de se avaliar teoria extremamente sofisticada, apenas permite-se ponderar que essa harmonização por meio das reduções aduzidas pelo autor (valendo-se da expressão “generalização congruente”) como sendo o único caminho viável a ser trilhado pela teoria jurídica, salvo melhor juízo, faz lembrar os planos lingüísticos da metalinguagem (principalmente a questão da graduação das expectativas), já devidamente refutados anteriormente, assim como as generalizações postuladas, ainda que de forma bem mais elaborada do que realizado pela matriz analítica, parecem dissociar-se amplamente do pragmatismo que se pretendia ter por melhor considerado neste âmbito de abordagem social. (Op. cit., pp. 73/75).

Enfim, parecem importantes esses esclarecimentos para que se legitime, a partir da hermenêutica filosófica, uma busca autêntica de novas possibilidades realmente adequadas às necessidades contemporâneas, de forma a se viabilizar um pensamento diverso daquele propiciado pelo *paradigma moderno*, que, pela crítica inautêntica, somente tem servido para manutenção de um sistema que justamente se sustenta a partir de sua própria crítica: como num paradoxo proposital, viabilizador de falsas sensações de desenvolvimento, a partir de uma concepção de saber-científico que não se modifica e que serve exclusivamente para a manutenção da tradição.

Daí porque se pretende apresentar outra opção *teórica*, a qual, em realidade, se revela num universo repleto de opções (possibilidades) propiciado pela *hermenêutica filosófica*, que se reputa adequada aos anseios e necessidades humanas, mormente em se tratando de buscar concretizações da norma constitucional, de forma a realizar o Direito – ciência humana - a partir da conscientização das limitações do conhecimento humano (finitude, consciência do ser-no-mundo, da tradição, da história efetual, enfim, do *Dasein*).

1.2 A abertura propiciada pela visão ontológica: em busca da assimilação da tradição.

Cientes das dificuldades que representa a visão de *mundo* a partir da *hermenêutica filosófica*, fundamentalmente diante de toda a história da metafísica,⁶⁰ que lhe antecipa (e participa) o desenvolvimento, cumpre identificá-la ainda que superficialmente. Esta tarefa é necessária, inclusive, no que tange a aspectos terminológicos, que são considerados para subsidiar as reflexões

⁶⁰ O termo “metafísica” será abordado durante a exposição em relação a sua concepção no âmbito da hermenêutica filosófica. Daí porque não interessa a sua identificação com esta ou aquela reflexão filosófica em específico, que poderia se dar desde os filósofos gregos até a atualidade. Em realidade sua referência trará consigo a idéia mais provocante da matriz teórica empregada, consistindo tal idéia na intenção de explicitar um movimento constante e diversificado do conhecimento humano que possui em comum o que HEIDEGGER denominará o **esquecimento do “ser”**, ou seja, a denominada diferença ontológica entre ente e ser. Esse movimento filosófico manteria uma certa correlação com a característica anteriormente atribuída ao termo modernidade, qual seja de se reputar, durante o desenvolvimento do pensamento humano, estar-se evoluindo, quando em realidade a questão do ser é permanentemente marginalizada mediante a petrificação dos sentidos constatados a partir dos entes (relação sujeito-objeto). No desenvolvimento atual do saber, esse esquecimento do ser, ou diferença ontológica, é facilmente constatado mediante a valorização extremada do conhecimento científico, o qual é materializado por meio de métodos empíricos ou dedutivos que conduziriam à verdade. Assim a verdade estaria relacionada com dois aspectos: ou existe um fundamento empírico de verdade, ou existe um fundamento último. A verdade hermenêutica estaria posicionada de forma incômoda em relação estes dois fundamentos, pois não seria uma verdade empírica, nem tampouco uma verdade absoluta. (STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p. 48). Em realidade a significação atribuída ao termo “metafísica” é extremamente complexa para se tratar em nota de rodapé, sendo o último objetivo da exposição o de propiciar alguma conceituação a respeito, de modo que se impunham as presentes ponderações apenas para fins referenciais e, por conseguinte, acadêmicos (ver a respeito: HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre el humanismo*. Madrid: Alianza Editorial, 2000; Idem. *Introdução à metafísica*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999; Idem.

adiante elaboradas. Este intuito justifica-se, tendo em vista que é justamente a hermenêutica que guia nossos caminhos, de modo que não seria coerente deixar de permitir um mínimo domínio da estrutura de pensamento que é levada em consideração para a elaboração da crítica a ser manejada.

Evidentemente, o presente tópico se apresentará de forma bastante sucinta e limitada às intenções da reflexão que se quer realizar, sem maiores compromissos, portanto, em aprofundar e detalhar a rica história construída de há muito (v.g. desde o *Crátilo*, de Platão), e que precede aspectos da linguagem a que a hermenêutica jamais deixará de prestar homenagens.⁶¹

GADAMER, ao realizar seus estudos, visita os pré-socráticos, como forma de buscar uma maior amplitude na compreensão do conhecimento humano. Entrementes, o próprio autor que percorre este caminho, chega à conclusão de que tais referências não possuem outra importância que não a histórica antropológica, pouco contribuindo para o estudo filosófico devido a não integralidade dos textos.

Tal argumento está diretamente ligado aos estudos de Platão e Aristóteles, nos quais, daí sim, ele percebe a relevância do estudo pré-socrático, já que estes são considerados por aqueles como fonte inicial de suas reflexões. Em realidade o argumento é consistente, já que considera o risco da leitura não integral dos textos, que, em sua grande parte, foram apenas parcialmente reproduzidos, e ainda por cima, por terceiros, perdendo-se a quase totalidade do pensamento pré-socrático que se possa atribuir como original.

Destaca-se, portanto, essa postura *gadameriana* para ilustrar que para quem busca um olhar hermenêutico, não pode passar despercebido o risco de leituras parciais de idéias desenvolvidas a partir de um caminho bem mais complexo, sem que com isso se verifique um aumento do risco de interpretações inautênticas.⁶²

Que é metafísica? In: Martin Heidegger: conferências e escritos filosóficos. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005; dentre outros.).

⁶¹ Registra-se que diferentemente do critério adotado durante todo o desenvolvimento deste trabalho, exclusivamente neste momento (de exposição da tradição) serão identificados pensadores que não serão diretamente trabalhados (não serão grafados com todas as letras maiúsculas, diferindo-se de quando se está trabalhando diretamente com o autor referenciado). Permite-se adotar tal procedimento em virtude da peculiaridade do caminho a ser trilhado, o qual não intenta de modo algum aprofundar aspectos filosóficos, mas sim identificarmos a tradição que compõe o desenvolvimento da matriz teórica a ser trabalhada e, primordialmente, desenvolvermos alguns de seus fundamentos que serão imprescindíveis para a ótica a ser enfocada em termos de contribuição para o pensamento jurídico contemporâneo.

⁶² GADAMER, Hans-Georg. *El inicio de la filosofía occidental*. Barcelon: Paidós, 1995, pp. 14, 15 e 37.

Ainda assim questões fundamentais são destacadas por GADAMER, não se voltando exclusivamente para uma investigação histórica, por certo respeitável, mas sim relevando o diálogo estabelecido com os pré-socráticos, por parte de Hegel e Schleimacher, a partir da filosofia de Platão, o que efetivamente não comporta abordagem para fins do presente estudo. Essa referência visa tão-somente a explicitar como são bem mais consistentes os caminhos percorridos pela hermenêutica filosófica gadameriana, que adiante será encampada em prol do Direito, corroborando as restrições anteriormente apontadas no sentido da impossibilidade de seu aprofundamento.

Outro ponto a ser destacado é o de que a hermenêutica percebeu no romantismo⁶³ a crescente importância do que se denominou consciência histórica. A consciência histórica, guardadas suas limitações no que concerne à autocompreensão – capacidade crítica no manejo dos textos - foi um passo importante no sentido de que os textos deveriam ser contemporizados.⁶⁴ Com isto, tem-se que o *pragmatismo*, aqui referido segundo a fala da lingüística, não deixa de perder sua força crítica contra a hermenêutica, haja vista que mesmo em sua identificação romântica, já possuía em si o germe da preocupação com o contexto histórico.⁶⁵

Por respeito ao registro, salienta-se ainda que, em Dilthey, nada obstante seja reconhecido seu esforço para cientificação de um conhecimento do “espírito”, GADAMER não verifica a superação da hermenêutica romântica. O autor reputa que apesar de Dilthey tentar valer-se da

⁶³ “Se, simplificando bastante, for entendida por Romantismo uma saudade insaciável pelo que é perfeito, então o século 19, no que diz respeito à teoria hermenêutica, era romântico.”. Ainda, referindo-se a Schleimacher: “O desenvolvimento de uma hermenêutica universal, com um ponto de partida mais radical, como arte da compreensão, é proposta por ele ...” (GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999, pp. 117 e 118).

⁶⁴ “Todo reencontro com a antiga tradição deixou de ser uma simples apropriação ... o Romantismo se converteu em pioneiro da consciência histórica. Seu lema era a volta às fontes originais ... (...) Quando se reconhece que a própria perspectiva é completamente diferente dos pontos de vista dos autores e do sentido dos textos do passado, é necessário realizar um esforço específico para não interpretar mal o sentido desses textos e entendê-los realmente em seu poder de convicção. A mera descrição da estrutura interna e da coerência de um dado texto, ..., não constituem uma autêntica compreensão. (...) Não obstante, no desenvolvimento do procedimento hermenêutico, a época pós-romântica não satisfaz, na verdade este ponto principal. À experiência de alienação que se manifestara na consciência histórica, se ofereceu imediatamente a autocompreensão, que procedia da tradição da teoria da arte: a aprendizagem da capacidade crítica no manejo dos textos. A progressiva autoconsciência lógica das ciências indutivas significou um poderoso apoio para esta autocompreensão. (...) A teoria hermenêutica do método, que tomou sob sua proteção o interesse romântico pela história, foi submetida a uma constante comparação com a metodologia das ciências naturais.” (GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, pp. 65 e 66). A limitação do avanço em virtude da equiparação do método aos das ciências naturais – justificável pela tentativa da época de cientificação das ciências do espírito -, por meio da extirpação do elemento subjetivo desta avaliação histórica será adiante melhor focado.

⁶⁵ Essa ponderação apesar de valorizar a abertura de pensamento propiciado pela hermenêutica romântica (consciência histórica), não deixa de considerar suas limitações no quando da opção eleita no sentido da tentativa de adoção de métodos compatíveis com as ciências naturais (tidos pela hermenêutica filosófica como incompatíveis com as eventualmente denominadas *ciências dos espíritos*), consoante fora referido anteriormente.

história para legitimar um forte embasamento científico, viu-se esvaziada essa tentativa de superação, em razão de que a formulação metodológica por ele empregada não passou, novamente, de uma similarização aos padrões utilizados pelas ciências da natureza, restando prejudicada a *essência* histórica da experiência ao manter-se fiel ao conceito de objetividade, ou seja, pleiteou *direitos* iguais para ciências do espírito e ciências da natureza, ao invés de reconhecer/trabalhar suas diferenças.⁶⁶

Essas questões são postas não apenas para que se identifiquem os caminhos percorridos pela hermenêutica (que podem e devem ser revisitados com profundidade), mas mormente para explicitar-se que o termo “hermêutica” deve ser distinguido de toda essa tradição que, a par de o compor, não deve ser confundida com a *hermêutica filosófica*, a qual intenta apresentar-se não apenas como uma opção (abertura de possibilidades, na realidade), mas principalmente como uma via totalmente distinta da dos caminhos outrora trilhados por reconhecidos pensadores.

Por pertinente, é conveniente expressar desde já que a luta que se trava com a tradição robustecida pelos anos (manifestada principalmente com a metafísica clássica, ou moderna), é tal que pode ser constatada, a título de exemplo, a partir da afirmação que defende que o intelecto humano ou o pensamento possuiria o poder para conhecer a realidade tal como ela é em si mesma.

Não apenas inserto, mas principalmente, conscientizado de estar inserido nesta substancial estrutura de pensamento, construída a partir do saber humano que fora concretizado durante séculos, é que Heidegger vai identificar um centro de dificuldades, por ele apontado como sendo a questão *ontológica*.

A palavra ontologia deriva do verbo ser, propondo HEIDEGGER a distinção das palavras ôntico e ontológico. Em termos singelos, apenas para fins de formação de uma *pré-compreensão*, pode-se afirmar que *ôntico* diz respeito aos entes em sua existência própria, o que os distingue de outros entes, e *ontológico* diz respeito aos entes tomados como objetos de conhecimento.⁶⁷

⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 245/323.

⁶⁷ “O termo << ôntico >> constitui um par de conceitos paralelos ao do existivo e existencial, ainda quando os significados não se sobreponham completamente. Ôntica é toda a consideração, teórica e prática, do ente que se atém aos caracteres do ente como tal, sem pôr em causa o seu ser; ontológica é, pelo contrário a consideração do ente que aponta para o ser do ente. A <<descrição do ente intramundano >> é ôntica; <<a interpretação do ser desse ente >> é ontológica. Como se verá mais adiante, o conhecimento do ente pressupõe certa compreensão prévia do ser ente: na base de toda a verdade ôntica está a verdade ontológica.” (VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10ª. Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, pp. 17 e 18). “A pre-sença (*rectius: Dasein, ou ser-aí, ou homem enquanto ser que compreende ser*) não é apenas um ente que ocorre entre outros entes. Ao contrário, do ponto de vista ôntico, ela se

Em realidade, o que releva referir é que se passa da experiência ôntica à investigação ontológica,⁶⁸ a partir do momento em que a vida cotidiana se torna problemática, estranha, confusa, ou ainda, quando as coisas e as pessoas surpreendem, quando acontece algo de inesperado, imprevisível, quando desejamos usar certas coisas e não sabemos como lidar com elas; enfim, quando o significado costumeiro das coisas, das ações, dos valores ou das pessoas perde sentido ou se mostra obscuro e confuso, ou quando o que nos foi dito e ensinado já *não nos satisfaz e queremos saber mais e melhor*.⁶⁹

No âmbito de avaliação dos juristas brasileiros, identifica-se uma primeira inserção expressamente comprometida com o desenvolvimento dessa matriz teórica, razão pela qual é relevante destacar nota de rodapé constante na obra *Jurisdição Constitucional e Hermêutica*⁷⁰:

“Ontologia e fenomenologia não são disciplinas diferentes da filosofia ao lado de outras. Ambas caracterizam a própria filosofia em seu objetivo e em seu modo de tratar. A filosofia é uma ontologia fenomenológica e universal que parte da hermenêutica do *Dasein*, a qual, enquanto analítica da existência, amarra o fio de todo questionamento filosófico no lugar de onde ele brota e para onde retorna.”

Para quem está absorto por questões da dogmática jurídica, das alterações legislativas, dos precedentes judiciais *inovadores*, essas ponderações podem parecer excessivamente *filosóficas*⁷¹ e

distingue pelo privilégio de, em seu ser, isto é, sendo, *estar em jogo* seu próprio ser. Mas também pertence a essa constituição de ser da pre-sença a característica de, em seu ser, isto é, sendo, estabelecer uma relação de ser com seu próprio ser. Isso significa, explicitamente e de alguma maneira, que a pre-sença se compreende em seu ser, isto é, sendo. É próprio deste ente que seu ser se lhe abra e manifeste com e por meio de seu próprio ser, isto é, sendo. A *compreensão do ser é em si mesma uma determinação do ser da pre-sença*. O privilégio ôntico que distingue a pre-sença está em ser ela ontológica. (...) É por isso que se deve procurar, na *analítica existencial da pre-sença, a ontologia fundamental* de onde todas as demais podem originar-se. (...) ... primado ôntico: a pre-sença é um ente determinado em seu ser pela existência ... primado ontológico: ... Pertence à pre-sença, de maneira igualmente originária, e enquanto constitutivo da compreensão da existência, uma compreensão do ser de todos os entes que não possuem o modo de ser da pre-sença ... a condição ôntico-ontológica da possibilidade de todas as ontologias. Desse modo, a pre-sença se mostra como o ente que, ontologicamente, deve ser o primeiro interrogado, antes de qualquer outro.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 13ª. ed. Parte I. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Editora Vozes e Universidade São Francisco, 2004, pp. 38 e 40).

⁶⁸ “O uso do termo ontologia não visa a designar uma determinada disciplina filosófica dentre outras. Não se pretende, de forma alguma, cumprir a tarefa de uma dada disciplina, previamente dada. Ao contrário, é a partir da necessidade real de determinadas questões e do modo de tratar imposto pelas ‘coisas em si mesmas’ que, em todo caso, uma disciplina pode ser elaborada.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 13ª. ed. Parte I. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Editora Vozes e Universidade São Francisco, 2004, p. 56).

⁶⁹ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*, 7ª ed., São Paulo: Editora Ática, 1996, p. 239.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 177.

⁷¹ No âmbito do ensino jurídico brasileiro temas filosóficos são vistos de forma pejorativa, como se pouco viessem a contribuir *efetivamente* (esse é o “termo da moda”) para o que é realmente relevante (a prática). Tal pressuposição possui íntima relação com os aspectos que passarão a serem abordados de agora em diante e que na verdade identificamos como ainda intimamente implicados com a tradição da dicotomia ser e dever-ser (forma e matéria, teoria e práxis). Ver ROCHA, op. cit., p. 78.

descompassadas com a realidade contemporânea de relativização da importância do tempo e do espaço, devido às novas tecnologias em que a sociedade está envolta. Entretanto, o objetivo da *fenomenologia heideggeriana* é justamente o inverso, ou seja, o de tornar evidente que a forma ôntica de se pensar os problemas humanos é insuficiente, pois ela se presta a explicações típicas das ciências naturais (descrições e prescrições), que tomam o ente como objeto de pesquisa.⁷²

A ontologia, portanto, ao focar a questão do *ser*, não está fazendo nada mais do que destacar um aspecto que resta olvidado há séculos, qual seja o próprio homem. É importante destacar, entretanto, que, ao nos voltarmos ao homem, não estamos nos referindo à tradicional relação sujeito-objeto (os entes em relação ao homem e ao que deles se pode apreender), pois essa perspectiva é igualmente ôntica.

Nesse complexo emaranhado de objetivos, observações e limitações do pensamento é que se lança mão do termo *Dasein*, usualmente traduzido por ser-aí, ou estar-ser-aí, ou, ainda, por *presença*.⁷³ Heidegger quer, com essa expressão, significar o próprio homem de uma maneira bem mais sofisticada do que a usual, já que a sua proposta não é biológica, nem psicológica, ou qualquer outra forma de compartimentalização do conhecimento humano, mas sim o homem na completude.

A partir desse esclarecimento, a importância da hermenêutica, seu modo de ver, para o desenvolvimento do Direito, já começa a ser desenhada. E aqui é importante salientar que sequer importa definir o que venha a ser, onticamente, o Direito, bastando referir que, enquanto sendo algo criado por homens e para os homens, seu modo de ser não poderia ser avaliado de forma diversa da própria percepção humana, que é tematizada de uma forma bastante sofisticada e original a partir desta matriz teórica.

⁷² “Sabe-se que a explicitação do real pode averiguar-se em dois planos fundamentais: o ôntico e o ontológico. A explicitação ôntica caracteriza as ciências particulares; a descrição, a pesquisa, a investigação, a manipulação dos entes restringe o ôntico à multiplicidade do real e, por isso, as ciências particulares desdobram-se de modo múltiplo: o mundo ôntico divide-se em regiões e, ao menos em princípio, a cada região corresponde uma ciência determinada. Estuda-se, assim, aquilo que o homem encontra: coisas, plantas, animais ... Estuda-se sempre e apenas entes determinados, e esse limitar-se à determinação é o que permite distinguir, negativamente, o plano ôntico do ontológico. Realmente, não cabe às ciências particulares perguntar pela entidade do ente, não lhes compete colocar a questão do ser. E tal é justamente o objeto da ontologia: o ser. <<Toda ontologia>>, diz Heidegger, <<mesmo se dispuser de um rico e bem estruturado sistema de categorias, permanece cega e desviada de sua intenção própria se antes não tiver esclarecido suficientemente o sentido do ser e se não compreender esse esclarecimento como sua tarefa fundamental>>.” (BORNHEIM, Gerd A. *Metafísica e finitude: ensaios filosóficos*. Porto Alegre: Editora Movimento, 1972, p. 09).

⁷³ Muito embora a tradução brasileira tenha eleito a forma “pre-sença”, optar-se-á em referir ou o termo no original (*Dasein*: da=aí e sein=ser), ou a tradução ser-aí, para dar seguimento ao já iniciado caminho da hermenêutica filosófica no âmbito da doutrina jurídica brasileira (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 186).

Desse modo, o homem passa a ser encarado como um projeto, ou seja, um *poder-ser*, que nunca pode ser reduzido ao que ele fora, em um dado momento, e que a hermenêutica vem identificar como *simples-presença*. Na realidade, o homem é enquanto existência, o que implica mais uma ruptura com o pensamento metafísico, já que esta postura significa uma ampliação para os planos temporais: passado, presente e futuro, ao invés do anterior primado do presente.

O homem é encarado pela filosofia hermenêutica, portanto, como existência: *a essência do homem como existência, isto é, como poder-ser*.⁷⁴ Este poder-ser, característico do ente que cada um de nós somos, está intimamente ligado à possibilidade de questionar.⁷⁵ Essa reflexão conduz a outra constatação de indubitável relevância, e que é denominada por alguns como compreensão pré-ontológica ou pré-compreensão, a qual nos remete a uma percepção de que o homem não acessa à coisa diretamente, mas sim a partir de tudo que a forma, enquanto projeto *com e no mundo* (aquilo que ele é).

A hermenêutica segue sua trilha em direção à diferença quando, ao invés de considerar essa peculiaridade como limitadora da compreensão, passa a tê-la em conta como o horizonte prévio que torna possível a compreensão.⁷⁶

Por ocasião disso, é possível afirmar que as coisas são *algo enquanto algo*, e não definitivamente, como se já sempre tivessem uma essência pré-estabelecida (uma garrafa serve para beber água enquanto não for utilizada pelo homem para se defender de um agressor).⁷⁷ É como se a linguagem possuísse tanto um elemento lógico, quanto um elemento prático, sem que fosse, entretanto, possível serem ambos apartados.⁷⁸

⁷⁴ VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10ª. Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 26.

⁷⁵ “Como modo de *ser* de um ente, o questionamento dessa questão se acha essencialmente determinado pelo que nela se questiona – pelo ser. Esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras possui em seu ser a possibilidade de questionar, nós o designamos com o termo *pre-sença*.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 13ª. ed. Parte I. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Editora Vozes e Universidade São Francisco, 2004, p. 33).

⁷⁶ VATTIMO, op. cit., p. 23.

⁷⁷ “Quando dizemos que o acesso aos objetos se faz pela clivagem do significado, pela via do significado, dizemos que o nosso acesso aos objetos é sempre um acesso indireto. Nós chegamos a algo, *mas enquanto algo*; nós nunca percebemos apenas o *anel*, ele nunca é conhecido numa identificação plena dele mesmo do ponto de vista lógico. Ele é sempre clivado enquanto algo, como um objeto que simboliza algo, um objeto de uso determinado, ...” (STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p. 20).

⁷⁸ “... a linguagem traz em si um duplo elemento, um elemento lógico-formal que manifesta as coisas na linguagem, e o elemento prático de nossa experiência de mundo anterior à linguagem, mas que não se expressa senão via linguagem, e estabelecimento é o *como* e o *logos hermenêutico*. Heidegger irá designar esses dois *como*, um deles o *como* hermenêutico e o outro o *como* apofântico. O enquanto hermenêutico ou o *como* hermenêutico, é o *como* do mundo, e o outro, o *como* apofântico é o *como* do discurso. O *como* hermenêutico é o *como* do nosso mundo prático em que nós já sempre compreendemos as coisas e por isso podemos falar delas através de enunciados assertóricos predicativos. A racionalidade, portanto, se constitui sempre de um certa maneira ambígua.” (*Aproximações...*, op. cit. p. 21 e 22).

A abordagem ganha em sofisticação quando Heidegger propõe,⁷⁹ a respeito de suas reflexões, a questão do círculo hermenêutico.⁸⁰ Talvez a melhor forma de expressar o *círculo heideggeriano* seja o termo *movimento*, já que quaisquer pretensões subjetivistas ou objetivistas não chegariam próximas de fazer jus ao que se pretende com essa performance reflexiva.

É importante ressaltar que não se trata de uma idéia de círculo “metodológico”, muito menos possuindo esta idéia qualquer natureza formal. O círculo serve, em realidade, como uma metáfora que viabiliza a descrição da compreensão que se dá, como num jogo, em que há o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. Constatamos a partir dele que há uma antecipação de sentido que guia, por exemplo, a interpretação de um texto, a qual não é um ato da subjetividade, *já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição*.⁸¹ Esta relação com a tradição é referida por GADAMER como um processo em contínua formação, que não significa uma prévia observação de cada homem, como se este homem desde sempre estivesse “ali”, aguardando a percepção de um observador mais arguto, mas sim como um processo instaurado continuamente por nós mesmos, *na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinado-o a partir de nós próprios*. O círculo *descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão*.⁸²

Trata-se de perceber que o processo de compreensão se dá a partir de um movimento circular de antecipação do sentido, de modo que o círculo não pode ser tido por um círculo demonstrativo, pois ele não trata da busca de um fundamento dedutivo para justificar a analítica existencial, mas sim de um *des-cobrir revelador do fundamento*.⁸³ A partir desta perspectiva de

⁷⁹ A forma de exposição não deve ser interpretada como se estivesse descrevendo um pensamento evolutivo compartimentado. Na verdade, como propriamente afirmado, trata-se meramente de uma *forma de exposição*, limitada às condições propiciadas pela linguagem, já que as reflexões referidas, apesar de certamente terem evoluído, se dão de forma conjunta e não compartimentada.

⁸⁰ “É verdade que também a teoria da hermenêutica do século XIX falava de estrutura circular da compreensão, mas sempre inserida na moldura de uma relação formal entre o individual e o todo, assim como de seu reflexo subjetivo, a antecipação intuitiva do todo e sua explicação subsequente no individual. Segundo essa teoria, o movimento circular da compreensão vai e vem pelos textos e, quando a compreensão dos mesmos se realiza, este é suspenso. Conseqüentemente, a teoria da compreensão tem seu apogeu na teoria de Schleiermacher sobre o ato adivinatório, mediante o qual o intérprete se transporta inteiramente no autor e resolve, a partir daí, tudo o que é desconhecido e estranho no texto.” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 298/388).

⁸¹ GADAMER, op. cit., p. 298/388.

⁸² Op. cit., p. 298/389.

⁸³ STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “Ser e Tempo”*. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, p. 64. O termo *justificação*, talvez fosse melhor empregado do que o traduzido *fundamento*, haja vista o compromisso deste termo com a tradição metafísica que possui a característica, combatida pela hermenêutica, da busca pelo fundamento último ou inicial (op. cit. p. 65).

círculo hermenêutico, STEIN considera que resta logicamente consubstanciado o intento da analítica existencial, a partir do que ele denomina *situação hermenêutica*⁸⁴, o que afastaria a acusação de que as proposições heideggerianas em *Ser e tempo* se tratariam de *afirmações soltas*.

Na realidade, STEIN considera que *Ser e tempo* está estruturado sobre cinco elementos que lhe dão sustentação, os quais seriam: a afirmação da *circularidade* (sempre já possuímos uma compreensão geral do ser, que nada tem a ver com uma pressuposição fundamental, como visto alhures); a questão da *totalidade* (o homem, ou o estar-aí, não existe de maneira total, nem é algo que virá a ser, muito menos algo que já se foi, essa totalidade só se dá mediante uma operação lógica possível em função da estrutura da compreensão, ou seja, vinculada à antecipação de sentido legitimadora de proposições e vinculada à circularidade), donde ele extrai os contextos de descoberta e de justificação (neste último estaria a “parada metodológica”⁸⁵); a *situação hermenêutica*, como sendo o momento de alcance das transparências e das condições de justificação, que se dariam por meio da interpretação (esta consistente na explicitação, que é composta da aquisição prévia, vista prévia e antecipação) da totalidade; o *encobrimento*, que seria uma advertência de extrema relevância, pois ela é uma característica atrelada à tendência analítica de creditarmos certeza e verdade a proposições que possuam aparência de obviedade, do que se deduz ainda mais um aspecto arriscado dessa tendência encobridora, que diz com as tendências de busca de justificações totalizadoras⁸⁶; por fim, a idéia de *violência*, a qual está ligada com a idéia de totalidade da hermenêutica, pois parte-se de um ponto (compreensivo-antecipativo de sentido), que poderíamos considerar um corte, que pressupõe uma totalidade (de sentido), o começo seria a antecipação do todo, sendo que, na situação hermêutica, essa antecipação apresentação exitosa em virtude de ser nela produzida uma totalidade revelada pelo poder-ser-total do estar-aí como ser-para-o-fim. Complementa-se essa reflexão explicitando que a violência seria uma resposta para a tendência do encobrimento, pois o filósofo em análise é tido por caracterizar a estrutura do projetar

⁸⁴ “... feixe de justificações produzido pela pressuposição de uma totalidade possível...” (Op. cit. p. 66).

⁸⁵ “É então que a antecipação de proposições é ou não confirmada em sua coerência interna. Esta é a situação hermenêutica produzida pelo caminho da analítica (...) O contexto de justificação em *Ser e tempo* é coincidente com a situação hermenêutica. A partir daí, o caminho andado da provisória analítica da quotidianidade (...) se revela retrospectivamente válido e a consciência do método permite refazer, já com a totalidade antecipada, numa operação de antecipação de sentido, confirmada e justificada, a analítica existencial sob o signo da antecipação exitosa. (...) Isto quer dizer que a totalidade é presumida – no contexto de descoberta – e explicitada no momento da situação hermenêutica – no contexto da justificação.” (Op. cit. 67).

⁸⁶ “Os mais sofisticados processos de justificação podem ser vítimas ou produtos desta tendência para o encobrimento: produzem-se totalidades (cosmologias, teologias, mundividências, versões de mundo [ontologias], sistemas) a partir das quais se pretendem interpretar o homem.” (Op. cit., pp. 69/70).

da compreensão como *violenta*⁸⁷. Essa característica seria própria de cada interpretação. Os cinco componentes referenciados assegurariam um modo de compreensão relativamente coerente de sustentação do discurso de *Ser e tempo*.⁸⁸

Por conta desses questionamentos, permite-se afirmar que, em Heidegger, as respeitáveis *técnicas científicas de purificação* do Direito⁸⁹ passam a ser identificadas como insuficientes, ao passo em que se revelam aspectos outrora olvidados naquele âmbito de raciocínio dominante, que se pode denominar de metafísico.⁹⁰ Assim, indagações que realçam o ser em separado do ente, mas sempre vistos de forma agregada, à luz da temporalidade, passam a ganhar denso relevo. Nessa senda de reflexões, a linguagem, em face de compreender o local onde o ser se desvela no homem, destaca-se como questão central do pensamento heideggeriano.⁹¹

Essa perspectiva vincula imensamente a hermenêutica ao Direito, outorgando-se importância à hermenêutica para a abertura de perspectivas e possibilidades da adoção de caminho diverso do caminho positivista, rumo ao enfrentamento de questões de “alta indagação” para os operadores do Direito, que amadureceram envoltos por uma tradição jurídica que pouco lhes auxilia diante dos novos problemas que assolam a sociedade.

Não se pode dizer que essa constatação é inédita, já que ela conta com anos de estudos e críticas bem lançadas, inclusive no âmbito da *linguagem do Direito*, eis que o afastamento da política e da ideologia do campo de atuação do Direito, por meio do denominado *Positivismo Lógico*, é uma realidade de há muito deflagrada.

⁸⁷ “A violência é, portanto, um ‘decisionismo’ no ponto de partida e revela um ‘decisionismo’ na forma e conteúdo em que se realiza a analítica existencial.” (Op. cit. p. 71).

⁸⁸ “Certamente elas não resistem à irônica investida de Carnap, com seu discurso lógico-analítico. Mas não por serem proposições metafísicas. Simplesmente porque pertencem a um outro universo de sentido. Os parâmetros lógico-analíticos e suas exigências vivem precisamente de totalidades inconfessadas, ontologias ingênuas (vejam-se seus exemplos) e modos de operar em curto-circuito.” (STEIN, op. cit., p. 71).

⁸⁹ “Nesse sentido, Heidegger analisa o sentido sob os dois pontos de vista. Podemos descrever a *estrutura do sentido* que é a descrição dos objetos estruturados do mundo, mas nisso também perguntamos pelo *sentido da estrutura*. Por que o ser humano tende sempre a estruturar o sentido e não sustentar o sentido puro? É impossível sustentar o sentido puro, por isso para Heidegger nunca se dá uma compreensão pura; sempre se dá uma compreensão ligada às condições e ao modo de ser-no-mundo.” (STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p. 66).

⁹⁰ “O grande mérito de Heidegger foi o de ter desfeito a evidência com a qual os pensadores gregos utilizavam o conceito de ser. Mostrou especialmente, a maneira como o pensamento moderno, sob o domínio desse conceito de ser criou o nada claro conceito de consciência que representa o princípio da filosofia moderna. Em sua famosa conferência ‘O que é metafísica?’ afinal que a metafísica tradicional não se propôs precisamente a questão do ser, mas, ao contrário, manteve encoberta essa questão, ao construir sobre o conceito do ente o edifício da metafísica.” (GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 68).

A *Semiologia do Poder*, de WARAT, promoveu essa discussão, não apenas revelando o caráter de *poder do discurso*, mas igualmente identificando, como estando no âmbito da pragmática, a questão da ideologia e da política⁹², nível este de avaliação lingüística que foi marginalizado pelo positivismo jurídico, que concentrou suas forças na sintática e na semântica.⁹³

O referido autor vai mais além e afirma que nada obstante haver uma percepção da relação entre discurso científico-usuário, que reinseriria a dimensão da pragmática no saber científico, esta dimensão não é tematizada pelo Positivismo Lógico. Com efeito, esta alienação dos discursos científicos, em relação aos processos de comunicação (ideologia) a eles ligados, criariam uma ilusão de univocidade que interessaria justamente à ideologia dominante, que, no âmbito do Direito, promove o discurso normativo (a coincidência entre a ideologia dominante e o discurso normativo sedimentariam a ilusão da univocidade).

O grande reverso dessa postura, seguindo a reflexão entelada, é que ela, ao marginalizar questões pragmáticas, construindo uma atitude científicista, viabilizaria uma filosofia analítica e crítica do discurso científico, *mas, no entanto, acrítica com relação à realidade social*.⁹⁴

Essas ponderações são relevantes, haja vista que, consoante já se ponderou anteriormente, o Direito possui uma tradição interligada ao desenvolvimento da lingüística. Em Saussure, como avaliou WARAT,⁹⁵ identificava-se uma preocupação com o estudo da linguagem em relação à influência exercida pelo fator tempo. Naquele momento já se identificava um aspecto evolutivo e histórico com relação à língua, tendo se optado por uma avaliação dual, consistente nos denominados métodos sincrônico (estático) e diacrônico (evolutivo).

⁹¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 201.

⁹² Mesmo percebendo a limitação de abordagem, tendo em vista a não percepção do poder do discurso, o autor reconhece na Filosofia da Linguagem Ordinária uma preocupação crescente com a pragmática: “Uma diferença substancial entre a Filosofia da Linguagem Ordinária e o Positivismo Lógico estaria, desta maneira, no nível de análise privilegiado: pragmático, para os primeiros; sintático e semântico, para os segundos. (...)” Entretanto, o enfoque de ambos não “... se estendeu aos fatores sócio-políticos.” Sendo que quanto a Filosofia da Linguagem Ordinária, o autor afirma que “... esse tipo de análise contextual omite o fato de que estas questões encontram-se fundamentalmente ligadas à temática do poder: uma instância ideológica que funciona como lei dos discursos, influenciada pela ação política da sociedade.”, considerando ainda que enfatizando alguns pressupostos psicologistas, esta filosofia ignorou o relevo da inserção histórica da linguagem. (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, p. 64).

⁹³ Idem, p. 46.

⁹⁴ WARAT, op. cit., p. 47.

⁹⁵ Op. cit., p. 33.

Essa tradição fica evidente, como já argumentado, a partir da teoria geral do Direito *kelseniana*, a qual paralelamente com tais estudos estruturou seus pilares na nomoestática e na nomodinâmica.⁹⁶

Essas reflexões, a par de distanciarem-se sobremaneira da proposta heideggeriana, são relevantes e não podem deixar de ser referenciadas no presente momento por, no mínimo, três razões: a primeira, pela relevância da identificação de preconceitos que acompanham a tradição, cujo *conceito* será melhor enfrentado adiante; a segunda, por conta da identificada influência dessas reflexões sobre o desenvolvimento do positivismo jurídico, que é genericamente atacado por todos na atual fase de críticas ao pensamento jurídico, sem que se conte com as devidas explicitações; a terceira, para que fiquem expostas as diferenças do pensamento promovido pela hermenêutica filosófica em relação a todas as reflexões historicistas e antropológicas que a antecederam, pois a nítida oposição dos caminhos trilhados pela hermenêutica e pelo positivismo poderiam conduzir ao raciocínio de que a hermenêutica filosófica estaria pretendendo recuar a reflexões tidas por superadas (em dado momento a análise histórica fora considerada vilã do desenvolvimento da lingüística: circunstância em que a estática deveria ser privilegiada).⁹⁷

A fim de que se evitem distorções, convém salientar imediatamente que, no âmbito do pensamento da *hermenêutica filosófica*, a colocação da linguagem em segundo plano é questão superada, e ela passa a ser, então, compreendida não mais como instrumento, mas sim como a expressão na vida humana em que o pensamento se exterioriza.

Contata-se, portanto, que diferentemente do que ocorrida nos estudos lingüísticos modernos, em que o homem experimentava o real como objeto manipulável, como se fosse por ele dominável, reduzindo-se a linguagem à informação, por exemplo, para o filósofo da hermenêutica, a linguagem passa ser o próprio universal. Não se pense que essa distinção é singela, ao revés, ela é tão densa que esta categoria da linguagem (a informação), no âmbito da modernidade, transmuta-se em

⁹⁶ “A nomoestática ocupar-se-ia da análise dos elementos estruturais das normas jurídicas, prescindindo de seus elementos evolutivos a partir de um jogo de categorias teóricas – denominadas conceitos jurídicos fundamentais -, como também de uma teoria dos âmbitos de validade, vistos como componentes internos das normas jurídicas. A nomodinâmica estudaria o processo de criação e aplicação das normas jurídicas a partir de uma análise relacional de seus órgãos com a exterioridade dos conteúdos. A nomodinâmica é também alheia à história. Por esta razão, deve ser vista como uma análise diacrônica realizada no interior de uma sincronia.” (WARAT, op. cit., pp. 34/35).

⁹⁷ “Saussure acredita que os estados lingüísticos têm sido dominados pela diacronia, pela análise histórica. Contudo, defende a volta ao ponto de vista estático, já representado pela gramática tradicional, mas com novo espírito e com outros procedimentos. Enfim, o contraste metodológico entre sincronia e diacronia pode ser esquematicamente apresentado como a oposição entre o sistema e a história.” (WARAT, op. cit., p. 34).

característica da civilização (a civilidade passa a ser condicionada à capacidade de informação de um povo).

Em realidade, a problemática não consiste no fato de se ter descoberto a linguagem como informação, mas sim de tê-la absolutizado à dimensão instrumental da linguagem humana: instrumento por meio do qual se entra em contato com os outros, o que acaba por relevar o nosso problema civilizatório consistente na massificação do homem, pois a linguagem tornou-se apenas um fenômeno que toca a superfície humana, fazendo com que sejam perdidas as oportunidades de abertura para outros tipos de linguagem. A poesia, por exemplo, é vista como sendo vaga, imprecisa, sem vinculação com a vida⁹⁸, quando o poeta já tocava a existencialidade do homem ao identificá-lo como um *cadáver adiado que procria*.⁹⁹

Cumprе enfatizar, portanto, dadas as influências a que estão submetidos os homens contemporâneos, que a tecnologia da linguagem da informação é apenas uma das maneiras de revelação da linguagem, a qual, enquanto absolutizada, oculta-nos a verdadeira essência da linguagem.

Com Heidegger permite-se afirmar que a linguagem está de tal forma imbricada com as questões do conhecimento humano, não se consistindo em mero instrumento, que, mesmo quando falamos da linguagem, não a abandonamos, pois falamos a partir dela. Aqui é importante recuperar a articulação semiótica retro referida, para ponderar que não se trata de buscarmos uma relativização total, olvidando-se dos níveis já consagrados da sintática e da semiótica, mas sim de percebermos que a pragmática faz parte do modo-de-ser do homem, a que o Direito busca alcançar, proteger, organizar, enfim, tutelar.¹⁰⁰

Em OLIVEIRA é destacado que *nosso ser-no-mundo é, portanto, sempre lingüisticamente mediado, de tal maneira que é por meio da linguagem que ocorre a manifestação dos entes a nós*.¹⁰¹

⁹⁸ OLIVEIRA, op. cit., pp. 203 e 204.

⁹⁹ PESSOA, Fernando Antônio Nogueira. *Poesias*. Porto Alegre: L&PM, 1996, p. 09.

¹⁰⁰ “Esse processo hermenêutico é o processo no qual nos damos conta de que só sobrevivemos objetivando coisas pelo compreender e falando destas coisas através da linguagem no nível lógico-semântico e, de outro lado, só sobreviveremos enquanto, ao mesmo tempo, já damos a este compreender do domínio lógico-semântico uma base hermenêutica, quer dizer, uma base fática, uma base em que somos faticidade. Assim somos um modo de ser no mundo e não apenas descreveremos coisas no mundo.” (STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p. 66).

¹⁰¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 206.

O referido autor também ressalta o pensamento heideggeriano em relação à poesia, enquanto categoria de linguagem, quanto ao que é registrado, já que o filósofo da hermenêutica considera que o poeta não atinge um simples conhecimento, mas sim chega à relação entre a palavra e a coisa, pois “A palavra deixa vir as coisas ao mundo e o mundo às coisas. É na linguagem que ocorre o ‘mundar’ do mundo e o ‘coisar’ das coisas. A linguagem é o evento da diferença de mundo e coisas e enquanto tal o desvelamento do mundo e das coisas.”¹⁰²

Em STRECK é apontada a linguagem como a totalidade, a abertura para o mundo, enfim, condição de possibilidade e constituidora do próprio saber. Daí a interessante metáfora criada para lecionar, a de que *não há coisa alguma onde falta a pá-lavra (pá (que) lavra), porque abre sulcos profundos na abissalidade do fundamento (sem fundo) do ser.*¹⁰³

Na obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, após STRECK registrar que sem a palavra, sem a linguagem, não há existência, enfim, não falamos sobre aquilo que vemos, mas sim, ao contrário, vemos o que se fala sobre as coisas, ele identifica um belo texto, cuja transcrição igualmente releva salientar:

“A palavra é o caminho e se persistirmos nela estaremos num caminho já percorrido. O que não implica que não possamos nos perder e que tenhamos claro o ponto do caminho em que nos encontramos. Quer dizer apenas que a palavra nos impõe um diálogo com o passado que chega até hoje. É preciso escutar a palavra realidade desde este passado. Só assim ela é um caminho; o qual nos está diante – *pois a palavra nos precedeu e há muito se dirigiu a nós* – mas ao mesmo tempo está às nossas costas porque há muito a pronunciamos.”¹⁰⁴

De suma relevância, neste passo, argumentar que a abertura da linguagem não é de forma alguma obra da subjetividade, porque, antes disso, nós é que nela estamos inseridos, tendo em vista que somente onde há linguagem o ente pode revelar-se como ente.

Nesse sentido é a reflexão de Heidegger, pois não somos nós quem utilizamos a linguagem, ela é que nos determina, porque nela se dá a revelação dos entes a nós, visto que a linguagem é o evento de desvelamento do sentido do ser. Daí a linguagem enquanto casa do ser.¹⁰⁵

¹⁰² OLIVEIRA, op. cit., p. 206.

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 175.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 176. Ver também STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 192 e 193.

¹⁰⁵ HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre el humanismo*. Trad. Helena Cortés e Arturo Leyte. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p. 86).

Reitera-se que o enfoque a ser adotado será relativo ao pensamento gadameriano, entretanto, não há como tratar de Gadamer nem de hermenêutica filosófica, sem um breve apanhado acerca do pensamento heideggeriano, que lhe dá sustentação.

Um aspecto esclarecedor que deve ficar desde já apresentado é que Heidegger jamais pretendeu outra coisa que não o enfrentamento da questão do ser, portanto, não havendo que se discutir questões outras no sentido da apresentação de uma teoria alternativa à ciências do espírito ou algo que o valha.¹⁰⁶

Heidegger parece propor outro paradigma: a hermenêutica do eis-aí, como ser-no-mundo¹⁰⁷, afastando-se, portanto, de toda a tradição filosófica cientificista, que era conduzida na direção da objetivação da linguagem.¹⁰⁸

Para Heidegger a tematização da questão do sentido do ser passa por uma análise do homem, enquanto ente, cujo ser consiste em compreender ser, daí porque só haveria mundo e só haveria verdade, porque o homem é *Dasein*, portanto, a presença, a revelação, o desvelamento do ser.

É a analítica existencial (homem enquanto ser-no-mundo) o caminho indispensável para a reposição da questão do sentido do ser, sendo permanente, para Heidegger, o *caminho* no pensamento, ou seja, *desimporta a caça, mas não a caçada, ou o peixe, e não a pescaria*, pois o meio para se atingir o resultado é que releva, visto que o resultado, a conclusão, podem ser alterados.¹⁰⁹ Assim, o ponto de partida do novo paradigma da filosofia é a ontologia hermenêutica.¹¹⁰

¹⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 263/346.

¹⁰⁷ “... ser-no-mundo significará agora não tanto ter sempre relação com uma totalidade de coisas-instrumentos, como ter já sempre familiaridade com uma totalidade de significados. A conexão entre mundanidade e significatividade prepara já, como veremos, o aparecimento da linguagem em primeiro plano, ao longo da especulação heideggeriana...” (VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10ª. Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 35)

¹⁰⁸ STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “Ser e Tempo”*. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, p. 10 e OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996, pp. 206 e 207.

¹⁰⁹ Daí revelar-se inadequada, sob um olhar hermenêutico, a opção pelas *súmulas vinculantes*, que podem engessar e impedir o desenvolvimento do Direito. Sendo o Direito uma ciência social e, portanto, estando sujeito a constantes alterações, segundo o andar natural da vida e da sociedade, resta excessivamente pobre a opção pelo enquadramento de resultados obtidos segundo uma realidade pontual e momentânea, parecendo que estamos confundindo fundamentação e justificação da decisão em um mesmo enquadramento (subvertendo o paralelo tentado traçar com a *comum law*). Isso sem considerar que: “Não devemos sucumbir à sedução sistêmica de *um mecanismo que pretende ser um plus em relação à própria lei, espécie de metacondição de sentido*, produzindo um discurso monológico, impedindo, assim, a necessária alteridade hermenêutica. Um olhar hermenêutico aponta para o relevante fato de que a súmula (vinculante) é também um *texto jurídico* e, por isso, não acarreta novos problemas no plano hermenêutico. O novo, aqui, é o que essa

A compreensão (homem enquanto homem) é o existencial¹¹¹ fundamental, pois o eis-aí sempre se movimenta numa compreensão de seu próprio ser e dos outros seres.

Como referido anteriormente, agora inclusive sob a pena de jurista brasileiro, ao operador do Direito é relevante constar que *não temos acesso aos objetos assim como eles são, mas sempre de um ponto de vista (algo como algo, algo enquanto algo)*.¹¹²

Na literatura podemos encontrar constatações similares:

“O mundo não tem sentido sem o nosso olhar que lhe atribui forma, sem o nosso pensamento que lhe confere alguma ordem.

“É uma idéia assustadora: vivemos segundo o nosso ponto de vista, com ele sobrevivemos ou naufragamos. Explodimos ou congelamos conforme nossa abertura ou exclusão em relação ao mundo.”¹¹³

Evidentemente que se pode, sob certo aspecto, visto de forma descontextualizada, perceber algo de analítico na transcrição, mas o que de pontual releva salientar com essa referência é apenas a percepção de pessoas mais sensíveis ou intelectualizadas, pois delas não passa despercebida a inafastável influência hermenêutica que paira sobre a vida humana, ainda que sem ter por alvo uma contribuição filosófica na concretude de sua obra.

A linguagem, contudo, não produz o ser nem o domina, seu papel é mediar sua manifestação, pois *falar é desvelar o mundo, tornar possível a emergência do sentido essencial e constitutivo de tudo*.¹¹⁴

vinculação representa para a dogmática jurídica acostumada a trabalhar com conceitualizações que buscam aprisionar as ‘substâncias do direito’ nos conceitos pré-elaborados. Este é o problema principal. Os sentidos não são imanentes aos verbetes sumulares; os verbetes não podem ter, ao mesmo tempo, a função de fundamento e justificação. Mas para isso, temos que dar um salto paradigmático. É este o desafio!” (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas*. In: Jurisdição e direitos fundamentais. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 129).

¹¹⁰ OLIVEIRA, op. cit., pp. 208 e 209.

¹¹¹ Os existenciais da hermenêutica filosófica não devem ser confundidos com categorizações, apesar deles possuírem força de referibilidade de significação. Os existenciais são *estruturas do estar-aí* (STEIN, *Seis estudos sobre “Ser e tempo”*, op. cit. 69): “Denominamos os caracteres ontológicos da pre-sença de *existenciais* porque eles se determinam a partir da existencialidade. Estes devem ser nitidamente diferenciados das determinações ontológicas dos entes que não têm o modo de ser da pre-sença, os quais chamamos de *categorias*.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 13ª. ed. Parte I. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Editora Vozes e Universidade São Francisco, 2004, p. 80).

¹¹² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 169.

¹¹³ LUFT, Lya. *Perdas & ganhos*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 21.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 222.

Constitui o aí, do eis-aí, essa compreensão de seu ser, que faz com que o sentido-do-ser do eis-aí seja o caminho necessário para a explicação do sentido do ser enquanto tal: o homem nunca é, simplesmente, mas só é enquanto ser-no-mundo, já que ele está desde sempre situado num “mundo determinado como hermenêutico”. O homem enquanto existência é ser do projeto, da possibilidade, por isso o ser-no-mundo é *cuidado* (*Sorge*), cujo sentido é a temporalidade: o tempo é o sentido do ser, que torna possível a compreensão do ser.¹¹⁵ A forma específica de temporalidade do homem enquanto cuidado só se revela na morte.

Como estamos sempre nos desenvolvendo, somos o que somos, hoje, a partir do que já fomos, agregando o que está vindo (acontecendo), sendo que jamais seremos totais, porque considerado que, antes da morte, sempre falta algo a acrescentar, e, quando morremos, circunstância em que seremos totais, não mais compreendemos, o poder-ser-total nunca se realiza.¹¹⁶

A temporalidade emerge como o sentido do eis-aí, portanto, horizonte do sentido do próprio ser. Este sentido é o do propalado cuidado, em *Ser e tempo*, com seus três êxtases fundamentais: futuro, passado e presente, aspecto este de suma relevância, tendo em vista que a metafísica clássica trabalhava considerando exclusivamente o presente.

Com isso, o tempo ganha uma visão mais sofisticada, tendo em vista que resta superada sua conceituação metafísica clássica no sentido de se tratar de uma sucessão de momentos para passar a consistir em horizonte de compreensão do *Dasein*. A linguagem emerge como articulação da abertura originária do ser-no-mundo: ao dizer o ente, transcendemos o ente na direção do ser. É por meio da palavra que se realiza o evento do desvelamento, assim, é na força da palavra que o homem, ser histórico, vem ao ser (Heidegger chama de *relação hermenêutica* entre o homem e o ser).¹¹⁷

Assim, pode-se ponderar que a metafísica ocidental se centrou sempre na sentença, ou seja, o que de relevante se extrai é quando a dimensão da sentença é válida (as ciências trabalham especialmente com base em sentenças válidas, que legitimam suas idéias), porém tais perspectivas não constituem a dimensão mais radical da linguagem, que é atingível não por meio do método científico, mas pela reflexão filosófica, pois enquanto a ciência exprime o ente intramundano em

¹¹⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 210.

¹¹⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 211.

¹¹⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 213.

sentenças empiricamente verificáveis, a filosofia tematiza o espaço hermenêutico, visando a levantar e elaborar a questão do sentido do ser.

A superação decisiva da filosofia da consciência e da filosofia moderna está em não podermos escolher arbitrariamente¹¹⁸ o sentido histórico de nosso mundo e de nós mesmos, mas antes esse sentido *se nos dá*. Se o sentido histórico é que *se nos dá*, não há que se falar em possibilidade de interpretação hermenêutica arbitrária.¹¹⁹

Diante desses argumentos nos parece despropositada a acusação realizada à hermenêutica, no sentido de insegurança gerada a partir de um relativismo que ela legitimaria, frente às inúmeras possibilidades de interpretações admissíveis, haja vista que o que se revela flexível no pensamento hermenêutico são as conclusões por meio dele extraídas (o que é profundamente saudável às ciências sociais, constantemente em evolução), não o sendo, entretanto, a forma de se chegar às conclusões (o meio utilizado), que permanecem constituídas pela razão que considera temporalidade e o historicismo envolto, para somente então, a partir deles, se nos dar o sentido autêntico do ser.¹²⁰

1.3 A hermenêutica filosófica, em Gadamer, como condição de possibilidade para uma interpretação autêntica para o direito.

Os registros que previamente se fizeram necessários autorizam que se adentre num âmbito de abordagem que não os prescinde, mas, antes, os têm por condições de possibilidade da reflexão hermenêutica, que, ao final, se quer trazer para a realidade do pensamento jurídico brasileiro em sede de prestação jurisdicional constitucional.

¹¹⁸ “Como se habla contra la <<lógica>>, se entiende que se está planteando la exigência de negar el rigor del pensar, de instaurar en su lugar la arbitrariedad de los instintos y sentimientos y de este modo proclamar el <<irracionalismo>> como lo verdadero. Pues, en efecto, ¿qué más <<lógico>> que quien habla contra lo lógico este defendiendo lo alógico?” (HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre el humanismo*. Trad. Helena Cortés e Arturo Leyte. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p. 63).

¹¹⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 220.

¹²⁰ “... a ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não podem dar azo a que este possa atribuir sentidos arbitrários. Afinal, como bem diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixa que o texto te diga algo! Ou seja, o intérprete não pode, por exemplo, atribuir sentidos despistadores da função social da propriedade, do direito dos trabalhadores à participação nos lucros da empresa etc. A força normativa da Constituição começa a partir da concepção que se tem acerca do seu texto (que ex-surgirá sempre como uma norma, mas que não será uma norma qualquer, ao ‘gosto’ do intérprete!).” (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas*. In: *Jurisdição e direitos fundamentais*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 109).

Um dos aspectos de grande relevância para a *hermenêutica filosófica*, como já se mencionou, foi o desenvolvimento da idéia de *pré-compreensão* que se difundiu na filosofia contemporânea. Tal *conceito* diz com a preocupação do estudo da estrutura prévia da compreensão, possuindo o mérito de lograr perceber que a compreensão não ocorre senão mediante uma pré-compreensão. Neste sentido, a forma pela qual o homem, ser finito, e que se compõe e forma-se por meio de uma acumulação de experiências, a partir daquilo que ele é, passa a ser com a nova experiência que é agregada ao seu ser, produzindo um novo sentido ao ente que lhe é apresentado.¹²¹

Um texto, como exemplo de ente, passa a *ser-com* o indivíduo a que ele é, submetido a partir das experiências desse leitor, as quais produzirão um novo ser, do texto, além ou aquém daquilo que o escritor, com seu ser-no-mundo, desejou transmitir.

GADAMER, entretanto, possui uma preocupação adicional, a qual é percebida em sua busca pelas conseqüências para a hermenêutica das ciências dos espíritos, ensejadas em função da estrutura circular heideggeriana da compreensão a partir da temporalidade do *Dasein*. Para esse filósofo, portanto, quando o discurso heideggeriano informa que se deve buscar, com o círculo hermenêutico, a possibilidade de um conhecimento mais originário, ele entende que a pré-compreensão¹²² une-se à tarefa da interpretação que deve ser a de evitar que a pré-compreensão seja imposta por intuições e noções populares, de modo que sua tarefa deve ser *assegurar o tema científico*.¹²³

Enfim, GADAMER preocupa-se em esclarecer que a importância da reflexão heideggeriana não está na descrição do círculo enquanto forma de realização da própria interpretação compreensiva, mas sim elevar a força do sentido ontológico positivo que possui este círculo. É necessário que se afastem falácias, ou melhor, conscientizem-se os que trabalham com ciências não exatas, de que aquilo que é expresso por outrem não consiste puramente em uma opinião externa, mas sim conta com uma enorme carga de opinião própria por nós partilhada. Não se trata, portanto, de se tentar neutralizar as opiniões prévias, mas sim de correlacioná-las com a do texto que se deve deixar vir à fala (*deixar-se determinar assim pela própria coisa*), sob a atenção permanente quanto

¹²¹ Esta questão está imbricada com a idéia de círculo hermenêutico, consoante abordagem anteriormente realizada.

¹²² "... a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia (*Vorhab, Vorsicht, Vorbgriff*) ..." (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 270/355).

¹²³ Op. cit., p. 271/355.

à *arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis*¹²⁴, percebendo neste ato um conjunto de opiniões que devem convergir para um sentido mais autêntico.

A tarefa da hermenêutica, considerando a consciência da existência de uma infinidade de possibilidades, é justamente pautar a busca do sentido pela coisa mesma, adequando as opiniões próprias, opiniões prévias e as trazidas por terceiros (texto, por exemplo). Trata-se de um projeto prévio de sentido, que é antecipado, e que, a partir dos novos projetos, formarão um sentido único, residindo na tarefa constante do *reprojetar* o movimento circular descrito por Heidegger.¹²⁵

O que releva, portanto, é dar-se conta de que não existe, em termos humanos, a possibilidade de uma neutralidade em relação ao texto, por mais que se defenda a atenção do intérprete quanto a tendências arbitrárias e que se defenda também que se esteja constantemente aberto e receptivo para a alteridade do texto (*reprojetar*).

Assim, GADAMER identifica em *Ser e tempo*, justamente os propósitos hermenêuticos consonantes com essa forma de percepção:

“*Ser e tempo* concretiza a proposição universal que ele converte em problema hermenêutico, na questão do ser. Para explicitar a situação hermenêutica da questão do ser, seguindo a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia, Heidegger examina criticamente a questão que ele põe à metafísica, detendo-se em momentos essenciais e decisivos da história da metafísica. No fundo, com isso não faz senão o que requer a consciência histórico-hermenêutica em qualquer caso. Uma compreensão guiada por uma consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas. É isso o que Heidegger quer dizer quando exige que se ‘assegure’ o tema científico na elaboração de posição prévia, visão prévia e concepção prévia, a partir das coisas, elas mesmas.”¹²⁶

Outro elemento de grande relevância no pensamento gadameriano trata de sua reflexão acerca do caráter preconceituoso de toda a compreensão. É evidente que essa questão está imbricada com a da circularidade, mas a partir dela é que o filósofo põe em evidência a importante reflexão acerca da tradição, cuja riqueza é imensa para o despertar do Direito contemporâneo.

¹²⁴ Op. cit., p. 271/355.

¹²⁵ Esta reflexão já denota a inadequação das críticas relativistas, visto que a partir dessa estrutura de reflexão fica claro que não se pode *dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*, apenas porque os sentidos são infundáveis.

¹²⁶ Op. cit., p. 274/359.

A relevância da tradição diz com o esclarecimento de que o preconceito não deve ser visto pejorativamente¹²⁷, ao contrário, ele deve ser tido por um aliado, em todas as suas modalidades¹²⁸, desde que o intérprete seja consciente a ponto de identificar sua presença, seja de forma negativa (excluindo o sentido) ou positiva (partilhando o sentido).¹²⁹

Agreguemos a essas ponderações o fato de que as origens do Direito sempre estiveram interligadas com a questão do poder¹³⁰, e de que, em termos de poder, seria difícil, se não impossível, o afastamento da necessidade de abordarmos aspectos que envolvam a compreensão humana (como ela se dá) e, conseqüentemente, a tradição.

Atento a essas contingências do ser do homem, o pensamento gadameriano enriquece a reflexão ontológica ao destacar a questão da *autoridade*. Com efeito, o filósofo defende que a autoridade - que é uma forma de manifestação da tradição - até então anônima para nosso ser histórico e finito, juntamente com a herança histórica, deva ser acolhida como presente na compreensão humana, ainda que não se possuam fundamentos evidentes (racionalistas) para tanto.

Essa referência é importante em virtude de que, como afirmado anteriormente, está consagrado em termos de conhecimento humano racionalista o *preconceito contra os preconceitos*.¹³¹ E a autoridade passou a ser encarada como a oposição em relação à razão, até como

¹²⁷ Temos o hábito de utilizar a palavra “preconceito” como sinônimo de *falso juízo*, quando Gadamer esclarece que tal conceito pode ser valorado positiva ou negativamente: “*Existem préjugés legítimos. (...) O termo alemão... assim como o termo francês... parece ter sido restringido, pela Aufklärung e sua crítica religiosa, ao significado de ‘juízo não fundamentado’. É só a fundamentação, a garantia do método (e não o encontro com a coisa como tal), que confere ao juízo sua dignidade. (...) um juízo ‘sem fundamento’. Essa é uma conclusão típica do espírito do racionalismo. Sobre ele funda-se o descrédito dos preconceitos em geral e a pretensão do conhecimento científico de exclud-los totalmente.*” em Verdade e Método I, p. 275/360.

¹²⁸ Não se possui o objetivo, apesar de extremamente instigador, de aprofundar o estudo do preconceito, trazendo outras formulações (de autoridade, de precipitação...) mais detalhadas deste *conceito*, razão pela qual se faz este registro, indicando a obra referida na nota anterior para fins de buscas certamente mais eficientes.

¹²⁹ Essa reflexão, por sua notória oposição, em termos de postura filosófica, apresenta-se como uma afronta ao legado do racionalismo. Afirma-se isso para lembrar que o compromisso filosófico em que estamos inseridos preceitua que não se deve aceitar nada sobre o que se parem dúvidas. Este ritmo, aliás, é o imprimido à ciência moderna, a qual somente é respeitada, e qualificada enquanto ciência, na hipótese de adotar métodos formais e rígidos.

¹³⁰ “Os primórdios dos ordenamentos jurídicos europeus encontram-se nas formas básicas de vida das sociedades romano-germânicas da alta Idade Média e nos três grandes poderes ordenadores que a antiguidade tardia tinha deixado... (...) Para os jovens povos, o direito não era, originariamente, senão a própria tradição das formas básicas da vida; que pudesse ser também uma criação do poder do Estado e uma tradição cultural... (...) ... nos primeiros tempos, o que se destacou foi sobretudo o da eficácia do direito como técnica do exercício do poder. Era no direito imperial que estavam baseadas a constituição, a administração e organização financeira e a economia da monarquia bizantina, ...” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004, pp. 15/16).

¹³¹ GADAMER, op. cit., p. 275/360.

resposta à *ditadura* da tradição do mítico¹³² (v.g. a autoridade da Sagrada Escritura) que antecedeu os avanços propalados pela modernidade.¹³³

O filósofo de *Verdade e método*, entretanto, constata que a identificação do *preconceito verdadeiro* não é possível em termos absolutos (tradição da Sagrada Escritura), nem tampouco a razão é a resposta correta para o alcance dos *preconceitos verdadeiros*, aliás, tal proposta revela-se de certo modo ambígua, visto que atribuir à razão a responsabilidade pela correção de um argumento significa apenas *mudar de mãos* a fonte da autoridade, que seguirá com a mesma busca, só que agora elegendo outro oráculo, pois que, ao invés da interpretação dogmática da religião, passa-se a se valer do raciocínio dedutivista/empirista dos homens das ciências.

Com efeito, impende registrar que não significa que GADAMER esteja com isso refutando a razão, como alega criticamente quem identifica a hermenêutica com o arbítrio, até porque ele entende que *os preconceitos verdadeiros têm que ser justificados, em última análise, pelo conhecimento racional, embora essa tarefa jamais possa ser plenamente realizada.*¹³⁴

Toda essa reflexão, outrossim, conduz ao enfrentamento da questão da autoridade, que, como visto, é de vital importância para o âmbito do estudo jurídico e não pode ser subestimada em sua capacidade de influenciar a compreensão, tanto que ela é identificada em questões atinentes à educação e aos costumes - ambos salientados a título de exemplo - os quais, em virtude da espontaneidade de sua manifestação, não nos abandonam ainda que alcancemos um estágio de vida com alto grau de maturidade e independência, a ponto de nos considerarmos libertos de todas as influências exteriores a que fomos expostos.

¹³² A fuga do mítico conduziu a um caminho inverso, porém, similar: “É a antiga polêmica entre poetas e filósofos, que entra agora no seu estágio moderno de fé na ciência.” (GADAMER, *Verdade e método*, op. cit., p. 279/365).

¹³³ “... a tendência geral da *Aufklärung* é não deixar valer autoridade alguma e decidir tudo diante do tribunal da razão. (...) A fonte última de toda autoridade já não é a tradição mas a razão. O que está escrito não precisa ser verdade. Nós podemos sabê-lo melhor. Essa é a máxima geral com a qual a *Aufklärung* moderna enfrenta a tradição, e em virtude da qual acaba ela mesma convertendo-se em investigação histórica. (GADAMER, op. cit., p. 277/363). Essa postura encontra motivação em semelhante constatação, em termos de pensamento medieval, por parte da doutrina que identifica o *princípio de autoridade*, voltado à *interpretação* do *corpus iuris civilis* e do *corpus iuris canonici*, tidos como “textos de autoridade” (CASTANHEIRA NEVES. *Metodologia jurídica*, op. cit., p. 86), o que de alguma forma explica a mudança de pensamento como sendo a resposta trazida pela *Aufklärung* ao movimento que a precedeu.

¹³⁴ GADAMER, op. cit., p. 277/363. O reconhecimento dessa limitação é um passo muito importante e deverá ser considerado em todo pensamento hermenêutico.

Ao lado da razão¹³⁵, estas questões influenciam instituições e comportamentos humanos, possuindo validade a par de não contarem com a fundamentação exigida pelo método cartesiano.¹³⁶

Até mesmo a ciência da natureza em dadas circunstâncias já demonstraram estar operando sob a influência da tradição, como quando optam por caminhos de investigação, apesar de reputar estar protegida pelo método que lhe garantiria obter as respostas trazidas pela coisa em si mesma.¹³⁷

De fato, GADAMER admite que a tradição traz em si uma idéia de conservação, razão pela qual possui a característica de não trazer os holofotes sobre ela. Entretanto, ele percebe que tal peculiaridade induz à equívoca análise de que a liberdade de idéias e a razão estariam exclusivamente na inovação revolucionária e na apresentação de novas propostas, quando, em realidade, mesmo nos momentos históricos de maior transformação, a tradição está presente tanto quanto a inovação, atuando, portanto, nas mudanças históricas em igualdade de importância, só que contando com a peculiaridade de que atua sem ser percebida.¹³⁸

Essa é a complexidade da tradição que a *hermenêutica filosófica* pretende trazer à luz, de forma a colaborar com o entendimento de como se dá a compreensão e, portanto, viabilizando o desenvolvimento efetivo das ciências sociais, como o é o Direito.

O relevo dado a tal questão diz com a necessidade de sua assimilação, pois todos estamos inseridos na tradição, de forma tal que não é possível identificá-la objetivamente, já que ela não é algo estranho ou externo, mas ao contrário, ela compõe a nós mesmos, formando a nossa própria existência, enquanto ser-no-mundo, impondo-se sua coexistência com o conhecimento histórico, a qual se dá em uma conjugação de ações que vise a superar a antiga idéia de hermenêutica histórica voltada para o conhecimento da história.¹³⁹ Esta façanha seria realizada mediante a utilização apenas de métodos interpretativos similares aos das ciências naturais, métodos estes que teriam o

¹³⁵ Note-se que não se renuncia à razão, ainda que se esteja promovendo um convite ao abando do caminho *certo, seguro e uniforme* propalado como ideal pelo racionalismo atualmente robustecido pela cultura cientificista.

¹³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 285/372.

¹³⁷ THOMAS KUHN parece ter trazido à luz tal complexidade em sua obra *A Estrutura das Revoluções científicas*. 6ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

¹³⁸ "... a conservação representa uma conduta tão livre como a destruição e a inovação." (GADAMER, op. cit., p. 286/374).

¹³⁹ "... não é a história que nos pertence mas somos nós que pertencemos a ela." (GADAMER, op. cit., p. 281/367 e 368).

condão de *teletransportar* o intérprete para a situação histórica por ela enfocada, supondo uma capacidade de propiciar o entendimento exato que a constituiu.¹⁴⁰

Enfim, os obstáculos mencionados conduzem o pensamento gadameriano a identificar a compreensão menos como uma ação subjetiva, e mais como um retroceder *que penetra num acontecimento da tradição*.¹⁴¹

Tais reflexões reforçam o combate da hermenêutica no sentido de afastar o conhecimento humano do caminho trilhado pela metodização, cuja investigação é baseada no que já é dado pelo “objeto em si”.¹⁴² Dito combate é feito tanto por meio dos argumentos acima realçados, quanto pelo enriquecimento propiciado com a proposta de reidentificação do *conceito* de autoridade¹⁴³ e do seu papel não arbitrário e, de certo modo, democrático quando racionalmente considerado.¹⁴⁴ Afirma-se isto em função do desenvolvimento da idéia gadameriana de que, ao lado da razão, a tradição também *conserva algum direito e determina amplamente as nossas instituições e comportamentos*,¹⁴⁵ enfim, propondo a abolição da oposição abstracionista entre tradição e ciência histórica, reconhecendo no comportamento histórico o momento da tradição para fins de que se indague pela produtividade hermenêutica da tradição.¹⁴⁶

¹⁴⁰ “A mera compreensão das tradições de sentido, isto é, das tradições, dentro das quais nos encontramos, não representa tanto um campo de objetos para a dominação científica objetiva, quanto uma mediação de nós mesmos com nossas possibilidades reais transmitidas, com o que pode ser, com o que pode suceder-nos e com o que pode ser de nós.” (GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 101).

¹⁴¹ Idem, *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 295/385.

¹⁴² O homem apenas teria que captar adequadamente a fórmula que o compõe por meio de uma investigação rígida e, por isso, cientificamente respeitável: por conta disso a dogmática jurídica todo o estudo dos bancos acadêmicos tratando da “natureza do direito”, natureza jurídica deste ou daquele instituto, etc.

¹⁴³ O preconceito à autoridade por parte da ciência moderna: “... levou também a uma grave deformação do próprio conceito de razão e liberdade, o conceito de autoridade acabou sendo referido ao oposto de razão e liberdade, a saber, ao conceito de obediência cega.” (GADAMER, op. cit., p. 284/371).

¹⁴⁴ “... a essência da autoridade ... é ... ato de reconhecimento e de conhecimento: reconhece-se que o outro está acima de nós em juízo e visão e que, por conseqüência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao nosso próprio juízo. (...) ... repousa sobre o reconhecimento e, portanto, sobre uma ação da própria razão que, tornando-se consciente de seus próprios limites, atribui ao outro uma visão mais acertada.” Esses esclarecimentos são imprescindíveis em função da pecha de arbitrariedade que recai sobre a hermenêutica mormente em função de Heidegger ter sido filiado ao partido nazista, críticas estas que ignoram seus desentendimentos com o partido bem como seu ser-no-mundo enquanto homem (SAFRANSKI, Rüdiger, *Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. São Paulo: Geração Editorial, 2000), o que Gadamer fulmina com a riqueza de suas reflexões acerca do preconceito da autoridade ao argumentar que: “A fatídica frase: ‘o partido (ou o ‘Führer’) sempre tem razão’ não é falsa pelo fato de exigir a supremacia da lideranças, mas porque propicia que a liderança se sinta protegida por poder de decisão contra toda e qualquer crítica que possa ser verdadeira. A genuína autoridade não precisa comportar-se autoritariamente.” (GADAMER, op. cit., p. 285/371).

¹⁴⁵ GADAMER, op. cit., p. 285/372.

¹⁴⁶ GADAMER, op. cit. p. 287/375.

Essas observações serão fundamentais para a abordagem que se pretende entabular acerca da prestação jurisdicional em sede de controle de constitucionalidade, eis que em determinadas hipóteses perceber-se-á a manutenção da autoridade, em seu conceito moderno, protegida por um suposto cientificismo que lhe empresta respeitabilidade, à revelia da preocupação histórico-contextualizadora, e dissociada da busca constante que se deve fazer em prol do alcance do Estado Democrático de Direito.¹⁴⁷

Na realidade brasileira, é possível identificar em STRECK a figura de um operador do direito que batalha pela interpretação (aplicação) hermenêutica – com a perspectiva filosófica - logrando êxito concreto na demonstração de suas vantagens para a identificação e realização dos direitos em conjugação com os anseios sociais e tradições autênticas. De modo que o Direito (usualmente “teórico”) fica fortalecido pela visão hermenêutica¹⁴⁸ para o enfrentamento dos embates vivenciados na realidade contemporânea.¹⁴⁹

Claro está que, para quem não optar pelo *salto paradigmático* e seguir em busca de respostas ônticas para questionamentos ontológicos, todas essas reflexões poderão não representar mais do que um jogo de palavras abstratamente conjugadas *sem serventia prática e concreta*. Nesta hipótese, lança-se mão de GADAMER para esclarecer que a tarefa hermenêutica não possui correlação com o desenvolvimento de um procedimento compreensivo, muito pelo contrário, ela tem por escopo o esclarecimento das condições em que a compreensão surge, o modo em que ela se dá.¹⁵⁰

¹⁴⁷ “Desta forma, a tradição deve ser vista essencialmente como sendo conservação, e como tal nunca deixa de estar presente nas trocas históricas. Para Gadamer, a conservação é um ato de razão, ainda que caracterizado pelo fato de não atrair a atenção sobre si. A tradição e a razão devem estar em sintonia... É nesta perspectiva que Gadamer propõe a razão crítica como sendo o filtro capaz de separar pré-juízos válidos de pré-juízos falsos. Por isso, é possível dizer que os pré-juízos considerados como inautênticos se aproximam daquilo que aqui denominamos de sentido comum teórico dos juristas (*habitus*), pois ambos existem pela autoridade e ambos nos levam a mal-entendidos, isto é, interpretações descontextualizadas do sentido da história, desbordantes do Estado Democrático de Direito e de tudo o que este represente no processo histórico (tradição).” (STRECK, *Jurisição*, op. cit. p. 310).

¹⁴⁸ Para fins de esclarecimento e cautela em relação às críticas usuais manejadas contra a hermenêutica, pondera-se que a compreensão possui como condição de possibilidade que sejamos versados na coisa em questão, significando isto que é necessário que se possua uma pré-compreensão acerca do que se está pretendendo opinar. (GADAMER, op. cit. p. 299/390).

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹⁵⁰ O filósofo parece estar com a razão, principalmente se for aceito o fato de que o intérprete não possui condições de reconhecer por si só a distinção antecipada dos preconceitos produtivos daqueles que obstaculizam a compreensão. Por esse motivo é tão relevante sabermos o modo como a compreensão se dá, visto que é necessária a superação da hermenêutica romântica que encarava a compreensão como uma mera reprodução de uma produção originária. (GADAMER, op. cit., p. 301/391).

Outro destaque dado pelo pensamento hermenêutico, e que impende registro para sua melhor compreensão, diz com a necessária tensão existente entre a familiaridade com a coisa e a estranheza, ou seja, a compreensão se dá na tensão entre a necessária distância histórica objetiva e a familiaridade inerente ao pertencer a uma tradição. Valendo-se de Aristóteles, seria neste *justo meio* que a hermenêutica se dá.

Daí a questão da temporalidade¹⁵¹ revelar-se tão importante no âmbito da hermenêutica filosófica. Com efeito, é impositivo registrar que essa distância referida nada se correlaciona com aquela objetificação proposta pela visão histórica, no sentido de que apenas após findado um ciclo de modo definitivo é que seria possível implementarmos uma visão correta acerca do ocorrido, já que o envolvimento e a proximidade prejudicam uma melhor avaliação das circunstâncias realmente relevantes.

Nesse aspecto é que o círculo hermenêutico, que não é círculo vicioso,¹⁵² apresenta-se como uma nova proposta de entendimento de como se dá a compreensão, já que com ele a compreensão é um constante processo, no interior do qual, agregando-se a tradição do indivíduo, constitui-se um eterno desvelamento e velamento, que não permite a conclusão pelo direcionamento para uma única percepção baseada exclusivamente na distância temporal. A tradição de quem fará a nova compreensão sempre contribuirá para uma nova agregação, de forma a não encerrá-la definitivamente, definindo-a como um constante *reprojetar* enriquecedor da compreensão.

Percebe-se, com isso, um passo relevante do conhecimento humano em direção à superação da visão meramente histórica, pois dessa maneira fica claro que a hermenêutica não é uma reprodução de uma produção original. A compreensão, seu modo de ser, é produtiva, consagrando-se o fato de que o sentido de um texto sempre irá superar seu autor.¹⁵³

Nesse aspecto, impõe-se questionar de que maneira a hermenêutica propõe apresentar seu auxílio, se a distância, é fato, possui desvantagens para quem busca compreender, bem como existem aspectos positivos nela, já que é difícilimo fazer com que os preconceitos sejam

¹⁵¹ “Isto é o que todos nós deveríamos ter aprendido através do poderoso esforço conceitual de Heidegger no sentido de pensar o ser como o tempo e de opor a hermenêutica da factibilidade ao idealismo. A mera compreensão das tradições de sentido, isto é, das tradições, dentro das quais nos encontramos não representa tanto um campo de objetos para a dominação científica objetiva, quanto uma mediação de nós mesmos com nossas possibilidades reais transmitidas, com o que pode ser, com o suceder-nos e com o que pode ser de nós.” (GADAMER, *A razão*, op. cit., p. 101).

¹⁵² HEIDEGGER, *Ser e tempo*, op. cit., p. 33.

¹⁵³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 301/392.

identificados na proximidade com a coisa? Por mais paradoxal que pareça, a resposta está implícita na própria *pergunta*, pois somente a hermenêutica, com todas as implicações dela advindas, possui o condão de manter abertas as possibilidades, que emergem exatamente desse movimento entre proximidade e distância; tradição e inovação; produção e reprodução; história individual e história coletiva.

Para que efetivamente alcancemos um pensamento histórico, de forma honesta, a hermenêutica gadameriana propõe um dar-se conta de que a historicidade desse próprio pensar deve ser agregada ao mesmo.

A isso GADAMER denomina de história efetual, ou seja, é o respeito pelos efeitos dos fenômenos na historicidade do pensamento que busca o pensamento histórico. O pensador está sempre envolto em uma história efetual quando tenta alcançar uma consciência histórica, de forma que *nos guiamos pelo padrão da compreensibilidade, o outro se mostra a partir do próprio, e isso de tal modo que já não se distingue o que é próprio e o que é o outro.*¹⁵⁴

É importante que se perceba a complexidade e sofisticação dessa proposta de pensamento da hermenêutica filosófica, pois ela está justamente buscando o conhecimento humano científico a partir da estrutura da compreensão humana, e não mais a partir de uma equiparação com os métodos inerentes aos respeitáveis conhecimentos advindos das ciências naturais.

A compreensão humana, nessa linha de pensamento, é vista e respeitada como ela realmente se dá, ou seja, com todas as suas contradições, complexidades e limitações. Finalmente a compreensão é apresentada como um processo constante e infindável, de modo que a história efetual propicia que o sujeito alcance entendimentos históricos não mais sob a ótica do certo ou do errado, mas sim percebendo que, dentro da sua própria tradição, conscientemente ele procurará afastar os preconceitos inautênticos – por meio do questionamento – sabendo que esse novo entendimento é o resultado de um projeto desde sempre em constituição, ou seja, de seu ser e da historicidade que se revelou na coisa segundo as tradições a ele inerentes.

Não há uma distinção entre o que pensa o autor do texto e o que pensa o intérprete, mas sim uma troca de elementos que compõe a compreensão de ambos e que são percebidos nesta conjugação de entendimentos com o mundo passado e atual (história efetual) sem fechamento para

¹⁵⁴ GADAMER, op. cit., p. 306/397.

o futuro (consciência do projeto em andamento). O que nos conduzirá ao horror, para quem não admitir a necessidade de superação do paradigma racionalista, de que ninguém jamais alcançará uma elucidação completa.¹⁵⁵

Assim, a hermenêutica filosófica irá defender uma permanente atenção aos horizontes¹⁵⁶ de sentidos que fazem parte do ser do homem. Sempre sob o alerta gadameriano para a possibilidade de erro quanto ao fato de que, embora haja a utilização desse artifício de destaques entre horizontes históricos e horizonte presente, releva perceber que o destaque, para fins de um pensamento hermenêutico, traz em si uma relação de reciprocidade. Sendo assim, o que subsiste é um único horizonte, a partir de uma simultaneidade do que é visível, a fim de que os preconceitos restem descobertos, propiciando com isto uma autêntica compreensão. A propósito disso, em *Verdade e método*, GADAMER leciona que *compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos*.¹⁵⁷ Com isso, supera-se a idéia objetivista de que no horizonte presente está um conjunto de valores e opiniões que restam devidamente destacados da alteridade do passado.¹⁵⁸

Aliás, nesse passo, já que se está destacando a superação de compartimentalizações, é relevante elucidar que, a par da categorização tradicional da hermenêutica (teológica, jurídica etc.), em termos fenomenológicos, compreende-se hermenêutica como sendo única ou total¹⁵⁹, pois ela é o modo de ser humano, ou seja, é uma *disciplina*, explicitando como a compreensão se dá, ao invés de como ela deveria ser.

A conscientização da história efetual é que viabiliza, sobremaneira, o alcance da compreensão sob o enfoque hermenêutico. Tem-se que a compreensão é uma forma de efeito, ao invés da busca que se exacerbou na modernidade, visando ao universal, ou seja, o entendimento de

¹⁵⁵ “Essa impossibilidade porém não é defeito da reflexão, mas faz parte da própria essência do ser histórico que somos. *Ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se.*” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 309/401.

¹⁵⁶ Horizonte para GADAMER é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto. Ele registra ainda que aplicando esse conceito à consciência pensante, falar-se-á da estreiteza do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc. (GADAMER, *Verdade e método*, op. cit., p. 307/399).

¹⁵⁷ Op. cit., p. 311/404.

¹⁵⁸ A idéia de compartimentalização é uma tendência da tradição metafísica e se ambienta naturalmente com suas intecções idealistas (ilusões de ideal, de perfeição).

¹⁵⁹ “O modelo da hermenêutica jurídica mostrou-se, pois, efetivamente fecundo. (...) o que faz o jurista é exatamente aquilo que ocorre em qualquer tipo de compreensão. A velha unidade das disciplinas hermenêuticas recupera seu direito se se reconhece a consciência da história efetual em toda prática hermenêutica...”. (GADAMER, *Verdade e método*, op. cit., p.346/446).

que o conhecimento seria algo que se obtém com a evolução, um produto que abrangeria a totalidade das possibilidades. E, ainda, que esse conhecimento seria aplicado, posteriormente, ao caso concreto (do abstrato ao concreto, do geral ao individual). Toda esta ilusão, a partir da hermenêutica, é percebida e, com isto, a necessidade de inverter tal perspectiva torna-se imperativa, passando-se a considerar que o que há é uma compreensão anterior do universo que um texto pode fornecer.

Não se trata, portanto, de querer se impor um método melhor ou mais perfeito que os desenvolvidos por expressivos filósofos e gênios da humanidade, trata-se de algo muito menos extravagante e, entretanto, extremamente complexo, pois se trata de tentar assimilar/assumir nossas limitações humanas e, trabalhando com/apesar (d)elas, passar a entender que a finitude nos impede de lograr êxito total seja lá qual for o método que venha a ser concebido para lidar com as particulares humanas. As *ciências do espírito* são assim, e, nem por isso, são inferiores às ciências da natureza, por mais eficientes que os resultados destas últimas possam parecer.

Nada obstante, para que se passe a respeitar e trabalhar com a hermenêutica, há de se focar mais detidamente a questão da consciência efetual, não bastando a mera referência de que a compreensão é uma forma de efeito, pois trata-se, em realidade, de um reconhecimento de si mesmo no ser-do-outro. É como se o espírito percebesse que o seu ser não é se não com o outro, que lhe é, na verdade, próprio, adotando uma postura de reconciliação, que se traduza em uma experiência da realidade, a qual *experimenta a realidade e é ela própria real*.¹⁶⁰ Aliás, para GADAMER, a consciência da história efetual possui a estrutura da experiência.

Relevante ponderar, entretanto, que, para fins hermenêuticos, a experiência não é aquela popularizada pela ciência, no sentido de que, se repetindo os procedimentos, chega-se a um mesmo resultado. Assim, experiência hermenêutica é aquela na qual o homem abandona as ilusões de que tudo é reversível e de que a história retorna, para tomar consciência de sua finitude, esta sim, consistente de que os planejamentos humanos possuem limites e são finitos, consistindo, portanto, a experiência hermenêutica na experiência da própria historicidade humana.

Com efeito, essa perspectiva de experiência possui relação com a tradição, não aquela que o conhecimento tradicional visa a dominar, mas sim aquela que se dá pela linguagem, passando a ser tratada com um interlocutor a que todos estamos vinculados.

Com isso, a pretensão da consciência efetual é a superação dos critérios usualmente utilizados pela crítica histórica – comparação e equiparação. GADAMER leciona que a tradição deve ser convertida em experiência, ficando aberta à pretensão de verdade. Desta lição surge relevante distinção entre a crítica histórica e a consciência hermenêutica, vez que esta última abandona a crença na certeza metodológica de si própria, para apostar na experiência que distingue o homem experimentado daquele que está preso aos dogmas.¹⁶¹

A hermenêutica, como é perceptível, não acredita em nenhuma forma de caminho metodológico que conduza a idéias que fornecerão soluções, daí porque o cerne de sua postura encontra-se na *pergunta*. Não naquela pergunta cuja resposta já se sabe de antemão, mas sim na legítima formulação da pergunta, que constitui uma constante abertura de horizontes, ou seja, enxerga na dialética a autenticidade de uma conversação.¹⁶²

Se, na pergunta, vislumbramos um aspecto construtivo em prol da visão hermenêutica, não há mais como não referirmos a imprescindibilidade da linguagem como base de todo esse pensamento, tal como já lançávamos mão no início desse capítulo. Em realidade, a hermenêutica aponta para o fato de que há que se atentar para o fato de que o homem é linguagem, de forma que uma conversação não é mais vista como mera troca de pontos de vista, mas sim uma conversão do que é comum, de modo que já não se é mais o que se era a partir do reprojeter da conversa.

Uma vez tendo assinalado a relevância da linguagem para o pensamento hermenêutico, impõe-se o esclarecimento imediato acerca da célebre distinção entre compreensão e interpretação. E o fazemos de forma bastante direta: não há essa distinção, a compreensão e a interpretação são a mesma coisa. Se a linguagem é o meio universal de realização da compreensão, esta somente se dá com a interpretação, o que demonstra estarem ambas imbricadas de forma inseparável.

Toda compreensão se dá no interpretar, assim como toda interpretação só se dá na linguagem, a qual deixa vir à fala o objeto, ao mesmo tempo que é linguagem do intérprete. Como se vê, não existe dominação, o que existe é o ser-no-mundo, relacionando-se reciprocamente com as coisas:

¹⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 352/453.

¹⁶¹ GADAMER, op. cit., p. 367/472.

¹⁶² “*Compreender a questionabilidade de algo já é sempre perguntar*. Para perguntar não pode haver um comportamento potencial, servindo apenas como teste comprobatório, isso porque perguntar não é pôr mas experimentar possibilidades. (...) Compreender uma pergunta significa colocar essa pergunta. Compreender uma opinião significa compreendê-la como resposta a uma pergunta.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 381/489.

“... o fenômeno hermenêutico se apresenta como um caso especial da relação geral entre pensar e falar, cuja enigmática intimidade faz com que a linguagem se oculte no pensamento. Assim como a conversação, a interpretação é um circuito fechado pela dialética de pergunta e resposta. É uma verdadeira relação vital histórica que se realiza no *medium* da linguagem e que, mesmo no caso da interpretação de textos, podemos chamar de ‘conversação’. O caráter de linguagem da compreensão é a *concreção* da consciência da história efetual.

“A relação essencial entre o caráter de linguagem e a compreensão se mostra de imediato no fato de que é essencial para a tradição existir no *medium* da linguagem, de tal modo que o objeto primordial da interpretação possui a natureza própria da linguagem.”¹⁶³

Então podemos dizer que existem inúmeras interpretações possíveis a depender de cada situação hermenêutica, o que não significa, de forma alguma, que o texto deixe de ser o mesmo e que não existam interpretações *inautênticas*. O que se defende é que não existe uma interpretação correta “em si”, de modo a entificar o ser, ou seja, o ente – texto – não muda, mas o ser do ente – o sentido, no caso, a interpretação – naturalmente poderá e deverá alterar com a mudança de tradição a ser trazida por cada intérprete, ou mesmo se tratando do mesmo intérprete, com a mudança de sua tradição e identificação de preconceitos, que naturalmente ocorre com o passar do tempo.

Essa é uma importante diferença da consciência histórica e, portanto, da hermenêutica clássica, pois esta metodologiza seu agir confiando que a interpretação histórica se dá em compreender uma época segundo os conceitos daquela época, excluindo, por consequência, as influências do presente. Para a hermenêutica, isto representa um grande equívoco, haja vista que não existe essa possibilidade de extirpar-se os preconceitos trazidos pela tradição em que o homem se encontra envolto. A *hermenêutica filosófica*, pelo contrário, reputa estar a riqueza de sua constatação justamente no fato de alertar o intérprete de como se dá a compreensão, no sentido da necessidade de atentá-lo para a percepção da existência inafastável dos preconceitos inerentes à tradição.

Assim, a interpretação se dará de forma mais autêntica ao ser realizada, conscientemente, em conjunto com a tradição presente e passada, como numa ação agregadora, de modo a se viabilizar um novo sentido apropriado para a situação hermenêutica sob enfoque, o que vem a demonstrar a relevância da consciência histórica efetual como reflexão superadora da antiga consciência histórica.

¹⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 392/504.

Daí, também, o porquê da relevância outorgada pela hermenêutica à questão da *applicatio*, a qual consiste justamente em perceber que a compreensão de um texto não se dá se não pela aplicação do texto ao próprio intérprete. O sentido só é autêntico no e com o intérprete, e não apesar do intérprete, como o método prometia possibilitar, de modo que interpretar é constituir, revelando um componente da aplicação que refuta a suposta postura passiva de um intérprete, que teria a capacidade de alcançar o significado, unívoco, do texto.¹⁶⁴

Com relação aos ataques usualmente dirigidos à hermenêutica por conta dessa admissão da possibilidade de abertura de sentidos, há de se esclarecer que a pretensão de verdade não está sendo relegada, ao revés, não se considera possível um segundo sentido, desde que se perceba que a interpretação possui um caráter de linguagem, o qual não admite outro sentido além do que foi compreendido.

Note-se como essas reflexões são imprescindíveis para o Direito, o qual tem que conviver atualmente com paradoxos que o impedem de se desenvolver concretamente, vez que segue sistematizado para o encontro de uma verdade única,¹⁶⁵ enquanto que o homem, consciente de sua finitude, constata que o que existe são possibilidades de interpretações, segundo as tradições inerentes à situação hermenêutica, as quais inevitavelmente serão superadas com o passar do tempo.

O que se pretende argumentar, a partir dessa matriz teórica, usualmente tratada de forma superficial, não possui nenhuma relação com o lugar comum já ocupado com a crítica à modernidade atualmente alusória à busca de efetividade.

Sem dúvidas a busca da efetividade e da concretização dos direitos é um bem a ser alcançado dentro do pensamento hermenêutico, mas a estrutura até então apresentada deve ser percebida como diversa das críticas comuns e abstratas, que tanto povoam as mentes dos juristas inseridos no paradigma moderno.¹⁶⁶ Aliás, de cunho muito similar ao da bela fala da busca pela justiça, tão veemente e já existente no velho jusnaturalismo, e que fora de há muito fulminado por críticas bem fundamentadas pelo positivismo kelseniano.¹⁶⁷

¹⁶⁴ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002, pp. 39 e ss.

¹⁶⁵ O sistema recursal é um forte exemplo disso, pois confia que uma decisão superior virá corrigir o erro da anterior, como se a verdade existisse e estivesse mais próxima de uma Corte superior do que de um juiz de primeiro grau que conviveu com o problema das partes.

¹⁶⁶ A afirmação possui em consideração as críticas que já estão ocupando um lugar comum sob constantes afirmações abstratas sem maiores compromissos teóricos com sentenças de grande efeito, mas sem eficácia real, v.g.: “o direito fundamental ‘X’ deve ser concretizado de modo a promover a justiça”.

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XVIII.

Na realidade, o que se pretende é ver constatada a presença da tradição metafísica clássica na tão admirada ciência moderna, a qual nos sujeita aos efeitos dos preconceitos negativos da referida tradição. Esta ausência de percepção destes preconceitos é que nos esconde a enorme diferença das críticas, ora formulada a partir da ontologia do ser, a uma ontologia do ente que é simplesmente dado.

A hermenêutica visa a superar justamente esse aspecto pernicioso da tradição, lutando para que percebamos que a experiência humana de mundo se dá na linguagem, ou seja, o ente não é algo dado, mas sim algo que vem à fala segundo ele se apresenta ao homem, exurgindo, daí sim, seus significados. Com essas considerações é que se poderá alcançar a compreensão adequada às ciências dos espíritos e não como outrora se buscou fazer tentando-se equipará-las aos métodos racionalistas eficientes para as modernas ciências naturais.¹⁶⁸ Aliás, esse é o objetivo da consciência histórica efetual, totalmente embasada no seu caráter de linguagem, caracterizador da experiência humana de mundo e uma vez que a linguagem não se objetifica, nem o “mundo”, nem a história efetual podem ser objeto da consciência hermenêutica.

Essa visão da linguagem para a hermenêutica é tão diversa das concepções tradicionais instrumentalistas, que ela é vista como um meio onde se dá a união originário entre o eu e o mundo. Para a hermenêutica a linguagem possui uma estrutura especulativa de forma a não contemplar a idéia tradicional de que ela expressaria o que já está dado de forma fixa, o que se traduz na expressão utilizada “vir-à-fala”.

Não se esconde, GADAMER o admite expressamente, que tal proposição, por não adotar um método de manifestação do sujeito, aproxima-se da dialética antiga. Na verdade, para ele esta linguagem dá-se num fazer da própria coisa¹⁶⁹, é o movimento especulativo captado pelo falante.

Ao compreendermos essa idéia do fazer da própria coisa estaremos aptos a constatar uma estrutura ontológica universal, constituindo esta em tudo que se pode compreender: *o ser que pode ser compreendido é linguagem*¹⁷⁰:

¹⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 419/537.

¹⁶⁹ Coisas são “... essas unidades de nossa experiência de mundo que se constituem por apropriação e significação ...”. Em *Verdade e Método I*, p. 460/589.

¹⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 478/612.

“Vir-à-fala não significa adquirir uma segunda existência. O aspecto sob o qual algo se apresenta faz parte de seu próprio ser. Em tudo aquilo que a linguagem é, portanto, está em questão uma unidade especulativa, uma distinção entre ser em si e representar-se, uma distinção que, no entanto, não deve ser distinção.”

“O modo de ser especulativo da linguagem demonstra com isso seu significado ontológico universal. O que vem à fala é, naturalmente, algo diferente da própria palavra falada. Mas a palavra só é palavra em virtude do que nela vem à fala. Só se faz presente em seu próprio ser sensível para subsumir-se no que é dito. Inversamente, também o que vem à fala não é algo dado de antemão e desprovido de fala, mas recebe na palavra sua própria determinação.”¹⁷¹

Ao traçar tais digressões de complexa compreensão, GADAMER passa a ponderar que fôra este movimento especulativo da linguagem que lhe motivou desde o início de suas críticas – seja à consciência estética, seja à consciência histórica - ambas no sentido da insuficiência da interpretação do ente *em si*.¹⁷²

O autor aduz que a par de, no caso da consciência histórica, já haver uma mediação entre passado e presente, houve uma grande evolução do questionamento ao estabelecer a linguagem como meio universal dessa mediação, o que passa a outorgar ares de universalidade à hermenêutica, já que a relação humana com o mundo possui o caráter de linguagem.

Assim, GADAMER afirma convicto de que a hermenêutica, vista sob tal enfoque, não serve tão-somente como base metodológica para as ciências do espírito, mas sim é nada menos do que um aspecto universal da filosofia.

Com efeito, a hermenêutica se revela realmente imprescindível para o desenvolvimento humano e, mais especificamente considerando, para o Direito, esta estrutura de controle e ação sociais que vem historicamente tentando se firmar como uma ciência precisa, com métodos pretenciosos que propiciariam um alcance da certeza e da verdade *em si*. O que notoriamente tem se revelado insuficiente, haja vista que o ser humano se encontra em zona aberta, permanentemente sujeito a perguntar após qualquer resposta que se possa obter, e isto é condição de existência, é ser-
aí, enfim, é o *Dasein*.

¹⁷¹ Idem, p. 479/613.

¹⁷² O “ente em si” seria como se ele já estivesse dado aguardando tão-somente ser constatado. *In casu*, as críticas referem-se, respectivamente, ao fato histórico e à obra de arte.

Aliás, a universalidade da hermenêutica é tão real que, para o pensamento hermenêutico, até mesmo a metafísica e a ciência são admitidos como sentidos possíveis de serem adotados.¹⁷³

Assim, a hermenêutica é esta matriz teórica que, apesar da complexidade de sua aplicação e assimilação – pretende fazer o homem compreender como se dá a compreensão no homem - nada mais é do que a *disciplina* do perguntar e do investigar. Com ela garante-se a verdade, após restar demonstrada a insuficiência dos métodos copiados das ciências naturais, incompatíveis com as ciências dos espíritos, sem que com isto se perca seu caráter de cientificidade¹⁷⁴.

¹⁷³ “Mientras sigamos preguntando así, mientras sigamos preguntando sin más, todo queda abierto. Incluso la posibilidad de la metafísica.”. GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Trad. Arturo Parada. 2ª. Ed. Madrid: Ediciones Cátedra, 2001, p. 36.

¹⁷⁴ Aquí é considerada a ciência como conhecimento, recuperando parcialmente os gregos: “... aquello que se puede enseñar y aprender, lo cual implica que la experiencia no tiene por qué ser necesariamente una ayuda y mucho menos imprescindible. En este sentido, las matemáticas son para los griegos la figura ejemplar de lo que es la “ciencia”, y ello em um sentido sustancialmente diferente del papel que desempeñan las matemáticas en la concepción científica moderna de las ciencias naturales.”. GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Trad. Arturo Parada. 2ª. Ed. Madrid: Ediciones Cátedra, 2001, p. 175.

2 A IDÉIA MODERNA (RACIONALISTA) DE JURISDIÇÃO E OS AVANÇOS DA CIÊNCIA DO PROCESSO.

A idéia moderna, racionalista, de jurisdição é eleita como alvo do enfoque a ser dado no presente capítulo, em função dos objetivos a que o presente estudo se direciona, os quais não estão dissociados de um necessário olhar ao caminho trilhado pela tradição.¹⁷⁵

A escolha da tradição, como fio condutor sob o qual se assentarão as reflexões propostas acerca da idéia de jurisdição, está intimamente conectada com o entendimento de que, apesar de todos os esforços doutrinários e, até mesmo, as críticas doutrinárias atualmente existentes - em sua grande maioria contrárias a tecnificização do Direito e atentas para a ineficiência do sistema - seguirem, de um modo geral, atuando sob um feixe de sentidos sedimentado pela tradição jurídica dominante.

A intenção, portanto, é em prol de que se atente para os riscos de simplesmente optarmos por congregarmos o método de origem racionalista à anterior *racionalidade prática*,¹⁷⁶ esta, agora, reforçada e justificada em valores consagrados constitucionalmente.

¹⁷⁵ Apesar de toda a explanação já realizada, não é demais insistir no fato de que se procura olhar a tradição de forma *não-pejorativa* para fins de que identifiquemos tanto os preconceitos positivos quanto negativos propiciados pela mesma (ver em GADAMER, *Verdade e método I*, op. cit.).

¹⁷⁶ Referimo-nos à questão da *justiça*, aliás, como já vem alertando OVÍDIO BAPTISTA, em outras obras, aqueles que pensam estar sofisticando o Direito podem em realidade estar implementando um retrocesso ao jusnaturalismo quando

Na realidade, hermeneuticamente, vislumbra-se com certa reticência a possibilidade de que dita *mistura* teria o condão de obter um *denominador comum* que poderia ser designado de *justiça*. Ressalva-se, por ora, o entendimento de sua insuficiência diante de todos os elementos (infindáveis) que compõe o homem em sua complexidade, ou seja, o modo de ser humano.

Trata-se, pois, de receber com cautela uma dada solução dessa natureza, haja vista o risco de se estar buscando um olhar crítico de superação que poderia ser considerado, em si mesmo, ambíguo.

Permite-se ponderar dessa maneira diante da possibilidade de se estar lançando mão dos mesmos *artifícios* (agora mais atualizados) de que vem se valendo o *paradigma racionalista* em vigor¹⁷⁷, ou, pior, pensar-se estar evoluindo, ao passo que se arrisca a consagração do arbítrio por meio de uma argumentação racionalmente aceitável (o retorno do elemento justiça que justificava o jusnaturalismo¹⁷⁸).

Isso posto, destaca-se que o retorno aos fundamentos do racionalismo, que deram o tom inicial do conceito de jurisdição, não parece ser questão ultrapassada¹⁷⁹, e, ato contínuo, a exposição

intentam propor grandes mudanças como se tem feito com a fundamentação utilizada para justificar a relativização da coisa julgada (*Coisa julgada relativa?* In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003, pp. 363 e ss). Por honestidade intelectual, impende registrar ainda a possibilidade de maior complexidade atribuível à expressão *racionalidade prática*: “Daí a convocação, já ontem, da racionalidade prática *tópico-retórica* e, sobretudo hoje, da racionalidade prática *argumetativa* – e a traduzirem, no fundo, só acentuações diferentes do mesmo tipo fundamental de racionalidade, pois seriam ambas racionalidades procedimentais.” (CASTANHEIRA NEVES. *Metodologia jurídica*, op. cit., p. 72).

¹⁷⁷ Trata-se do risco de se estar buscando a *superação* de um paradigma, mas, em realidade, estar se valendo novamente de uma *equação melhor e mais completa* que produza o *resultado correto*, ou, na locução utilizada pelos textos contemporâneos tidos por inovadores, a reinvenção do *resultado justo*.

¹⁷⁸ “... a tradição do direito natural, por muito longe que esteja do dia-a-dia do direito (e também da ciência jurídica, em consequência das antigas fronteiras entre a jurisprudência técnica e as faculdades de direito) é sempre chamada a terreiro quando uma ordem jurídica histórico-concreta perde a sua persuasão, no plano do saber jurídico difuso na sociedade, e a sua plausibilidade espiritual em relação às elites do seu tempo,...” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004, p. 281). Salvo melhor juízo, parece estarmos vivendo situação similar diante do repúdio institucionalizado ao *racionalismo* sem que se aponte para um caminho realmente alternativo que não o do retorno a valores de direito natural (o virtuoso, o bom, o justo). Dessa maneira, pensa-se que a *hermenêutica filosófica*, por meio da *compreensão da compreensão humana*, apresenta-se como um autêntico caminho de “superação”, de maneira a não necessitarmos nos voltar para argumentações jusnaturalistas.

¹⁷⁹ Acredita-se, como adiante será explicitado, que o conceito de jurisdição tradicional, embora abertamente não faça mais parte do discurso dogmático, ainda influencia o modo de pensar do senso comum teórico, que tem promovido um movimento de retorno ao direito natural: “... a doutrina do direito natural faz o indivíduo juiz supremo que decide se a ordem estatal corresponde ou não aos direitos inalienáveis da pessoa humana.” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 5ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 125).

dessa questão, diante de uma matriz teórica bem mais sofisticada do que a hermenêutica tradicional e das peculiaridades de uma realidade constitucionalizada, possui correlação com a reflexão que se quer propor. Trata-se, assim, de nos acautelarmos acerca dos riscos que a identificação da insuficiência de um *modelo formalista* pode significar, em termos de *arbítrio judicial*, no caso de não haver uma modificação bem mais radical na estrutura do pensamento dominante, mormente em termos de prestação jurisdicional constitucional.¹⁸⁰

2.1 A função constitucional *pró-ativa* do Poder Judiciário em contraste com a tradição.

No Brasil percebemos peculiaridades e características sócio-culturais-históricas bastante específicas, que obrigam a contextualização de qualquer manifestação de conhecimento que venha a ser proposta. Ainda assim, a par de sua história intelectual ser qualificada, não apenas no âmbito do Direito, em termos jurídicos, conta-se com a existência de significativo volume de importação de teorias advindas do que se convencionou chamar de “primeiro mundo”.

Como soe acontecer em qualquer tipo de produção cultural, tais peculiaridades e características específicas se refletem nos mais variados âmbitos da estrutura de uma sociedade, sendo que essa característica de país colonial não deixa de se projetar no desenvolvimento das instituições nacionais e no ordenamento jurídico pátrio. A propósito disso, o problema está em que, dadas as especificidades nacionais e a forma como se vem incorporando inúmeras teorizações - chegam como “fórmulas mágicas”, habitualmente genéricas - esta sistemática acaba por comprovar a inutilidade, senão total, ao menos invulgar deste modo de ser do *senso comum teórico* dos juristas. Essa postura denota que ainda se mantém arraigada a intenção ingênua de se objetivar o alcance da suprema solução para todos os problemas.

Por essa razão, não é incomum o acadêmico de Direito se ver envolto por estudos embasados em “correntes jurídicas” *estandardizadas* de entendimentos, cuja adoção “majoritária” invariavelmente tende para a “teoria mista” ou “ecclética”! De modo que uma postura racionalista, inclusive em termos acadêmicos,¹⁸¹ tem sido uma constante na obstaculização da mudança de paradigma, tanto por parte do próprio acadêmico de Direito, como produtor de novos

¹⁸⁰ Trata-se do enfrentamento de empresa árdua que pensadores muito capazes optaram por excluir: “... deixamos de lado a hermenêutica como filosofia...” (CASTANHEIRA NEVES. *Metodologia jurídica*, op. cit., p. 74).

¹⁸¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 299.

conhecimentos, como por parte do Direito, na qualidade de Ciência social. Nada obstante a exigência de mudanças no Direito seja uma reclamação constante no âmbito do convívio social.

O Direito segue dogmatizado por formulações metodológicas que, pontualmente, visam a dar solução para uma questão sócio-cultural¹⁸², sem pôr em questão o próprio modo de ser de seu desenvolvimento: há uma constante substituição de métodos e de classificações terminológicas sem que haja questionamento sobre os dogmas *essenciais*.

Como em outros inúmeros eventos nacionais, a Constituição da República, mormente a de 1988, apresentou-se como um marco indicador da concretização de inúmeros objetivos (eleições diretas, direitos fundamentais com garantias individuais e coletivas etc.), marcantemente os sociais, idealizados na figura da democracia.¹⁸³ Tais garantias e direitos, como sendo fruto da influência de uma idéia de *Welfare State* - que jamais se concretizou no Brasil, ou seja, das promessas modernas, ainda que de origem liberal - de desenvolvimento social ao lado do econômico e tecnológico.¹⁸⁴

Entretanto, não há como negar um expressivo excesso de otimismo em todos os eventos políticos e sociais, que, de alguma forma, marcam a opinião pública brasileira,¹⁸⁵ no sentido de que uma grande *solução genérica* para os mais profundos e diversificados problemas (fome, miséria, salário mínimo, liberdade, dignidade, violência etc.) estaria materializada em algumas páginas que compunham a Constituição da República Federativa do Brasil. A sua promulgação, equivocadamente,

¹⁸² MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 11 e ss.

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 73 e ss.

¹⁸⁴ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 34 e ss.

¹⁸⁵ "... a opinião pública tem íntima relação com a questão da *visibilidade do poder* ínsita ao projeto democrático." (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004). Convém ponderar que a opinião pública não tem apenas relação com o projeto democrático. Em realidade diversos regimes políticos não-democráticos se viram obrigados a depender dessa forma de manifestação e, mesmo enquanto regimes de força, tiveram de se dobrar aos ecos que se podiam ouvir do espaço social. O que se quer afirmar é que, historicamente, a opinião pública não viu o seu nascimento com a emergência dos Estados democráticos, ao contrário, foi por esses incorporada, de modo que se deve atentar à ambigüidade que a força desse espaço social pode ocultar. É que nos regimes democráticos contemporâneos a força midiática (eventualmente vinculada com ideologias dominantes, porém, sempre vinculada com ideologias) tem tido enorme influência sobre a opinião pública e, portanto, assim como ela pode significar realmente um espaço democrático, ela igualmente pode, em determinadas situações, estar significando uma válvula de escape para a manutenção das tensões entre o poder e o povo em níveis suportáveis, ou seja, quando se pensa estar sendo manifestada a opinião da população, esta pode ter sido originada da transmissão sutil de uma idéia ou de uma imagem previamente concebida pelos próprios detentores do poder. Portanto, verdadeiramente é adequado se afirmar a relação opinião pública/visibilidade do poder/projeto democrático, porém, mesmo essa relação deve ser compreendida como já sendo uma construção ideológica que pode muito bem servir ao projeto de controle do poder, quer dizer, do controle autoritário do próprio espaço social que se afirma a partir dos princípios democráticos.

fôra recebida com sendo a materialização dos direitos ali *postos*, ao passo que as condições do *imaginário*¹⁸⁶ dos sujeitos sociais, apesar dos efeitos da nova carta, se mantinham, em larga escala, iguais aos do dia 09 imediatamente anterior.¹⁸⁷

Em termos práticos, o que se verificou de fato foi um largo passo na direção de um importante elemento de legitimação de direitos e controle dos poderes estatais, inspirado em grande parte no constitucionalismo estadunidense, enquanto que as necessárias posturas ativas em prol da realização dos direitos e garantias positivados, no texto maior, não trouxeram consigo o que havia de mais relevante: a necessidade do *estranhamento*, que deveria angustiar o cidadão,¹⁸⁸ com a conseqüente mudança de *imaginário*, fosse ele pertencente à elite ou não, mas, principalmente, naqueles que atuam legitimados pelo poder.

Na Constituição quedam estatuídas expressamente limitações ao poder estatal,¹⁸⁹ bem como institucionaliza-se a separação entre os poderes, de forma que um poder passe a ser o fiscalizador do outro (*checks and balances*¹⁹⁰), consistindo o Poder Judiciário no guardião de possíveis rupturas, eventualmente ocorrentes por meio da *judicial review of legislation*.¹⁹¹

¹⁸⁶ “O imaginário não é a partir da imagem no espelho ou no olhar do outro. O próprio ‘espelho’, e sua possibilidade, e o outro como espelho são antes obras do imaginário que é criação *ex nihilo*. Aqueles que falam de ‘imaginário’ compreendendo por isso o ‘especular’, o reflexo ou o ‘fictício’, apenas repetem, e muito freqüentemente sem o saberem, a afirmação que os prendeu para sempre a um subsolo qualquer da famosa caverna: é necessário que (este mundo) seja a imagem de alguma coisa. O imaginário de que falo não é imagem de criação incessante e essencialmente indeterminada (social-histórica e psíquica) de figuras/formas/imagens, a partir das quais somente é possível falar-se de alguma coisa. Aquilo que denominamos ‘realidade’ e ‘racionalidade’ são seus produtos”. (CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 1986, p.13). Identifica-se, ainda, importante reflexão acerca desta citação: “O imaginário não é entendido aqui como a criação de alguma representação ontológica. O imaginário se constitui enquanto representação de si mesmo. Não se pode entendê-lo como junção de sujeitos que reconhecem alguma unidade conceitual, pois se assim fosse, todo o seu sentido estaria dado por quem tem condições de fundá-lo e justificá-lo. Estão no imaginário as condições para a sua autoreprodução, pois que ele detém em si mesmo as condições para a sua evolução. Neste sentido, mantém com o tempo uma relação independente daquela que este mantém com os sujeitos, Ainda que como o tempo ele somente aconteça na reflexão destes.” (PACHECO, Antonio Marcelo. *Sobre o Tempo e o Direito: Conflito no Imaginário Social na Crise da Modernidade*. São Leopoldo. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, 2006, p. 11).

¹⁸⁷ Nada obstante haver condições históricas de dissennimento acerca da dificuldade de implementação dos direitos constitucionalizados, tanto que a eficácia já era identificada como critério de distinção entre direitos fundamentais: “Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 53).

¹⁸⁸ “... em pleno Estado Democrático de Direito, setores importantes da dogmática jurídica continuam (des)classificando as normas em programáticas, de eficácia plena, etc., com o que os dispositivos denominados como programáticos são *destituídos de eficácia*. (...) Daí a (enorme) dificuldade de ocorrer a angústia do estranhamento com o novo, que é o texto constitucional que estabelece um novo modelo de Direito (e de sociedade).” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 190).

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 42.

¹⁹⁰ É o sistema de *freios e contrapesos* consagrado no sistema estadunidense que se contrapõe ao sistema francês que por motivações ideológicas não admite o risco de ferimento à supremacia do parlamento: “Em nítido contraste com esta

Em termos históricos percebe-se um certo padrão de pensamento jurídico-normativista em que a sociedade civil é identificada de forma apartada do poder público.¹⁹²

Essa estruturação passa a ser identificada com um *conceito* político que é fundamental no mundo moderno, qual seja o Estado Democrático de Direito, este entendido como sendo uma proposta de mudança de horizonte de sentido conduzido por valores postos no texto constitucional como representativos de uma nação.¹⁹³

Esse Estado, resultado de um padrão histórico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil, por meio de um ordenamento jurídico-constitucional, é o que vem se consolidando em termos nacionais.¹⁹⁴

De qualquer sorte, cumpre registrar que, enquanto a legitimidade constitucional está fulcrada tanto em seu conteúdo material quanto na vontade do povo (assembleia constituinte ou *referendum*), a sua função apresenta-se diretamente conectada à *satisfação dos direitos do cidadão*, não se cingindo, portanto, a questão da limitação dos poderes.¹⁹⁵

Essa função constitucional é relevante na medida em que se percebe uma distinção dos ideais revolucionários franceses, por exemplo, que acreditavam piamente na vontade do povo manifestada pelo legislador, de forma genérica e geral, como compatível com o bem comum. Essa formulação passa a ser insuficiente na medida em que a *satisfação* dos direitos consagrados, e não mais apenas sua consagração, passa a colocar o Estado na condição de sujeito comprometido com a realização concreta da Constituição, mormente se considerados os avanços dos direitos sociais.¹⁹⁶

concepção francesa está, obviamente, a concepção norte-americana (e não apenas norte-americana) dos *checks and balances*, inspirada não na ideologia da nítida separação, mas na do recíproco controle e equilíbrio dos poderes do Estado” (CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 98)

¹⁹¹ Dentre inúmeros outros, a locução é explicitada em lição acerca do controle concreto de constitucionalidade: “Trata-se aqui de dar operatividade prática à idéia da *judicial review* americana: qualquer tribunal que tem de decidir um caso concreto está obrigado, em virtude da sua vinculação pela constituição, a fiscalizar se as normas jurídicas aplicáveis ao caso são ou não válidas.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 893).

¹⁹² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹⁹³ Uma visão hermenêutica do Estado Democrático de Direito restará adiante mais bem elaborada no capítulo que segue, o qual pretende lançar mão das pré-compreensões elaboradas durante o desenvolvimento do estudo.

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 95.

¹⁹⁵ Idéia esta já registrada desde a leitura feita acerca do Leviatã, de Hobbes, naturalmente.

¹⁹⁶ A concepção de satisfação é inclusive positivada no texto constitucional, art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”. Nada obstante não se desconheça a imensa discussão a

Constata-se, assim, uma superação do ideal voltado para a vontade das maiorias numéricas no Parlamento – formados por uma elite – a qual é legitimada por um racionalismo que serve de base à filosofia liberal-individualista, porque não reflete acerca dessa realidade, mas sim legitima a forma (maiorias) como sendo o resultado democrático.¹⁹⁷ Assim, uma vez que nos voltamos para a vinculação do Estado com a questão da *satisfação*, esta postura racionalista parece evidenciar sua insuficiência, visto que não resta outra alternativa que não a de adotar-se uma orientação para que seja tomada a direção da concretização de normas substanciais, o que se dá *também*, e não somente, na imposição de respeito às normas formais, visto que os destinatários são igualmente os titulares do poder.

A partir dessa postura defende-se que se tornará evidente que se a regra “do jogo” é para todos, esta deve começar a *satisfazer* aos jogadores mais frágeis (normalmente em maior número e com menor representatividade), de modo que, de uma forma ou de outra, uma vez respeitadas as peculiaridades de grupos ou indivíduos, cada qual tenha garantida a sua participação legítima na democracia.¹⁹⁸

Assim, revela-se pertinente, para o início da nossa exposição, a reflexão de STRECK:

“Se o dizer de Ferrajoli é correto, então o constitucionalismo – na sua versão instituidora do Estado Democrático de Direito – não é somente uma conquista e um legado do passado, é, certamente, *o legado mais importante do século XX e ainda será no século XXI*. Mas a Constituição, enquanto conquista, programa e garantidora substancial dos direitos individuais e sociais, depende fundamentalmente de implantação do seu texto. A instrumentalização dos valores constitucionais e a aferição da conformidade, ou não, das leis ao texto

respeito da temática que pertine às eficácias das normas constitucionais, mormente no que pertine aos direitos e garantias fundamentais: “As diferentes concepções encontradas oscilam entre os que adotando posição extremamente tímida, sustentam, por exemplo, que a norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas, de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, e os que, situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 262).

¹⁹⁷ “Aquilo que, como produto revolucionário, fora tão-somente do ponto de vista histórico, a Constituição de uma classe se transformava pela imputação dos liberais no conceito genérico de Constituição, de todas as classes. Assim perdurou até que a crise social do século XX escrevesse as novas Declarações de Direitos, invalidando o substrato material individualista daquelas Constituições, já de todo ultrapassado. (...) O neoliberalismo do século XX o preserva nas Constituições democráticas do nosso tempo, porquanto, se o não acolhesse, jamais poderia com elas exprimir a fórmula eficaz de um Estado de direito.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17ª. Ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005, p. 37).

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 98.

constitucional se estabelece através do que se convencionou chamar de justiça constitucional, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional.”¹⁹⁹

O presente estudo desdobrar-se-á justamente no que pertine à análise de um dos mecanismos constitucionais de prestação jurisdicional (jurisdição), a qual não se pretende ver classificada entre “ordinária” e “constitucional”, já que se reputa tratar-se de atividade única.²⁰⁰ O que não afeta a efetiva necessidade de percepção de sua especificidade de aplicação em âmbito constitucional, vez que enseja uma verificação concreta que envolve um maior campo de avaliação da complexidade e gravidade do problema posto em termos constitucionais.

Assim, não se propalando a existência de uma *jurisdição constitucional* - não parece ser o que o doutrinador anteriormente citado pretendeu defender - há de se destacar, sem sombra de dúvidas, a imprescindibilidade de mecanismos específicos para tratamento de questões únicas, ao revés da sempre buscada generalização, mormemente em se tratando de questões que envolvem a busca da implementação do texto constitucional, enquanto programa e garantidor substancial dos direitos fundamentais.²⁰¹

A propósito disso, um olhar sob o horizonte do Estado Democrático de Direito, enquanto possibilidade de transformação, é que releva ser salientado, buscando-se condições de concretização constitucional, que somente é verificável com a *mudança*. Aliás, diga-se, *mudança* que caracteriza o modo-de-ser humano, que não é senão um constante *reprojetar* (projeto nunca acabado), daí porque o projeto constitucional deve ter a capacidade de acompanhar as necessidades da comunidade, ultrapassando-se, portanto, o olhar moderno de constituição, enquanto um emaranhado de conceitos superpostos que, por si só, garantiriam o “bem comum”.²⁰²

A função constitucional do Poder Judiciário, portanto, deve ser considerada como *processo transformador* da realidade em direta correlação com os desígnios da sociedade. Irreversível, por conseguinte, a atitude de se abrir mão do rigor exacerbado na separação de poderes, enfim, abrindo-

¹⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 99.

²⁰⁰ A respeito do modelo unitário, leciona CANOTILHO: “Subjacente a esta concepção está a idéia de que a *jurisdição constitucional* não se distingue substancialmente das outras formas de jurisdição.” (CANOTILHO, *Direito constitucional*, op. cit., p. 896).

²⁰¹ “Assim, constata-se, desde logo, que não há como determinar em abstrato, para todos os direitos fundamentais, a amplitude de sua proteção contra reformas constitucionais, destacando-se, ainda, que tal proteção há que ser diferenciada, dependendo do direito fundamental que estiver em causa.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 407).

²⁰² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 92 e 93.

se mão da defesa de conceitos e manutenção de limites *técnico-científicos*,²⁰³ sobressaltando um objetivo maior e comum a todos os poderes, qual seja o de alcance das possibilidades compatíveis com o horizonte de sentido propiciado pelo Estado Democrático de Direito. Desse modo, ao invés do propalado risco de rompimento institucional, tem-se por iniciado o caminho de legitimação do próprio exercício do poder.²⁰⁴

Não se pretende com isso adotar uma leitura crítica a partir de lugares comuns, corriqueiramente visitados pela própria dogmática jurídica, o que seria no mínimo uma postura ingênua. Entretanto, diante da constatação de que o Estado Democrático de Direito pouco contribuiu para com a realização de direitos,²⁰⁵ entende-se estar o Poder Judiciário legitimado, a partir deste horizonte de sentido, a promover um afastamento de posturas passivas, de modo a propiciar um maior alcance de conquistas eventualmente experimentadas apenas em termos de discurso.

Em outras palavras, a função constitucional, observada através de um prisma *pró-ativo*, tendo por horizonte de sentido o Estado Democrático de Direito, apresenta-se como um arsenal de possibilidades concretas infinitamente maiores do que as que se verificam cotidianamente.

Desde que percebamos o homem como resultado não terminado no e do meio que o cerca, como resultado de um processo sempre inacabado (como um reprojeter), ou melhor, sendo ele linguagem,²⁰⁶ ou seja, um ser-no-mundo, que só é na linguagem, não nos é admitido deixar de relacionar elementos históricos como inarredáveis de consideração em qualquer estudo que implique avaliação da atividade humana, de tal maneira que o tratamento estanque da separação de poderes não mais se justifica em um ambiente jurídico em que está consagrada a insuficiência do

²⁰³ Trata-se de efetivar a opção constitucional pelo sistema estadunidense de *checks and balances* em detrimento da separação radical francesa entre os poderes.

²⁰⁴ “Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. O Estado ‘impolítico’ do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder.” (CANOTILHO, *Direito constitucional...*, op. cit., p. 100).

²⁰⁵ É impossível negar a enorme contribuição social que se dá a partir do EDD, entretanto, a ênfase buscada com a afirmação leva em conta estritamente o seu *gigantesco* potencial em relação ao menor percentual do que já se tem por realizado.

²⁰⁶ A linguagem em face de compreender o local onde o ser se desvela no homem. (OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996, pp. 201 e 206).

paradigma racionalista de fechamento de sentidos cuja justificativa se verifica na história mundial.²⁰⁷

No âmbito constitucional a história é elemento tão intrínseco como o é no desenvolvimento da própria humanidade. É nela que identificamos a construção do modo de ser cotidiano da dogmática jurídica.

Assim, permite-se afirmar que o jusracionalismo, parcela menor do jusnaturalismo,²⁰⁸ apareceu como opção segura para os interesses da época, ao adotar preceitos ético-naturais de busca pela justiça, que poderiam servir de critérios para os descobridores de um Direito justo. Idéias de um Direito ideal e genérico, portanto, compatibilizaram-se com os procedimentos de codificações do Direito, com os quais, os estadistas europeus, por meio deles, fizeram de seus povos nações modernas.

Os códigos, por conseguinte, passaram a servir ao soberano, o qual se cercava de profissionais considerados de confiança, com formação em política e filosofia, ao invés do que anteriormente ocorria por meio de juízes e professores (mudança imposta pela tradição para alcance de interesses maiores).²⁰⁹

De qualquer forma, no seu apogeu, por mais que se o critique indiscriminadamente, ao racionalismo iluminista não é dado negar inúmeras conquistas, visto que a ele se pode atribuir, por exemplo, o enfrentamento de uma *tradição de injustiças*, como a caça às bruxas, a abolição da tortura e a abolição das formas cruéis de execução, visto que foi forjado em uma realidade de combate aos abusos do poder, que, ao final, viabilizou a ascensão burguesa.²¹⁰

²⁰⁷ Que não existem verdades absolutas e respostas corretas não se discute mais, entretanto, seguimos tementes à quebra de poderosos dogmas, como se já não tivéssemos percebido que o Direito está ligado à vida e vinculado eternamente à tradição histórico-dogmática: “O direito, enquanto expressão da cultura e da vida, seguiu este perfil de evolução.” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004, p. 99).

²⁰⁸ “O jusracionalismo não constitui senão um curto capítulo histórico das muito mais vastas manifestações do jusnaturalismo. O próprio direito natural é, por um lado, uma questão permanente do homem teórico acerca do seu lugar na sociedade e, como tal, uma filosofia social; mas, por outro lado, é uma tradição cultural que se mantém desde os inícios da filosofia helenística até à actualidade.” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 280).

²⁰⁹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 367.

²¹⁰ OHLWEILER, Leonel. “Teoria versus prática: em busca da função social da dogmática jurídica (o exemplo privilegiado do direito administrativo)”. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005., n. 01, p. 137.

De outro canto, não há como não perceber o comprometimento que provocou no futuro dos povos que dirigiu, diante do seu caráter anti-histórico propiciado pelo “monopólio estatal” do direito natural.²¹¹

Com certa naturalidade, por conseguinte, pensadores como Savigny e Jhering desenvolveram suas estruturas de pensamento baseadas em construções sistemáticas, o que acabou por forjar uma ciência jurídica vista através de um prisma positivista científicista²¹², que preside até a atualidade a tradição jurídica em vigor.²¹³

Ditas estruturas funcionam a partir de normas jurídicas cuja criação e aplicação restringem-se a um sistema, o qual é formado por conceitos e princípios doutrinários da ciência jurídica que pretendem ser alheios a valores ou a *objetivos não-jurídicos*. Os aspectos políticos, econômicos, sociais não deveriam ser pauta de juristas. O afastamento ético do Direito e, portanto, da justiça fôra robustamente reforçado pela filosofia *kantiana*.²¹⁴

Em se tratando de proposta de estudo jurídico que visa a por em pauta aspectos constitucionais, não há como não vincular as ponderações referidas com a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, já explicitada inicialmente.

Cumprе complementar, apenas para fins didáticos, que parece ser possível apontá-lo como uns dos mais influentes arquitetos, em termos de estrutura jurídica, o qual sustenta a quase totalidade da concepção de Direito em termos de norma fundamental, ou seja, em termos de constituição.

Em KELSEN, se identifica uma crítica implacável ao jusnaturalismo, daí porque sua teoria procura pautar um sistema jurídico protegido das *inconsistências humanas*, ainda que justificadas por meio de um ser supra-humano (caso do jusnaturalismo em relação à figura de Deus).²¹⁵

²¹¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004, p. 399.

²¹² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 492.

²¹³ Reitera-se o argumento inicial de que no ceio do senso comum teórico dos juristas está presente uma suposição de superação das posturas filosóficas ora realçadas. Nada obstante, essa suposição faz parte justamente da forma de pensar moderna e acaba por justificar a manutenção do paradigma por supô-lo ultrapassado. (OVÍDIO. *Processo e ideologia*, op. cit., p. 89).

²¹⁴ Reitera-se que a referência a determinados pensadores se faz necessária pela importância e marco que suas obras representam. O que não significa, ademais, que haverá uma abordagem expressa dos mesmos, até pelo fato da impossibilidade de se haver uma totalidade de conhecimento, pretensão essa que colidiria inclusive com a matriz teórica que se tem por enfocada.

²¹⁵ HANS, Kelsen. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 244 a 246.

Em seu trabalho de conceituação do que entende por ordenamento jurídico, fica evidenciada essa preocupação, que conduziu a uma tese “científica” aos moldes das ciências matemáticas:

“... uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. Uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com uma outra norma desta ordem jurídica.”²¹⁶

De tal modo que, ao se procurar um questionamento acerca da atuação de um controle de constitucionalidade, não é dado olvidar o embasamento teórico que fomentou a constitucionalização dos estados.

Diga-se, é fundamental que percebermos que KELSEN, ao referenciar a norma fundamental, fez questão de deixar claro que esta procurava afastar-se de funções éticas ou políticas. Ele pretendia pura e tão-somente utilizar esta norma fundamental como *fundamento último* de uma teoria jurídica cuja respeitabilidade ele herdou do cientificismo.

Em seus fundamentos percebe-se que o autor reputa ser uma função relevante e diferenciada da *Teoria Pura* o afastamento de preocupações da norma fundamental com o conteúdo das normas por ela validadas, eis que sua característica (de validar), considerada científica, consistiria justamente na possibilidade de aplicabilidade nos mais diversos e variados ordenamentos jurídicos.

O argumento justifica-se logicamente, visto que, se do Direito são afastados perfis axiológicos que peculiarizam cada povo, este mesmo Direito poderia ser aplicado a qualquer comunidade humana, seja qual fosse a conduta humana a ser regulada ou julgada.

Tal característica, entende o autor, supera em muito as concepções jusnaturalistas, já que o que é justo em uma dada comunidade, pode ser considerado injusto ou imoral em outra,²¹⁷ enquanto que a justiça do direito purificado ficaria atrelada à conformidade da norma inferior com a norma superior (justiça obtível com a aplicação dessa brilhante equação).²¹⁸

²¹⁶ HANS, Kelsen. *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 260.

²¹⁷ HANS, Kelsen. *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 242.

²¹⁸ Registra-se que este brevíssimo diálogo estabelecido com determinados marcos da história mundial somente tem razão de ser em virtude de serem inrínsecos ao desenvolvimento constitucional. Assim, esclarece-se que a superficialidade deve-se aos desígnios do presente estudo, o qual pretende enfrentar a realidade brasileira, portanto, as características constitucionais consideradas são decorrência de seus reflexos em nossa realidade histórico-social da qual o tema proposto não escapa.

A partir daí já se pode visualizar que trabalhar o controle de constitucionalidade, tendo como pano de fundo um Direito construído sobre tais fundações, considerando a presença inafastável de ideologias, axiomas e interesses, trata de empresa bastante árdua, alertando-se que tal empresa não se pode entender por superada apenas por conta de um discurso que aduz não ser possível dita neutralidade.²¹⁹

A intenção destas considerações é que se viabilize um desvelamento de algumas dessas tradições, tidas por superadas, porém, demonstrando que elas ainda seguem presentes no modo de pensar do operador do Direito. O olhar deve ser o hermenêutico, entretanto, sempre respeitoso acerca da limitada (não deficiente) condição humana. Trata-se da busca de abertura de possibilidades outrora enclausuradas devido ao caminho inverso (conceituações) até então trilhado, aliás, caminho este que já se viu devidamente justificado pelo ideal de segurança que era sobressaliente, e que se realiza por intermédio da entificação dos sentidos.

Tendo esses esclarecimentos em mente, passa-se a ponderar que, com a queda dos regimes autoritários, o Poder Judiciário ressurgiu na valorizada posição de guardião da constituição, com a função de implementar a justiça “constitucional”, portanto, indubitavelmente, sendo parte integrante do cenário político.

Assim, retomando-se a questão central (função pró-ativa do Poder Judiciário), argumenta-se que a consagração do *Welfare State*²²⁰ está diretamente relacionada ao aumento da legitimação do Poder Judiciário, estando esta reflexão reforçada pela constatação de uma resposta à má experiência da *vontade das maiorias*, experiência esta que traz consigo o trauma do advento do *nazi-fascismo*, em que se houve por experimentar o domínio do Poder Executivo.²²¹ Através deste prisma, consubstancia-se a participação do Poder Judiciário em esferas que outrora eram exclusividade dos

²¹⁹ Como já fora salientado, não só o discurso em busca da neutralidade não é tão ingênuo como se supunha, nem tampouco o discurso que alude à percepção da existência de ideologias em todos os textos jurídicos é tão sofisticado que se possa ter por dominadas as armadilhas do conhecimento tradicional (na realidade, a própria idéia de dominação nos alça ao lugar comum da metafísica, ao invés de, como habitualmente nos iludimos, nos colocar em posição de privilégio em relação à tradição que é criticada).

²²⁰ “O modelo constitucional do *Welfare State*, principiou a ser construído com as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, contudo não tem uma aparência uniforme. (...) Todavia, é correto pretender que há características que lhe dão unidade, a intervenção do Estado, a promoção de prestações públicas e o caráter finalístico ligado ao cumprimento de sua *função social*. Ou seja, o *Welfare State* seria aquele Estado no qual o cidadão, independentemente de sua situação social, tem direito a ser protegido, através de mecanismo/prestações públicas estatais, contra dependências e/ou ocorrências de curta ou longa duração, dando guarida a uma fórmula onde a *questão da igualdade* aparece – ou deveria aparecer – como fundamento para a atitude interventiva do Estado.” (MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do estado*, op. cit., pp. 37/38).

²²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 128.

procedimentos políticos, uma vez que a constituição, imbricada com a sociedade, passa a ser entendida como um movimento, e não apenas como a norma do Estado.²²²

O que releva salientar nesse momento é o fato de que, com a consagração das medidas de controle de constitucionalidade outorgadas ao Poder Judiciário, fica nítido que não apenas o conteúdo formal da formação das leis sob a égide dos comandos constitucionais passa a ser objeto de sua análise, mas igualmente seu conteúdo material, desde que o autoritarismo das maiorias restou afastado por prescrições voltadas aos direitos constitucionalizados do cidadão, e não mais apenas a partir dos grupos de influência política com maior representatividade numérica.

Esse enfoque é necessário, vez que, sem o desenvolvimento em direção a um sistema que viabilizasse uma mobilidade social, estaria o próprio processo democrático ameaçado, haja vista que não existem *fórmulas procedimentais* seguras que garantam que determinadas regras, em sendo seguidas, alcancem objetivos constitucionalmente consagrados.²²³

O que se verifica, diante da alusão generalizada a um momento histórico difícil (dificuldade característica das transições), é uma mudança de paradigma do Direito, em que não mais as meras normas procedimentais de formação das leis relevam, mas sim a avaliação de inúmeros outros componentes, inclusive com a possibilidade da prevalência da substância em relação à forma.²²⁴

Com isso, a função jurisdicional (submissão do juiz à lei) e a ciência jurídica restam profundamente alteradas, desaguando, até mesmo, na necessidade da releitura do que se tinha por democracia,²²⁵ mediante um novo enfoque que lhes é dado assumir, qual seja, uma análise crítica e construtiva da lei em prol dos sentidos atribuídos a partir do texto constitucional. O Direito, portanto, *já não está subordinado à política como se dela fosse instrumento, senão que é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelos direitos às liberdades*

²²² “... não se fala aqui em Estado mas em sociedade. A *sociedade ‘tem’* uma constituição; a constituição é a constituição da sociedade. Isto significa que nos esquemas políticos oitocentistas a constituição aspirava a ser um ‘corpo jurídico’ de regras aplicáveis ao ‘corpo social’. (...) Neste sentido se compreende a expressão – **constituição da República** – para exprimir a idéia de que a constituição se refere não apenas ao Estado mas à própria comunidade política, ou seja, à *res publica*.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*, op. cit., p. 88).

²²³ “A idéia de que se possa separar o ‘direito positivo’ e seus processos dos valores substantivos, é uma miragem como o é também a idéia de que um regime democrático possa receber automaticamente, da própria história, *ready made*, indivíduos democráticos prontos a fazê-lo funcionar.” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 132).

²²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 157.

²²⁵ Reporta-se à nota de rodapé de número 22 do primeiro capítulo.

que não pode ser violado; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos.²²⁶

Assim sendo, a tese que premia a *substancia em cooperação com a forma*, ao invés de uma em detrimento da outra, conduz a uma justiça constitucional ativa, intervencionista, habitualmente criticada, mas que será enfrentada oportunamente adiante.²²⁷

Para tanto, entretantes, há de se viabilizar uma atuação, no caso brasileiro, do Poder Judiciário, despreparado, até então, para lidar com conflitos que não sejam os entre indivíduos (credor *versus* devedor), muito diferentes dos que são apresentados à justiça constitucional, por isso, necessariamente, há de se estabelecer uma prestação jurisdicional que possa lançar mão dos meios compatíveis com uma postura ativa²²⁸ dessa natureza, mormente quando os outros poderes olvidam de funções que deveriam estar vinculadas ao projeto constitucional.²²⁹

Dessa nova configuração nasce a imprescindível assimilação do conceito tradicional de jurisdição, para que sejam identificados, na medida do possível, os preconceitos positivos e negativos que dele advém e que compõe o pensamento jurídico dominante. Tudo a fim de que se alcance uma reflexão acerca da atividade jurisdicional adequada para atuar em âmbito de controle da constitucionalidade. Para tanto, entende-se necessária a realização dessa reflexão a partir da

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 158.

²²⁷ Pela relevância do apontamento, vale registrar que é imperiosa a remissão à reflexão desenvolvida no capítulo inicial acerca do *estado hobbesiano* em que se argumentou que lá já se encontrava presente a idéia de satisfação do homem em sociedade.

²²⁸ Convém esclarecer que a reflexão que se propõe não possui correlação com intenções autoritárias e intervencionistas que afetem outras formas de manifestações sociais. Ao revés, o que se intenta é uma atuação de aliado da Constituição, por parte do Poder Judiciário, o qual, diante das possibilidades de omissão de seus órgãos, configuraria um importante elemento da sedimentação democrática principalmente em países como o Brasil, cuja nação possui imensa dificuldade de organização do espaço social, haja vista o alto grau de miserabilidade da maior parte da população. De modo que se reconhece a importância de críticas realizadas às intervenções excessivas (não é o que se deseja), as quais não podem, entretanto, ser dissociadas da realidade em que visam atuar (v.g. a européia em que a o projeto de união naturalmente impôs uma revisão de antigos dogmas constitucionais): “... confiar ao direito o encargo de regular – e de regular autoritária e intervencionisticamente – equivale a desconhecer outras formas de direcção política que vão desde os modelos regulativos típicos da *subjectividade*, isto é, modelos de autodirecção social estatalmente garantida até aos modelos *neocorporativos*, passando pelas formas de delgação conducente a regulações descentradas e descentralizadas (...) o modelo de constituição dirigente-programático pode transportar, e transporta muitas vezes, o ambicioso projecto de modernidade na forma mais estatizante: a conformação do mundo político-económico através do direito estatal estruturado sob a forma de pirâmide.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. X).

²²⁹ “... cremos haver tarefas compomissórias próprias à representação política, no sentido de dar conta do projeto constitucional, por um lado, e, por outro, de evitar a sua desconstrução, através de posturas pró-ativas de resguardo-promoção-concretização da principiologia constitucional e seu conteúdo material.” (MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do estado*, op. cit., p. 54). No sentido da vinculação do legislador aos direitos fundamentais: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente*, op. cit., pp. 363 e ss.

tradição jurídica a que todos estamos submetidos, ou seja, a partir de um enfoque amadurecido desse mesmo tema junto ao Direito Processual Civil, o qual, além de há muito lidar com as tensões inerentes às exigências sociais de eficácia do direito, conta com bastante experiência no estudo da jurisdição.

2.2 O desenvolvimento da jurisdição no processo civil: os dogmas.

O presente estudo não possui intenções de aprofundamento processual, razão pela qual passar-se-á a uma abordagem de aspectos mais marcantes, em termos de *jurisdição*, a fim de que se viabilize o alcance das *pré-compreensões* necessárias que se entende auxiliares indispensáveis na identificação dos *preconceitos* que povoam as mentes dos juristas brasileiros e, por conseguinte, da dogmática jurídica dominante no país.²³⁰

A idéia de jurisdição trazida por CHIOVENDA espelha a situação política e filosófica em que o doutrinador estava envolto à época de seus estudos, de modo que não há reparos qualitativos a fazer ao seu precioso estudo. O que surpreende é a manutenção desse mesmo *conceito* de jurisdição, ou pelo menos as bases fundamentais do conceito, ainda que passados tantos anos e alteradas tão profundamente as circunstâncias políticas, econômicas e sociais.²³¹

Ideais racionalistas, que tomavam os intelectuais dedicados à *ciência*²³², acabaram induzindo a busca, como o fizera CHIOVENDA, de institutos e conceitos consagrados no Direito Romano, tal como declinou o eminente doutrinador de forma enfática, chegando a valer-se da poesia:

“Y no es por simple lirismo, explicable por lo demás en el entusiasmo de esta hora, sino porque verdaderamente a veces la poesía es la más alta expresión a mis labios los versos de nuestro poeta:

‘e tutto che al mondo è civile,

²³⁰ Esclarece-se que nos deteremos em grande parte em Giuseppe Chiovenda na apresentação do que é jurisdição para o Direito, porque é nele que se identificam as maiores influências que formaram a tradição jurídica brasileira. A exposição demonstrará que invariavelmente a formação do senso comum teórico dos juristas brasileiros o teve por fonte. Apesar de profundas divergências teóricas existentes acerca do tema, a maioria das teorias *pode ser facilmente reunida sob um princípio teórico comum*. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. V. 1, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 26).

²³¹ “... a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 38).

²³² Como já referido diversas vezes: ciência identificada com as ciências naturais e, por conseguinte, com os métodos científicos dedutivistas e empiristas, únicos realmente alçados à “respeitabilidade científica”.

‘grande, augusto, egli è romano ancora!’²³³

No mesmo ensaio, reputando-se maduro quanto aos estudos empregados em favor da reconstrução de conceitos eminentemente romanos, CHIOVENDA explicita ter para si como jurisdicional a explanação da vontade da lei ao caso concreto.²³⁴

A revolução francesa é imputada pelo próprio jurista como responsável, após as instituições germânicas e feudais, que já contavam com mais de mil anos, pela retomada da importância do conceito romano de jurisdição.²³⁵

Nessa senda de assertos, como dito alhures, sob o império de idéias racionalistas, que viam na fixação prévia de regramentos (leis) e na limitação do poder do magistrado a segurança para garantia da justiça e da equidade, foi que CHIOVENDA desenvolveu sua ciência processual, a qual, como já salientado, ainda se reflete nas mentes dos operadores do Direito da atualidade.²³⁶

A partir desse asserto, CHIOVENDA passa a justificar sua definição, iniciando por traçar um paralelo entre soberania e função jurisdicional, tarefa própria do Estado.

Tal questão passa, por certo, pela teoria da tripartição do Estado em três grandes funções, quais sejam, a *legislativa*, a *administrativa* e a *jurisdicional*. Para tanto, o referido doutrinador reporta-se ao art. 3º da declaração dos direitos do homem e do cidadão, exemplificando a influência que esta irradiou sobre a lei napolitana que encerrou as atividades feudais em 02 de agosto de 1806, declinando que “Todas as jurisdições até agora baroniais e quaisquer proventos que lhes tenham sido inerentes, são reintegrados na soberania, de que são inseparáveis”, como forma de justificar a íntima correlação entre jurisdição e soberania estatal.²³⁷

²³³ CHIOVENDA, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, “La idea Romana en el proceso civil moderno”, v. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores, p. 352.

²³⁴ “La idea misma del proceso es romana. Cuando nosotros establecemos como finalidad del proceso la actuación de la voluntad de la ley en el caso concreto, es decidir, en relación a un determinado bien de la vida que por la ley se pretende garantizado; cuando vemos en la jurisdicción el poder del Estado que prove a esta actuación mediante la actividad de los magistrados, nosotros expresamos las ideas de los jurisconsultos romanos. La voluntad de la ley, entendida ésta como la voluntad del Estado, esto es, como un *commune praeceptum*, es una entidad superior que impera sobre el magistrado, como el magistrado impera sobre el pueblo.” (Idem, p. 353 e CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, São Paulo: Saraiva, 1965, pp. 118 e 119).

²³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, “La idea Romana en el proceso civil moderno”, v. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores, p. 354.

²³⁶ “Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escôpo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.” (CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições*, op. cit., p. 03).

²³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe, *Ensayos*, op. cit., p. 05.

Visando a sedimentar tal concepção, CHIOVENDA registrou, igualmente, a distinção existente entre a jurisdição e as demais funções soberanas, ponderando, de início, ser bastante singela a distinção existente entre *legislar e prestar jurisdição* (a primeira, elabora os regramentos a serem seguidos pela sociedade, enquanto a segunda, tão-somente, atua a lei consagrada), mas que a diferenciação entre administração e jurisdição comportaria dificuldade extra.

Como critério diferenciador, o mestre italiano cogitou a separação das funções quanto aos órgãos que delas se investem, admitindo ser tal critério nem sempre possível de ocorrer, a par de reputar extremamente salutar que, quem crie a lei, não seja a mesma pessoa que a atue, bem como inadequado que quem administre preste jurisdição, imputando relevantíssima a autonomia do órgão que exerça a função jurisdicional, principalmente no âmbito da cognição, em que não devem existir pressões externas, nem decisões de gabinete, quando se presume o exercício de um juízo lógico em benefício da realização da vontade da lei.²³⁸

Não elegeu, CHIOVENDA, entretanto, tal critério como o correto para fins da diferenciação pretendida, admitindo, inclusive, a existência de atividades administrativas prestadas por órgãos jurisdicionais e vice-versa, mas apressou-se em registrar que ambas as atividades possuem efeitos diversos, sendo a *coisa julgada* efeito exclusivo das decisões judiciais, portanto, residiria no efeito a resposta procurada para estabelecer a dessemelhança enfocada.²³⁹

Assim, após esse acurado exame na problemática e nos estudos existentes à época, CHIOVENDA não hesitou em eleger ainda um outro critério de diferenciação, que seria a *substituição* por uma atividade pública de uma atividade alheia.

Tal substituição, sob seu ponto de vista processual, se dava de duas formas:

“a) na cognição, quando se substitua pela atividade intelectual do juiz a de todos os cidadãos, de uma forma geral, na concretização da vontade da lei, relativamente às partes envolvidas no liame processual, de uma forma definitiva e obrigatória;

“b) na execução, quando se concebia exequível apenas pelos órgãos jurisdicionais a vontade da lei pelo juiz declinada. Nesta hipótese, dá-se a substituição da atividade devida pelo obrigado pela atividade material do

²³⁸ “A autonomia da função jurisdicional encerra, portanto, no Estado moderno, um significado efetivamente novo.” (CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 07).

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Novas linhas do processo civil*, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000, p. 197.

Estado, seja coagindo-o, ou prestando a atividade que leve ao resultado buscado. Em ambas as circunstâncias, estar-se-ia prestando atividade pública em lugar de outrem.”²⁴⁰

Assentando tal posicionamento, CHIOVENDA registra que na atividade administrativa não há substituição, já que ela age por si mesma, atuando a lei por conta própria, em razão da imposição por ela gerada sobre os órgãos públicos.²⁴¹

Assim, o administrador julga sua própria atividade, segundo critérios legais, enquanto o juiz atua a *vontade da lei* em face de terceiro.

A par de o jurista entender certa a imprescindibilidade da participação de dois sujeitos adversários para fins de manifestação do interesse na obtenção da atuação da lei, CHIOVENDA assenta que é a partir desta idéia de “acionar”, que o direito romano desnuda característica relevantíssima para o processo moderno.

Entende o mestre italiano que uma civilização moderna não pode se contentar com uma ciência processual em que se obtenha apenas coação e sanção, mas sim, um objetivo muito mais relevante, que *não se cinja a conceder a obtenção de um bem da vida*, mas mormente a *declaração de certeza jurídica* em torno de uma determinada relação.²⁴²

Tal escopo, aferido como de grande valia, é decorrência da consideração de que as benesses da vida social proporcionadas aos cidadãos somente são possíveis em um ambiente de *certeza jurídica*, afastando-se dúvidas que criem empecilhos ao deslindar das relações jurídicas, de modo a propiciar a *pacificação social*.²⁴³

A título de argumentação, CHIOVENDA ainda ressalta que o objetivo material, ou o bem da vida, é passível de obtenção dentro e fora do processo, enquanto que a declaração de *certeza jurídica* é um bem somente alcançável processualmente. Esta característica é considerada pelo autor como sendo de enorme relevância social que o alça na condição de *instituto jurídico autônomo*.

²⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 11.

²⁴¹ “Em outros termos, o juiz age *atuando a lei*; a administração age *em conformidade com a lei*; o juiz considera a lei em si mesma; administrador considera-a como norma de sua própria conduta. E ainda: a administração é uma atividade *primária* ou *originária*; a jurisdição é uma atividade *secundária* ou *coordenada*.” (CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 12).

²⁴² CHIOVENDA, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, “La idea Romana en el proceso civil moderno”, v. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cia. Editores, pp. 354/355.

²⁴³ CINTRA e Outros. *Teoria geral do processo*, op. cit. p. 125.

O referido bem, *certeza jurídica*, apresenta-se obtível por meio de uma sentença romana denominada *declaratória*, chamada pelos italianos de *sentenças de declaração de mera certeza*, a respeito do que CHIOVENDA reputa o processo moderno não estar fazendo nada mais do que retomar velhos conceitos romanos, no sentido de que a jurisdição consistiria na função de declaração de mera certeza.

A revolução operada na Europa continental manifestava verdadeiro horror ao antigo regime, postulando por mudanças radicais. Nesta sorte de eventos, a magistratura traduzia uma imagem de desconfiança, haja vista seu comprometimento com o antigo sistema.

Tal circunstância ensejou a era das codificações, em que, para que se afastassem os arbítrios, o ideal eleito pelo racionalismo era enfatizado na busca exacerbada de uma *certeza do direito*, restando à figura dos julgadores, a quem incumbia a função judicial (identificada com a de um funcionário público), a submissão à toda sorte de controle, seja por tribunais superiores, seja por órgãos governamentais.²⁴⁴

Dessa análise verifica-se a presença inafastável da doutrina da separação de poderes,²⁴⁵ eternizada sob a pena do gascão, conhecido por MONTESQUIEU,²⁴⁶ em seu *O espírito das leis*, em que preconizava idéias de segurança:

“Se examinarmos as formalidades da justiça com relação à dificuldade que um cidadão encontra para conseguir a restituição de seus bens, ou para obter a satisfação por algum ultraje, certamente as encontrareis em grande número. E se as considerares quanto à relação que elas têm com a liberdade e a segurança dos cidadãos, achareis muitas vezes que essas formalidades são muito poucas; e vereis que os trabalhos, as despesas, as delongas, os próprios perigos da justiça, são o preço que cada cidadão paga por sua liberdade.”²⁴⁷

E seguindo a análise que resultou em conclusão símile à anteriormente referida, veja-se o que se extrai do capítulo III, do livro VI, da mesma obra:

“Quanto mais um governo se aproxima de uma república, mais a forma de julgar torna-se estabelecida e fixa ...

²⁴⁴ A esse respeito já se esclareceu inicialmente, de modo que é válida apenas uma breve retomada, por conta, agora, de sua imbricação com o Direito no que pertinente ao desenvolvimento do próprio cerne dessa ciência: a atividade jurisdicional.

²⁴⁵ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2ª. ed. México: FCE, 2004, p. 80.

²⁴⁶ Convém registrar que esta é a interpretação atribuída pelo pensamento jurídico dominante, por isso expressamente referenciada, a par de não significar a única possibilidade de leitura ou de sentido atribuível a Montesquieu: “A teoria da separação de poderes, atribuída a MONTESQUIEU, na verdade é mais um mito do que uma realidade. O célebre filósofo francês não a defendeu como geralmente se supõe, nem considerou o *judiciário* um autêntico *poder* ...” (OVÍDIO, *Curso volume I*, op. cit., p. 24).

“Nas repúblicas, a própria natureza da constituição exige que os juízes sigam a letra da lei; caso contrário, a lei poderia ser aplicada em prejuízo de todo cidadão, em casos que se referem à honra, à propriedade ou à vida ...”²⁴⁸

Como se vê, o racionalismo exhibe culto sem precedentes à *segurança*, o qual chega a menosprezar o valor justiça, o que hoje causa estranheza ao operador do Direito que tente explicar ao cidadão comum que de há muito a justiça está apartada do Direito segundo o nosso sistema jurídico.

Em idêntico objetivo, pode-se apontar a adoção de um espírito científico moderno, que optou por fazer o pensamento jurídico se dobrar a métodos científicos experimentais e dedutivistas dedicados às ciências naturais, ou mesmo às lógicas, visando à limitação da atuação do juiz à estrita legalidade.

Assim sendo, é possível traçar um paralelo entre a *neutralidade do juiz* (mero aplicador mecânico da lei do Estado) e a teoria da *ordinariedade*, adotada por CHIOVENDA, e que norteia, inclusive hodiernamente (o que nos interessa sobretudo ressaltar), o pensamento tradicional. Ao que se permite afirmar que há uma relação direta entre estas duas questões aparentemente distintas, mas que se evidencia a partir da supressão das *eficácias executórias* do âmbito da cognição do juízo, restando ao procedimento ordinário apenas as eficácias declaratórias, constitutivas e condenatórias.²⁴⁹

Pode-se argumentar ainda que o pensamento moderno vai de encontro às palavras de ARISTÓTELES, a quem se pode imputar pensamento antagônico a respeito do assunto, tendo em vista que o mesmo entendeu ser a problemática jurídica de caráter casuístico ou eventual, primando pela opção de juízos de aparência, ou verossimilhança, ao invés dos utópicos juízos de certeza, estes

²⁴⁷ MONTESQUIEU, Barão de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 87.

²⁴⁸ MORRIS, Clarence, “Os grandes filósofos do direito”, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 162.

²⁴⁹ “O princípio que prescreve a neutralidade do juiz, no curso da demanda, é o mesmo que impede a existência simultânea de *conhecimento e execução*, pois o eventual conteúdo executório, numa ação que, pela doutrina, haveria de ser exclusivamente de conhecimento, permitiria a concessão de tutela executiva antecipada, sob forma de liminar, como ainda hoje se dá com nossas ações possessórias de tipo interdital. E isto seria atribuir ao juiz uma faculdade incompatível com a exigência de sua neutralidade. Seria conceder-lhe poder para ordenar, antes de estar em condições de aplicar a lei.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução no direito romano-canônico*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 105/106).

inerentes a ciências exatas ou lógicas, mas jamais pertencentes à ciência do direito, que é de natureza humana, portanto, não lógica.²⁵⁰

A lição não deve surpreender, tendo em vista que muitos estudiosos de ARISTÓTELES caracterizaram sua obra como sendo de apreço pela dinâmica da vida,²⁵¹ justamente o inverso da premissa mais sedimentada que se apresenta a partir daquilo que se denomina *paradigma da ordinariiedade*, o qual se apega ao formal em detrimento da vida.

Como salientado inicialmente, a leitura que fôra feita de HOBBS influenciou sobremaneira a construção em prol da segurança, em que refletia sempre com base na busca da paz social, haja vista o ambiente de guerra em que o filósofo estava historicamente inserido (a constante opressão gerada pela guerra civil facilitou o desenvolvimento da filosofia da “guerra de todos contra todos”²⁵²), considerando-se a opressão das leis (impostas sob ameaça causadora de medo²⁵³) mera contingência social. Portanto, justas, não pelo conteúdo, mas antes por *natureza* ou por *pactuação*, pelo que sempre deveriam imperar²⁵⁴ em benefício da proteção da coletividade contra a natureza do indivíduo, que seria voltada para a desavença (guerras).

Assim, essa figura de Estado, neutro em sua natureza, acima de tudo e de todos (máquina estatal: instrumental neutro quanto aos valores), capaz de conciliar religiões e ideologias das mais diversas origens (neutralidade do juiz), assemelha-se ao conceito de jurisdição empregado pela doutrina tradicional.²⁵⁵

²⁵⁰ “... não se deve querer a mesma precisão em todos os raciocínios, ... (...) “Por conseguinte, tratando de tais assuntos, e partindo de tais premissas, devemos contentar-nos em indicar a verdade de forma aproximada e sumária; quando falamos de coisas que são verdadeiras apenas em linhas gerais e com base em premissas da mesma espécie, não devemos esperar conclusões mais precisas. Portanto, cada proposição deverá ser recebida dentro dos mesmos pressupostos, pois é característica do homem instruído buscar a precisão, em cada gênero de coisas, apenas até o ponto que a natureza do assunto permite, do mesmo modo que é insensato aceitar um raciocínio apenas provável da parte de um matemático, e exigir demonstrações científicas de um retórico.” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002, pp. 18/19.)

²⁵¹ MORRIS, Clarence. *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 06.

²⁵² HOBBS, Thomas, *Leviatã*, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 95.

²⁵³ HOBBS, *Leviatã*, op. cit., p. 127.

²⁵⁴ HOBBS, *Leviatã*, op. cit., p. 111.

²⁵⁵ “Estas premissas ideológicas – o Estado artificialmente criado pelo Homem, para preservá-lo da insegurança do ‘estado da natureza’; a lei como exclusiva medida da justiça; a demonstrabilidade dos problemas morais e jurídicos, análoga à demonstrabilidade das equações geométricas – foram decisivas para a preservação do conceito e limites da função jurisdicional, no Estado moderno. Com efeito, o abandono das concepções clássicas, de vertente aristotélica, retórica, em favor dos juízos lógicos com pretensão a verdades científicas absolutas, formam os pilares que sustentam o chamado Processo de Conhecimento, cuja natural consequência são os juízos pretensamente definitivos de certeza e o conseqüente repúdio aos juízos de verossimilhança.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução no direito romano-canônico*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 114).

Assim, consetâneo a uma determinada realidade histórica e filosófica, nasceu o Direito Processual Civil, não havendo de se surpreender a respeito da retomada de conceitos romanos, mormente o de jurisdição, alvo do presente estudo, em que a *actio* e a eficácia condenatória representam *instrumentos* ideais na conservação da estrutura (ordinariedade) desenvolvida pelo racionalismo.

Nesse sentido, ainda que de forma sintetizada, parece que, para fins do presente capítulo, encontra-se contextualizada a lição de CHIOVENDA,²⁵⁶ comprometida com a realidade social da sua época, revelando que o Direito está muito mais afeito a aspectos políticos do que técnicos,²⁵⁷ ao contrário do que equivocadamente supunha-se quando se optou pelo *direito servil* (a lição chiovendiana também pode ser encarada como uma releitura da jurisdição romana estruturada em sua última fase, aquela que antes era praticada pelo *iudex*, por meio do *ordo judiciorum privatorum*,

²⁵⁶ Uma vez estando mais amadurecida a questão a respeito da jurisdição, convém reiterar que nada obstante a presença marcante da doutrina *chiovendiana* sobre o *conceito de jurisdição* atualmente consagrado, não se desconhece a existência de importante discussão acerca do mesmo. De modo que a opção eleita se deveu a adoção do entendimento de que apesar das aparentes divergências doutrinárias, a maioria delas comungam de um *princípio teórico comum* (OVÍDIO, *Curso V. I*, op. cit., p. 26), ainda que comendo cada qual suas peculiaridades, *verbi gratia*: a doutrina de Allorio e Calamandrei, que defendiam a evidenciação da prestação jurisdicional no efeito da *coisa julgada*, a doutrina de Carnelutti, que identificava a jurisdição como sendo a *justa composição da lide*, esta pressupondo um conflito de interesses *qualificado pela pretensão de alguém e pela resistência de outrem* (fugindo do ser da jurisdição, o que ela é, para explicá-la por meio daquilo a que ela se presta), no que foi acompanhado por Galeno Lacerda que teria confundido o ato intelectual de julgar com o ato volitivo de decidir, equiparando-os, o que retornaria a idéia de autêntica decisão jurisdicional apenas com a coisa julgada (definitividade: a decisão verossímil não seria verdadeira decisão, assim como o provimento baseado no juízo de simples verossimilhança não constituiria verdadeiro julgamento), semelhante ideologia conduziu Celso Neves a distinguir o ato jurisdicional praticado no *processo de conhecimento*, a declaração, como verdadeira prestação jurisdicional, ao passo que tudo o mais no âmbito da execução seria apenas *jurissatisfação*. Tudo, evidentemente, trazido ao Brasil pela forte influência de Liebman, o qual identificava a atividade jurisdicional com uma tutela normativa *ideal*, a declaração do Direito, despida de qualquer força de império (OVÍDIO, *Curso*, v. 1, op. cit., pp. 30/40 e MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao CPC*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, pp. 26/61). Enfim, a maioria das respeitáveis construções são passíveis de identificação de uma mesma ideologia, qual seja a segurança (certeza) jurídica propiciada com o paradigma da ordinariedade que se enquadra com justiça à filosofia liberal-individualista fortalecida no século XIX: “A doutrina de CHIOVENDA, como de resto as demais de que iremos tratar, pressupõe a plenitude do ordenamento jurídico, tal como a pressupunham as doutrinas filosóficas de inspiração positivista, predominantes no século XIX, que ainda exercem poderosa influência no pensamento contemporâneo, particularmente as variantes normativas, para as quais o direito é aquilo que o legislador edita como sendo direito, de modo que o juiz não apenas deveria ficar impedido de avaliar a eventual injustiça da lei, como seria totalmente desnecessário qualquer ato de criação do direito pelo juiz, posto que o ordenamento jurídico já teria em si mesmo todas as soluções para os casos futuros.” (OVÍDIO, *Curso*, v. 1, op. cit., p. 29). O que restou concisamente bem definido da seguinte maneira: “A doutrina brasileira tende a entender que a jurisdição é uma atividade substitutiva do juiz, cujo objeto é a eliminação de um lide com força de coisa julgada em uma atividade plenamente vinculada à lei.” (MITIDIERO, *Elementos*, op. cit., p. 75).

²⁵⁷ “A crítica mais séria que se poderá fazer à doutrina de CHIOVENDA, que, todavia, não lhe retira o mérito, está em seu pressuposto doutrinário, mais do que na formulação propriamente da doutrina. A objeção a ser feita à célebre doutrina chiovendiana sobre jurisdição está em que o grande processualista italiano, sob a influência das idéias jurídico-filosóficas predominantes no século XIX, concebia como funções separadas, e até, em certo sentido, antagônicas, a função de legislar e a função de aplicar a lei. Sua doutrina sustenta-se na postulação de que o ordenamento jurídico estatal seja, para o juiz, um *dado* prévio, ...” (OVÍDIO, *Curso*, v. 1, op. cit., p. 29).

só que agora defendida sob a bandeira do *processo de conhecimento*, com a separação do processo executivo e a supressão das formas sumárias de tutela processual²⁵⁸).

Ao que tudo indica, em um ambiente construído à luz do Estado Democrático de Direito, não há mais espaço para essas formas de compreensão da jurisdição, mormente no Brasil, em que a Constituição denota uma construção dúplice, que tanto premia a estrutura da *common law* (cláusula do *due process of law*), quanto a estrutura francesa do *État Legal*, voltada para a legalidade, ambas construções consagradas constitucionalmente e legimitadas democraticamente.²⁵⁹

Ademais, a jurisdição ganha foros de atividade com força constitucional no Direito brasileiro, haja vista o de há muito incorporado *judicial review* estadunidense, que será adiante mais bem esmiuçada. Tudo conduzindo a um caminho diverso do estritamente legalista, que é viabilizado pelo conceito de jurisdição consagrado pelo senso comum teórico.²⁶⁰

Nessa senda, não há como se trabalhar com uma idéia contemporânea e constitucional de jurisdição sem que se vislumbre a concretude de sua função no plano do direito material, derruindo-se o entendimento a partir do qual a jurisdição apresentar-se-ia como a atividade que encontraria uma pureza tal que, por meio dela, nenhum direito se satisfaz, ou melhor, que a satisfação efetivamente relevante do Direito seria a de *mera declaração* do direito, ou, dito de outra maneira, querendo convencer que a satisfação do demandante está em ver o julgador dizer o direito segundo a vontade legal. Tais constatações, por sua pertinência e relevância, tem sido tema de inúmeras reflexões de operadores de Direito, que as reputam como defasadas, em relação à realidade constitucional brasileira, essa estrutura de conhecimento que ainda influencia o pensamento jurídico tradicional.²⁶¹

²⁵⁸ OVÍDIO, *Jurisdição e execução*, op. cit e MITIDIERO, *Comentários*, Tomo I, op. cit., p. 27.

²⁵⁹ CANOTILHO, *Direito constitucional*, op. cit., pp. 92/100.

²⁶⁰ “Em outras palavras: não está a jurisdição brasileira submetida à simples pauta da legalidade, mas sim e fundamentalmente à pauta da juridicidade, consoante já declinamos alhures, fato quiçá malcompreendido pela doutrina tradicional.” (MITIDIERO, *Elementos*, op. cit., p. 80).

²⁶¹ “... é oportuno frisar que são temas que têm relação com o estudo aqui proposto: a necessária aproximação entre processo e direito material, o pálio constitucional, a *judicial review*, a superação dos paradigmas de processo civil ‘moderno’: de um processo técnico, individual, privado, para um processo compreendido como fenômeno de poder, social, coletivo (e ainda, a superação da cisão entre processo de conhecimento e processo de execução), a conseqüente valorização das tutelas diferenciadas, a necessidade de abertura para a adequação do processo em seu curso, a efetividade como corolário do acesso à Justiça e o devido processo legal substancial como forma de controle do ‘correto’ exercício do Poder de julgar.” (ZANETI, Hermes Junior. *Processo constitucional: relações entre processo e constituição*. In: Introdução ao Estudo do processo civil – primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: SAFE editor, 2004, p. 26).

Nada obstante toda a celeuma *técnica* que envolve a questão da jurisdição, pode-se afirmar, acompanhados da Constituição Federal, que a atividade jurisdicional ganhou *status* de direito fundamental e, aliada a dispositivos constitucionais e legais, pode trazer referências, ou mesmo, indícios formais que orientem a identificação dessa questionada postura estatal.

O art. 5º, inciso XXXV da CF/1988, não deixa dúvidas acerca da consagração da inafastabilidade da prestação jurisdicional, a qual vem acompanhada de privilégios, ou melhor, garantias diretamente vinculadas ao detentor deste *munus* público, que visam a garantir mais amplamente a prestação jurisdicional a ser praticada pelo cidadão que foi nomeado, sejam quem forem os beneficiados e os prejudicados pela sua atuação (art. 95), a qual deve se dar de modo a aplicar o Direito (o ser e não o ente - que seria a lei) especificamente ao caso concreto, segundo o princípio constitucional do devido processo legal e seus desdobramentos.²⁶²

Na realidade brasileira, forte nas disposições constitucionais referenciadas, é possível afirmar que a prestação jurisdicional passa a ser encarada como manifestação de poder estatal (*imperium*), praticada por sujeito investido de estatalidade que lhe garanta independência²⁶³ e imparcialidade²⁶⁴, quando da prática de atos jurisdicionais, o que, aliás, já é alvo de reflexões.²⁶⁵

2.3 A jurisdição no processo civil e a crítica contemporânea.

Para fins de implementação de uma ciência do Direito, parece estar evidente, em uma reflexão voltada para o discurso constitucional, um discurso notadamente axiológico, a tendência à diminuição das categorizações, o qual acaba por escapar de antigas necessidades de enumeração de requisitos e características, que deveriam ser identificadas para fins de definição da

²⁶² Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Revista da UFRGS II e *Elementos...*, op. cit. p. 138.

²⁶³ Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

²⁶⁴ Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária. IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

²⁶⁵ OVÍDIO, *Curso*, v. 1, op. cit., pp. 40 e 50 e MITIDIERO, *Elementos*, op. cit., p. 80.

jurisdicionalidade de um ato praticado por um juiz.²⁶⁶ O que vem ao encontro dos fundamentos hermenêuticos.

O Direito processual civil, entretanto, deve render homenagens, quanto ao seu reconhecimento, na condição de disciplina autônoma do Direito, por conta das famosas disputas teóricas, denominadas teorias da ação, fortalecidas principalmente no século XIX, questão notadamente classificatória a qual, a par da postura hermenêutica que ora é adotada, não é possível deixar passar *in albis* sob pena de não se estar respeitando a tradição, outra postura nodamente hermenêutica que previne eventuais manifestações em prol de uma suposta contradição.²⁶⁷

A menção à questão das teorias da ação é necessária, haja vista a conexão que historicamente foi realçada no trato das teorias da ação em relação à prestação jurisdicional, mormente ao se traçar um paralelo entre direito processual e direito material, assunto de intensa relevância para a postura hermenêutica.²⁶⁸

²⁶⁶ Outrossim, cumpre registrar que a partir dessas reflexões restam afastadas discussões acerca da jurisdicionalidade dos atos praticados no âmbito da jurisdição voluntária, vez que a idéia de jurisdição passa a ter outro contexto que não exige a presença de antigos dogmas como o litígio (jurisdição voluntária), a coisa julgada (que no âmbito da ação cautelar igualmente não é verificada) (MITIDIERO, *Comentários*, Tomo I, op. cit., pp. 39, 56, 64), bem como das decisões acerca de competência e demais questões processuais (OVIDIO, *Curso*, v. 1, op. cit., p. 35).

²⁶⁷ Este estudo não se presta a uma avaliação das denominadas teorias da ação, de modo que se cingirá a identificá-las para fins de que se possa lançar mão (constituição de uma pré-compreensão), acerca das discussões que contemporaneamente vem tomando corpo sobre parcela importante da processualística nacional.

²⁶⁸ Dentre as diversas complexidades acerca do tema, pode-se identificar basicamente as seguintes propostas teóricas: a **teoria civilista** ou imanentista (ou visão primitiva da ação), a qual identificava a ação ao direito subjetivo material, considerada superada pela deficiência na explicação da sentença de improcedência, a **teoria concretista**, para fins didáticos esta teoria deve ser antecedida pela referência à famosa polêmica entre Windscheid e Müther em que se disputava a exata compreensão acerca da *actio* romana (para o primeiro ela seria o direito material certificado pelo pretor e não um novo direito surgido da violação daquele, ou seja, da violação do direito subjetivo nasceria a inclinação de sujeitar ao interesse próprio o interesse alheio – a pretensão –, enquanto que para o Müther, após redimensionar o direito de demandar como sendo um direito público de obter a tutela jurídica, exercido perante o Estado e distinto, portanto, do direito material, ambas idéias fundamentais para o Direito processual contemporâneo, apesar de não terem logrado diferenciar os planos processual e material), já para Wach, identificado como sendo defensor da teoria concreta da ação, a ação estaria vinculada ao resultado (procedente) da demanda (acionar seria faculdade e não direito), de modo que a objeção acerca da possibilidade de um processo sem ação (improcedente) também aqui é de ser oposto, a **teoria da ação como direito potestativo**, de Chiovenda, que identifica o *direito de ação* como sendo um direito potestativo (para ele direito potestativo é o que tende a modificação do estado jurídico existente – o réu não se obriga, mas suporta os efeitos da ação), é tida para alguns como uma mera variação da teoria concreta (MITIDIERO, *Elementos*, op. cit., p. 99), que em si mantém o critério finalístico e segue sem explicar a improcedência da ação, a **teoria abstrata**, por sua vez, vem a responder a questão da improcedência ao identificar a ação como um direito subjetivo público frente ao Estado de obter a tutela estatal, sua superação, entretanto, é atribuída devido ao total desprendimento do direito material que visa tutelar, rompimento este que devido à excessiva abstração é reputado inadequado ao Direito, por fim, a **teoria eclética**, disseminada por Liebman e adotada pelo Código de Processo Civil em vigor no Brasil (art. 267, VI), consistiu no estabelecimento de condições da ação, de modo que uma vez não cumprida alguma dessas condições não haveria processo ou mesmo jurisdição a ser prestada, de modo que jurisdição e ação passaram a ser conceitos dependentes um do outro. (ASSIS, Araken de, *Cumulação de Ações*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 52/71).

Atualmente ainda é possível destacar importante argumentação que dividiu as teorias da ação em dois grandes grupos: o unitário e o dualista. Consagraram-se como unitárias aquelas teorias tradicionalmente reconhecidas pelas doutrinas que tratam da ação como sendo um conceito unitário, enquanto dualista a vertente que destaca a “ação” processual em relação à ação de direito material, ou melhor, destacam os planos processual e material.²⁶⁹

Ainda que sem uma abordagem tão profunda quanto mereceriam tais aspectos - angústia sempre presente num trabalho científico, dada a importância que se dá a tudo que o estudo aponta como significativo, - a reflexão pertinente ao grupo denominado dualista nos é cara em razão de que sua base de desenvolvimento se dá justamente em um âmbito de avaliação pouco explorado pela doutrina tradicional, qual seja o desenvolvimento do pensamento processual comprometido com o direito material a ser tutelado e, por conseguinte, com o caso concreto.²⁷⁰

Desse modo, convém explicitar brevemente algumas categorias a partir das quais processualistas da atualidade têm buscado desbravar os obstáculos dogmáticos que são impostos por uma cultura jurídica forjada por valores metafísicos, e, por isso, voltada para a conceitualizações que de há muito são reproduzidas sem maiores questionamentos.²⁷¹

Nada obstante a enorme diferença entre as abordagens realizadas e a visão hermenêutica que se pretende adotar, verifica-se uma gama de percepções críticas, a partir de observações históricas e políticas, as quais não devem passar despercebidas justamente em razão de se coadunarem com os objetivos do presente estudo e em face de estarem intimamente conectadas com a questão da jurisdição e a leitura que dela se vem realizando contemporaneamente.

Sem diminuir o mérito dessa qualificada abordagem, pode-se afirmar que ela basicamente se dá mediante a identificação de um plano material, dentro do qual restariam contempladas as

²⁶⁹ Não necessariamente utilizando essa classificação entre dois grandes grupos, podemos identificar Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 95 e ss.) como o grande articulador nacional da distinção entre ação material e “ação” processual, distinção esta seguida por inúmeros doutrinadores contemporâneos, v.g.: Ovídio Baptista (*Curso*, v. 1, op. cit., p. 35), Araken de Assis (*Cumulação de ações*, op. cit., pp. 71 e ss.), Luiz Guilherme Marinoni (*Novas linhas do processo civil*, op. cit., pp. 206 e ss.), Daniel Mitidiero (*Elementos*, op. cit., pp. 110 e ss.) e Darci Ribeiro (*La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004, pp. 35 e ss.), este último, nada obstante intitule-se expressamente como adepto da teoria monista.

²⁷⁰ “Contemporaneamente, porém, sabemos que todo o processo reage ao plano do direito material, não se cingindo o imbricamento entre o direito e o processo à categoria da ação.” (MITIDIERO, *Elementos*, op. cit., p. 91).

²⁷¹ “No horizonte de sua interpretação temporal do ser, a metafísica clássica aparece, em seu conjunto, como uma ontologia do ente simplesmente dado, e a ciência moderna, sem dar-se conta disso, como sua herdeira.” (GADAMER, *Verdade e método I*, op. cit., p. 588).

categorias *direito subjetivo*, *pretensão material* e *ação material*, enquanto no plano processual as categorias consideradas seriam o *direito à tutela jurídica*, a *pretensão à tutela jurídica* e a “*ação*” *processual*.²⁷²

Essa construção parte da idéia de que não devem ser confundidos o direito subjetivo, a pretensão e a ação.²⁷³ Na “ação” (processual) autor e réu são sujeitados à atividade jurisdicional, tanto em virtude do monopólio estatal (direito subjetivo público),²⁷⁴ quanto em razão de o autor ter exercido sua pretensão processual (o poder de exigir, que precede a “ação”, daí plano *pré-processual*) em relação ao Estado. O réu é chamado pelo Estado, e, por isso, a referência pontiana à angularização da relação jurídica processual, ao invés da dicotomia autor e réu.²⁷⁵

Em um primeiro momento esta construção parece singela, entretanto, existe ainda a necessidade de fixação da questão da ação (de direito material) e da pretensão (de direito material).²⁷⁶ A ação consistiria no próprio agir do titular do direito na *realização* do mesmo (a satisfação privada, o que já se viu que foi quase totalmente extirpada em razão do monopólio estatal).²⁷⁷ O direito, portanto, não se confunde com a ação, assim como a pretensão segue sendo a

²⁷² O plano processual seria baseado no monopólio estatal, ou seja, na cláusula de não exclusão da apreciação do Poder Judiciário constante no art. 5º, XXXV, da CF/88. Na esteira de Ovídio (*Curso*, v. 1, op. cit., p. 86), podemos identificar competente exposição por parte de Mitidieiro que adota essa forma de exposição para fins de desenvolvimento do Direito processual, com ele é possível identificarmos uma abordagem conjunta das categorias referidas como pertencentes aos planos *pré-processual* e *processual*. O plano *pré-processual* contemplaria aquelas categorias anteriores (*direito*, estático, *subjetivo público* de exigir a tutela jurídica e a *pretensão à tutela jurídica*) ao ato efetivo de exigência da *pretensão à tutela jurídica* (a “*ação*” *processual*, ou seja, a efetiva demanda), este sim, pertencente ao plano processual (*Elementos*, op. cit., pp. 117/119).

²⁷³ “Vulgarmente, exames desatentos confundem o direito subjetivo, a pretensão e a ação.” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, tomo I, op. cit., p. 95).

²⁷⁴ Não é demais destacar que a par de a garantia de acesso ao Poder Judiciário - direito imanente a qualquer comunidade estatal (OVÍDIO, *Curso*, v. 1, op. cit., p. 102) - estar constitucionalizada no art. 5º, XXXV da CF/88, sua prescrição faz menção a *lesão ou ameaça a direito*, o que é de todo inadequado, eis que a tutela jurisdicional é mais ampla e o direito de ser ouvido por um Tribunal alcança a todos inclusive aqueles que eventual não possuam direito (OVÍDIO, *Curso*, v. 1, op. cit., p. 88).

²⁷⁵ “A exigibilidade faz-lhe a pretensão. (...) Na “ação” (de direito processual), o autor e o réu estão sujeitos à atividade do Estado, porque aquele que exerce a pretensão à tutela jurídica e esse, com a citação, foi chamado a exercê-la. Daí a relação jurídica processual ser entre o autor e o Estado e angularizar-se com a citação do réu (réu, Estado).” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, tomo I, op. cit., p. 95).

²⁷⁶ “A ação exerce-se principalmente por meio de “ação” (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. A ação exerce-se, porém, de outros modos. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que ele, que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer-se a relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, pp. 110/111).

²⁷⁷ “Se, no entanto, o obrigado, ante a exigência do titular do direito, recusa-se a satisfazê-lo, ao titular da pretensão (= direito exigível) nasce a *ação de direito material*, que é o agir do sujeito para a realização do próprio direito. (...) A distinção entre a pretensão e ação de direito material está em que a pretensão – enquanto exigência – supõe que a realização ainda se dê como resultado de um agir do próprio obrigado, prestando, satisfazendo a obrigação” (OVÍDIO,

exigibilidade (só que no plano do direito material) da ação propriamente dita. Enfim, o que é destacado é que nenhuma dessas categorias confundem-se entre si, muito menos com o direito propriamente dito.²⁷⁸

Note-se que a construção desse pensamento apresenta-se relevante não apenas por ser totalmente dissonante em relação às bases do Processo civil moderno, anteriormente focado, mas principalmente em razão de que a ação material é profundamente negada pela dogmática jurídica,²⁷⁹ acabando por afetar um dos momentos mais relevantes do Direito, qual seja, sua satisfação.²⁸⁰

Essa afirmação é muito importante, não apenas pela busca de legitimação do Poder Judiciário como função realizadora e não apenas declaratória (como já percebido inicialmente), mas

Curso, v. 1, op. cit., p. 81). Ou seja, a ação, como agir para satisfação, nasce do não cumprimento, por parte do obriado, da pretensão exercida em relação a ele, tanto que o autor rechaçará aos que entendiam que o antigo dispositivo 75 do CC/1916 estava em desuso, pois realmente a todo direito exigível (pretensão) corresponde uma ação (Op. cit., p. 82). Claro que inúmeras elucubrações surgem e não deixarão jamais de surgir, como a existência de ação sem pretensão, ou “ação” sem ação, mas para os fins a que se presta este sumária exposição, bastam tais registros.

²⁷⁸ Após citar PONTES DE MIRANDA que conceitua o direito como uma *vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático* (*Tratado das ações*, Tomo I, op. cit., p. 30), MITIDIERO assenta que: “... podemos apontar como nota peculiar do direito subjetivo, também, a sua especial propensão em marcar lindes de atuação da esfera jurídica de outrem (ou de outrens), porque se oferece como uma verdadeira ‘limitação à esfera de atividade de outro, ou de outros possíveis sujeitos de direito’. Outro ponto de ressaltado é que o direito subjetivo contém uma (ou algumas) faculdade(s), porém, não se confunde com ela(s), de vez que o direito subjetivo ‘é poder jurídico de ter a faculdade’, sendo pois, ‘meio jurídico para a satisfação desses interesses’.” (*Elementos...*, op. cit., pp. 111/112). No que se arremata com OVÍDIO: “Temos, portanto, que existem, no campo do direito material, o direito subjetivo e a pretensão, que é *faculdade de se poder exigir a satisfação do direito*. Sendo assim, no campo do direito material, não se pode falar, como muitos fazem, de uma pretensão procedente, como se pudessem haver ‘direitos improcedentes’ ou ‘pretensões improcedentes’. O direito é ou não é, existe ou não existe, tal como a faculdade de exigir sua satisfação, que igualmente existe ou não existe. Procedência e improcedência são categorias do direito processual...” (*Curso*, v. 1, op. cit., p. 79).

²⁷⁹ A respeito desta temática recentemente fora restabelecida discussão envolvendo duas importantes vozes do Direito processual civil brasileiro (Ovídio Baptista e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira), por meio de artigos sucessivamente publicados, no que foram seguidos por promissores profissionais que já estão integrados na academia (CARDOSO, Fábio Machado; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006). O registro é relevante não apenas pelo ineditismo da polêmica *in terras brasiliis*, como pela qualidade dos argumentos que podem ser reunidos em uma preocupação salutar e comum: a busca pela realizabilidade do Direito. Quanto a isto, parece Pontes e Ovídio trazerem grande contribuição ao estabelecerem um exercício correlacionado entre ação de direito material e ação processual e identificando a eficácia da sentença com o plano material, já que a “ação” processual remonta ao direito à jurisdição (OVÍDIO, *Ideologia...*, op. cit., p. 192) e a eficácia sentencial necessariamente está conectada com o pedido da parte, vez que pertence ao direito material (MITIDIERO, *Elementos...*, op. cit., p. 130).

²⁸⁰ “Como se vê, a doutrina sempre tratou da ação falando sobre o procedimento. Se falta interesse de agir quando o procedimento é inadequado, o direito de ação exige não só que o procedimento seja útil, mas que ele também seja efetivo. Não há motivo para continuarmos pensando o direito de ação como um simples direito a uma sentença, quando sabemos que o direito de ação assegura a tutela jurisdicional adequada; a menos que se entenda que o direito de ação é garantido quando o proceimento é inefetivo.” (MARIONI, *Novas linhas do processo civil*, op. cit., pp. 213/214) Como já visto, a observação das categorias não permitiria, à rigor, a utilização da expressão *direito de ação* (o direito seria a vantagem e a ação o agir para sua satisfação) (PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, tomo I, op. cit., p. 96), entretanto, nada afeta a lição referenciada, cuja substância está em verificar que a satisfação não deve ser suplantada do Direito, mas sim percebida como sua mais autêntica condição.

principalmente pelo fato de que em um plano abstrato todos concordam com a mesma. A concordância, diga-se, é apenas num plano ideal, ou seja, já está presente no discurso jurídico tradicional a exigência de maior efetividade do Direito. O que não significa que no caso concreto se esteja dando um passo adiante, eis que antigos dogmas seguem presentes nesse mesmo discurso.²⁸¹

No Brasil, a política apresenta-se como um espaço que dispõe de inúmeros exemplos de discursos idênticos, porém, com práticas de governo que destoam em muito de suas propostas. No plano federal, há anos não se apresenta um discurso que não defenda a *distribuição de renda*, entretanto, as políticas públicas desses mesmos governantes, sejam classificadas de *direita*, ou, atualmente, de *esquerda*, invariavelmente vêm adotando posturas benéficas para o *mercado financeiro* e consagrando uma economia que mantém o país como um dos maiores exemplos mundiais de má distribuição de renda.²⁸²

No Direito o fenômeno é similar, pois assim como todos lançam mão de críticas voltadas para a inefetividade do Direito,²⁸³ significativa parte dos acusadores, diante do caso concreto, seguem lidando com dogmas que impedem a mudança de paradigma que tanto se deprecia.²⁸⁴

Concretamente é possível identificar inúmeras questões que evidenciam essa discrepância entre discurso e manutenção do paradigma, por meio de *opções* que revelam a presença da ideologia que alimenta o mesmo.

²⁸¹ A expressão *contra legem* é um exemplo de que não se está modificando o Direito, pois como já se viu inicialmente e se verá melhor adiante, a mudança seria perceber que não existe essa interpretação *contra legem*, pois a lei não diz nada, o texto legal é apenas um ente que necessita do homem para que lhe seja atribuído sentido.

²⁸² COMPARATO, Fábio Conder. *Réquiem para uma Constituição*; e NETTO, José Paulo. *FHC e a política social: um desastre para as massas trabalhadoras*. Ambos in: O desmonte da nação: balanço do Governo FHC. Org. Ivo Lesbaupin. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

²⁸³ CARPENA, Márcio Louzada. *Da (Des)lealdade no Processo Civil*. In: Visões críticas do Processo Civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31.

²⁸⁴ Essas ponderações ficam evidenciadas quando se critica uma postura positivista lançando-se mão de argumentos pré-modernos (justiça) (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Coisa julgada relativa?* In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003, pp. 363 e ss), ou quando se argumenta em prol de uma interpretação hermenêutica que não pode ser *contra legem*, ou seja, tudo de uma maneira tão abstrata que a acusação de arbitrariedade torna-se inevitável. Não se fala mais em vontade da lei, mas segue se falando em vontade do direito, admite-se a criação do sentido (a norma não se confundindo com a lei), mas se propõe a adoção das súmulas vinculantes como sendo uma evolução do Direito e uma grande solução para os problemas do sistema jurídico brasileiro (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual civil*. V. 01. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 305, 289). Pior, alude-se a percepção da função criativa do juiz e a necessidade de o processo estar voltado às questões sociais (à vida), criticando-se uma interpretação literal e lançando-se louvores a *decisões alternativas*, entretanto, segue-se falando da proibição de decisões *contra legem*, entendendo-se o julgador como um canal de comunicação entre dois mundos distintos (o da sociedade e o jurídico). (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 231, 238, 240, 244/245, 241).

Um exemplo disso, à luz do que já fôra explicitado quanto ao entendimento tradicional respeitante à jurisdição, parece estar presente no porquê de o ordenamento jurídico pátrio e a doutrina processual terem sido tão recalcitrantes na admissão do caráter jurisdicional de atividades ativas, por parte do Poder Judiciário, mormente as respresentadas pelas de eficácias *executivas* (realização) e *mandamentais* (ordem)²⁸⁵ diretamente correlacionadas com o plano do direito material.

Tal concepção afastava, assim, a visão casuística da problemática do caso concreto em prol de um *mundo normativo*, em que o direito consistiria em ciência geral, em detrimento do drama cotidiano, o que representa profundo menosprezo da faticidade em favor das verdades eternas.

Com a mesma sorte, como dito alhures, serve de exemplo o abandono dos juízos de mera probabilidade, outorgando, inadequadamente,²⁸⁶ à ciência do direito, a mesma base (certeza e resposta una), em que se sustentam as ciência lógicas e exatas.²⁸⁷

Uma vez que não se admite a legitimidade de um juízo provisório, para fins de figuração no plano das declarações, justamente por ser meramente provisório, confirma-se o entendimento de que as liminares são apenas decisões interlocutórias (art. 162, §2º, do CPC) e que apenas as sentenças são atos aptos a, declarando o direito, pôr termo ao conflito de forma definitiva. O que se coaduna com o entendimento de que decidir é necessariamente julgar definitivamente, não se tratando, portanto, os *juízos provisórios*, de verdadeiras decisões, na acepção do sistema jurídico brasileiro.

Assim, pode-se dizer que tão envolvidos os operadores modernos do Direito estão em “... preservar a pureza do *processo de conhecimento*, impedindo que novas manifestações jurisdicionais nele se incluam...”, cumprindo à risca o entendimento de que “... o processo de execução haverá de ser o veículo de *unificação dos meios executórios*...”, que, para eles, não é possível cogitar outra

²⁸⁵ As alterações legislativas que tentam responder ao clamor social têm fomentado o reconhecimento da jurisdicionalidade também das eficiácias executivas e mandamentais outrora negadas quase que pela totalidade da doutrina (DINAMARCO, Instituições..., volume 01, op. cit., pp. 290, 291 e 294).

²⁸⁶ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo, “A obrigação como processo”, São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 74.

²⁸⁷ “Ora, nada mais apropriado para atender a esta exigência metodológica, mantendo ao mesmo tempo a neutralidade do juiz, com a supressão dos juízos de simples probabilidades e verossimilhança, do que o procedimento ordinário, em que a sentença apenas condenatória impera como forma universal de tutela.” (OVÍDIO, *Jurisdição e execução*, op. cit., p. 127).

possibilidade, senão vislumbrando uma evidência de quebra da tripartição de poderes, “deixando intocado o *processo de conhecimento*, a respeito do qual a doutrina jamais se questiona.”²⁸⁸

Nessa vertente, não se pode deixar de apontar expressamente para outra problemática de suma importância, que, igualmente, serve para comprovação do reflexo concreto das ideologias antes apontadas. Trata-se de mencionar a questão da submissão do sistema a um *processo de conhecimento*, que admite apenas a declaração como seu efeito. É a resistência criada em relação à admissão de jurisdicionalidade do ato, sem que o mesmo se revista do manto da coisa julgada que se está a revelar.

Essa é a razão, quanto ao *processo cautelar*, de a doutrina tradicional afirmar que se presta apenas para assegurar o bom andamento do processo principal, sem que isso signifique o alcance de algum tipo de tutela que não seja a do próprio processo principal até que se diga o direito.²⁸⁹

Ante essa ponderação, segue inadmitido pela doutrina que o *processo cautelar* possa ser autônomo (independente do processo principal), vez que sua tutela é considerada inerente à existência do principal (“tutela o processo”). Nega-se que o juízo baseado em mera aparência possa suportar a existência de um direito substancial de cautela, cuja tutela seria a simples *segurança* (um exemplo disso seria a produção antecipada de prova, sem que fosse necessário o ajuizamento de ação principal, acaso o autor assim optasse por não agir), justamente em função de o sistema trabalhar com uma estrutura voltada para a não aceitação da categoria das ações e sentenças mandamentais,²⁹⁰ o que vem ao encontro das dificuldades suportadas pela jurisdição prestada em sede constitucional, a qual não vislumbra a possibilidade da atuação positiva e efetiva sem que se fira o consagrado dogma da separação de poderes.²⁹¹

²⁸⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. V. 2, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 22/23.

²⁸⁹ “Os provimentos cautelares são *em princípio provisórios*; o provimento definitivo que coroa o processo principal ou reconhecerá a existência do direito (que será satisfeito) ou sua inexistência (revogando a medida cautelar). Outra característica é sua *instrumentalidade* ao processo principal, cujo êxito procura garantir e tutelar.” (CINTRA, *Teoria Geral do Processo*, op. cit., p. 316).

²⁹⁰ “É impossível, finalmente, a construção de uma teoria coerente da tutela de simples *segurança* sem a prévia aceitação da categoria das ações e sentenças mandamentais.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. V. 3, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 79 e ss).

²⁹¹ Por mais que se negue e se afirme superado o racionalismo como não sendo mais defendido por nenhuma corrente intelectual, é o “juiz boca da lei” que fala mais alto no cotidiano das lides forenses, v.g. o entendimento no sentido de que o mandado de injunção, embora previsto constitucionalmente e concedido pelo Poder Judiciário, segue inefetivo, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que se cinge a comunicar sua decisão sem qualquer caráter de império em respeito ao dogma da separação dos poderes: “Configurada a mora do Congresso Nacional na regulamentação do direito sob enfoque, impõe-se o parcial deferimento do writ para que tal situação seja comunicada ao

A postura jurisdicional brasileira, seja em que grau de jurisdição de que se trate, acaba por confortar a tese da purificação da cognição, o que se coaduna com a leitura que se faz da tripartição de poderes de Montesquieu, concepção esta consagradora da premissa que eleva a ato jurisdicional tão-somente à *mera declaração*.

No âmbito do processo civil os reflexos dessa estrutura são de há muito conhecidos, tanto que vem ao encontro da criação de uma das mais célebres categorias processuais, denominada *eficácia condenatória*, a qual veio adequar a vida à teoria (ao invés, de se procurar fazer o inverso), ao institucionalizar a separação radical entre dizer e realizar no plano sensível.²⁹²

Essa reflexão, à luz do que já fôra exposto, torna inclusive duvidosa a existência efetiva de uma tal *eficácia condenatória*²⁹³, senão na mente daqueles interessados na manutenção do paradigma vigente, ou seja, mantendo-se essa classificação por ser a condenação uma das conseqüências da doutrina moderna acerca da jurisdição. Permite-se afirmar que este desenvolvimento histórico-filosófico desencadeou graves implicações cujos reflexos se projetam diretamente no ferimento da eficácia do Direito.

A natureza puramente política e ideológica da separação entre cognição e execução, como sendo resultado de um interesse moderno no engessamento do juiz (ao juiz, cumpriria apenas dizer o que a lei previamente o havia definido) é explicitada por OVÍDIO:

“(...) Está, portanto, determinada a precedência da *cognição* sobre a *execução*, que, como já vimos, é uma exigência da estrita submissão do juiz à lei, já que dar-lhe poder de executar antes de julgar seria o mesmo que outorgar-lhe o direito de conceder tutela a quem, depois, a sentença reconhecesse não ter o tutelado direito ao que lhe fora antes concedido; o que dizia Hobbes, sendo, no caso, justiça do juiz e não da lei (*Leviathan*, XXVI,

referido órgão.” (STF, MI 585 – TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 15.05.2002) Conforme site oficial da Corte: http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=MI&processo=585&origem=IT&cód_classe=373.

²⁹² Até mesmo Liebman, afeto intransigente da premissa da *mera declaração* como sendo critério de classificação de ato jurisdicional, chegou a constatar que o artifício criado e denominado *condenação* nada mais era do que mera declaração, vez que em *nada poderia satisfazer o jurisdicionado vencedor*. Ao revés, este poderia, inclusive, livremente dispor contrariamente ao que estava estabelecido pelo juiz, ou mesmo jamais ter alcançada sua pretensão no plano material se não propusesse a pertinente demanda executória (OVÍDIO, *Jurisdição e execução*, op. cit., p. 147).

²⁹³ MITIDIERO chegou a reputar não passar a condenação de uma eficácia executória que fora mutilada (*A Pretensão de Condenação*, In: Revista Jurídica, nº 292. São Paulo: Nota Dez, 2002, pp. 39 e ss), tendo posteriormente revisto sua posição para classificar as eficácias das pretensões e das ações de direito material em ações preponderantemente declaratórias, constitutivas e executivas e as pretensões em condenatórias e mandamentais, todas comportando exercício judicializado mediante afirmação na “ação” processual. A razão desta alteração fora o fato de que na sentença preponderantemente mandamental, ou condenatória, o juiz conta com a conduta da parte (obediência), não produzindo, por meio dessas eficácias a satisfação propriamente dita, de maneira que aí o autor identifica a presença da pretensão material, mas não de um agir que caracteriza a categoria ação (*Elementos...*, op. cit., p. 131).

7) seria por definição injusta; ou, como diria depois Montesquieu, o juiz que concedesse uma medida executiva antes da declaração de certeza ..., tornar-se-ia, *ipso facto*, legislador ...”²⁹⁴

Daí nasceu, portanto, a sentença condenatória, a qual veio a se tornar um mero nexo de ligação entre cognição e execução²⁹⁵, cuja teoria da separação teve por premissa, sempre, o critério declaração como ato jurisdicional único capaz de garantir a submissão do julgador ao legislador, forma eleita pelos adeptos do paradigma para manutenção da liberdade de todos os cidadãos, logo, o alcance da segurança em nome do “bem comum”.

Nítida, assim, a obstaculização da eficácia do direito (satisfação eventual, ou mesmo alçada para o final do processo) nas conseqüências originadas da idéia de jurisdição, acolhida e desenvolvida pela doutrina moderna, a partir de CHIOVENDA:

“... um dos fatores primordiais que determinaram este resultado foi a preservação do *conceito romano de jurisdição*, como pura declaração, o que determinou a supressão da tutela interdital, que era justamente aquela que, em direito romano, continha a *execução* e a *ordem*, raízes das modernas ações executivas e mandamentais, ferozmente negadas pela ciência processual.”²⁹⁶

Em nome da manutenção da estrutura eleita pela doutrina moderna como ideal (separação entre cognição e execução, ou, ideal e fático, ou ainda, mundo jurídico e mundo dos fatos), criou-se a figura da demanda condenatória, como justificativa para a separação operada, aproximando-se conceitos originalmente distintos, como o são do direito *real* e *obrigacional*, reduzindo, indevidamente, tudo à *obrigação* (sistema liberal-individualista).

Não interessa para o deslinde do presente estudo a pesquisa pormenorizada desta questão essencial, que consiste na aproximação dos conceitos direito real e obrigacional, os quais possuem origem em institutos romanos: *obligatio* (ligado à *actio*) e, opondo-se a ela, *vindicatio*, bastando este breve registro, para os fins que se deseja alcançar.²⁹⁷

É evidente a distinção dos atos expropriatórios entre o que é originário do cumprimento de uma determinação, gerada por força de um crédito existente, do que se origina de um ato que determina a devolução de um bem reivindicado por seu proprietário. No segundo caso, o bem está

²⁹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução*, op. cit., p. 147.

²⁹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. V. 1, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 402.

²⁹⁶ OVÍDIO, *Jurisdição e execução*, op. cit., p. 57.

sob a posse de outrem, contrariamente ao Direito, enquanto que, no primeiro caso, o bem pertence ao devedor, conforme o direito, mas será expropriado para fins de quitação dos débitos que seu proprietário possua, junto ao credor.

De qualquer sorte, o que releva registrar, e é por isso que se fez breve menção à questão tão relevante que comportaria estudo singular, é que, da forma como a doutrina moderna adotou os ensinamentos de CHIOVENDA, que acolheu o conceito romano de jurisdição, ligado à *actio*, resta possível afirmar que se trilhou caminho em direção à aproximação dos distintos conceitos de direito real e obrigacional, passando-se a tratar tudo, sob o ponto de vista processual, como se direito obrigacional o fosse.

O interesse na vulgarização do direito obrigacional está intimamente ligado à inexistência de coerção, por ele comportar o acolhimento espontâneo da outra parte, ou seja, o direito obrigacional conforta a premissa inicial de que a jurisdição estaria prestada por meio da declaração da vontade da lei pelo juiz, e que a condenação, ante seu trânsito em julgado, satisfaria o interesse do jurisdicionado, vez que a pretensão à execução somente se faria necessária, de forma autônoma, no caso de resistência do condenado.²⁹⁸

A doutrina moderna, portanto, vem agindo, ainda que inconscientemente, voltada a justificar a equação criada com a separação entre cognição e execução, ligadas por meio da sentença condenatória, o que acabou por solapar as ações executivas e mandamentais.

Ocorre, então, que toda essa engenharia processual vem a macular justamente o que deveria ser o maior bem a ser protegido pelo Direito: a sua realizabilidade. Afirma-se isso em função de que o processo é o responsável pela realização do Direito material, estando com ele imbricado, e não separado como um mero *instrumento* apartado.²⁹⁹

²⁹⁷ “Como disse Carnelutti, seria impossível obscurecer a diferença de tratamento que a ordem jurídica dispensa ao devedor que deve pagar com o que lhe pertence e o usurpador ou ladrão que terá de restituir o que não é seu (Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni, cit. p. 214).” (OVÍDIO, *Jurisdição e execução*, op. cit., p. 55).

²⁹⁸ OVÍDIO, *Jurisdição e execução*, op. cit., pp. 52 e 61 e ss.

²⁹⁹ Esclarece-se que não se desconhecem as alterações legislativas promovidas pela lei 11.232, de 22.12.2005, cujos objetivos são louváveis e notoriamente voltados para o enfrentamento do grave problema da realização das sentenças. Entretanto, entende-se que os argumentos e críticas lançadas não ficam prejudicados na medida em que a prestação jurisdicional, mormente a ideologia que a envolve, não será modificada por meras alterações legislativas que instrumentalizem o julgador. Na realidade entende-se que seria necessária uma profunda transformação (mudança de paradigma) do modo de ser tanto do operador do Direito quanto dos princípios a que ele está historicamente interligado: “Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo. (...) Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em

A consideração de todo e qualquer direito, posto em causa como sendo *obrigacional*, resulta em uma conduta sempre passiva por parte do credor,³⁰⁰ a quem cumpre aguardar o cumprimento de um dever por parte do obrigado. Do contrário, ante a omissão do devedor, cumpriria ao credor valer-se novamente da ação, agora do *processo de execução*, tornando-se, portanto, aquele que jamais possuirá vínculo obrigacional (ladrão ou usurpador), um ilustre *devedor* apenas por ocasião dos efeitos do processo.³⁰¹

Em suma, tudo isso é exposto ante o interesse precípua assumido nesta tarefa de adoção de posicionamento crítico, com o abandono de concepções modernas, em busca de um conceito contemporâneo de jurisdição, compondo o presente tópico uma importante manifestação em prol da valorização da jurisdição.

Essa necessidade de valorização da jurisdição tem sido percebida principalmente por meio de previsões normativas, que são incompatíveis como o nosso sistema processual (tutelas de urgência), mas que o cotidiano forense, a sociedade mesma, não cogitaria subsistir sem suas eficientes formas de proporcionar a prestação jurisdicional efetiva.³⁰²

Constata-se, sem necessidade de maiores elucubrações, que os provimentos de natureza provisória ou temporária põem em xeque as mais tenazes concepções do direito moderno, a partir do conceito assente de jurisdição, qual seja, a certeza, o sentido uno da lei e a neutralidade do julgador.

liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. § 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.”

³⁰⁰ Há similitude na opção de raciocínio jurídico já referido como adotado pelo STF ao determinar que fosse oficiado o Parlamento em sede de mandado de injunção, ao invés de adotar postura ativa, *imperium*, suprindo a omissão do legislativo.

³⁰¹ OVÍDIO, *Jurisdição e execução*, op. cit., pp. 69/70.

³⁰² “... as medidas liminares e todas as formas de antecipação da tutela ou, se quisermos, dos efeitos da tutela, conflitam em ponto essencial com os princípios que norteiam nosso conceito de jurisdição ...” (...) “... os provimentos antecipatórios jogam com um fator decisivo e igualmente ineliminável de sua estrutura, qual seja a admissão de que o ato jurisdicional não é apenas declaratório, mas igualmente um ‘ato de vontade’, decorrente da necessidade em que se encontra o julgador de ponderar dentre duas ou mais alternativas para decidir ...” (...) “Isto significa, nada mais nada menos, do que a admissão de que o provimento que concede antecipação de tutela contém uma dose de ‘discricionariedade, que a doutrina, no entanto, insiste em não admitir que exista no ato jurisdicional.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, “Antecipação de tutela (duas perspectivas de análise)”, v. 70, Porto Alegre: AJURIS, 1997, pp. 92/93).

Assim, mostra-se conveniente a lição de DENTI³⁰³:

“Come potrebbe, dunque, continuare a restare chiusa nella torre d’avorio della sua pretesa ‘neutralità’ la scienza del processo, quando l’oggetto stesso dei suoi studi diviene sempre meno ‘neutrale’ rispetto ai grandi temi politici, economici e sociali che travagliano la nostra società occidentale? I dibattiti che agitano ovunque il mondo giudiziario hanno ormai distrutto la falsa immagine del giudice ‘apolitico’, armato soltanto della sua logica astratta, indifferente rispetto ai fini delle norme.”

Em outra frente, a questão da cumulação de ações parece traduzir semelhante tendência voltada para uma plenitude que o Direito não tem condições de viabilizar. O que se quer afirmar é que se percebe um certo estímulo para a cumulação de ações,³⁰⁴ de forma a se evitar um futuro litígio acerca da mesma lide, materialmente considerada. O raciocínio é o de que, quanto maior o número de pretensões cumuladas em um mesmo processo³⁰⁵, mais completo ele será, o que seguramente eliminaria o conflito.³⁰⁶

Permite-se afirmar que a idéia central da *teoria abstrata da ação* nada mais fez do que confirmar que todas as pretensões podem ser reduzidas a uma mesma forma de ação, como se o direito material desimportasse para o processo civil. Neste passo, o direito processual apresentaria um instrumento tão genérico e completo, que seria hábil na solução de todas espécies de conflitos: a *ação ordinária e plenária*.³⁰⁷

Ao privilegiar-se um procedimento geral, abstrato e amplo, a ideologia da segurança jurídica resta perfeitamente enquadrada nessa opção. Com essa atitude, cerram-se as buscas pelas formas especiais e sumárias de ação, com seus cortes cognitivos e ritos diferenciados. Estas peculiaridades, salvo melhor juízo, viriam mais ao encontro da correlação entre a vida e o Direito, do que a adoção de um procedimento abstrato e genérico (a *ordinarização* dos procedimentos processuais).

Ressalva-se, outrossim, que tudo sempre devidamente justificado pela *técnica jurídica*, que nada mais estaria fazendo senão lançando mão dos respeitáveis princípios da economia e, principalmente, da segurança jurídica.

³⁰³ DENTI, Vittorio, *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Edizioni di Comunita, 1971, p. 74.

³⁰⁴ ASSIS, Araken de, *Cumulação de Ações*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

³⁰⁵ OVÍDIO, *Curso...*, v. 1, op. cit., op. cit., p. 117.

³⁰⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 19.

³⁰⁷ Ressalva-se que não se devem equipar a ordinariedade (rito, procedimento) e plenariedade (cognição), como se fossem conceitos sinônimos - seara terminológica de grande relevância que não se pretende abordar - bastando essa referência, visto que o que se quer salientar é o pressuposto ideológico que esse instrumento vem a responder. (OVÍDIO, *Curso...*, v. 1, op. cit., pp. 110 e 115).

Com efeito, pode-se arrolar alguns casos de demandas especiais e sumárias, de relevância social comprovada, como forma de realçar o equívoco proferido ao se pretender extirpar ou sufocar o crescimento das formas especiais e sumárias, sob a bandeira da *ordinariedade* (generalização de soluções): *ação de mandado de segurança*, *ação cautelar*, *ações possessórias*, *ação monitória* etc.

Percebe-se com razoável facilidade que todas as demandas referidas são amplamente utilizadas e atendem a interesses sociais atualíssimos, de forma alguma diminuindo suas utilizações diante da existência da *completíssima ação ordinária*.³⁰⁸

Na verdade, a generalização (*ordo iudiciorum privatorum*)³⁰⁹ conduziria ao afastamento de decisões liminares, consistindo sua previsão em uma anomalia para o sistema que está posto, visto que a ordem natural do julgamento ficaria alterada.³¹⁰ Os benefícios supostamente trazidos pela plenarização dos conflitos, por meio de *ações ordinárias*, fundamentada nos nobres objetivos de alcance de segurança e de economia, em nada justificam a morosidade da prestação jurisdicional, característica inadmissível para o momento histórico atual consistente no convívio em vultosas sociedades de massa.

Salvo melhor juízo, em se exercendo um pensamento hermenêutico, que percebe a impossibilidade da apreensão do todo, no sentido da infinidade de possibilidades que o modo de ser humano pode experimentar, é de se pensar que o Direito sempre estará sujeito a ser surpreendido, de tal maneira que a ordinarização do litígio, cuja suposição ideológica é a busca *metafísica* pelo todo (o fundamento inicial, a verdade), não se coaduna com a resposta social exigida, bem como acaba por desprestigiar a atividade jurisdicional, que se torna morosa e ineficaz. .

Entretanto, uma vez percebida a limitação humana (optando-se pela verossimilhança, ao invés da exigência da verdade), a sumarização mostrar-se-á um caminho mais adequado, vez que traduz o interesse social de ver no plano jurisdicional formas adequadas para a realização específica das pretensões de direito material dirigidas ao Estado-juiz, de modo a se evitar o *quanto possível, que os*

³⁰⁸ “Hoje, porém, transcorridos alguns anos, a maior novidade científica, no campo do processo civil, passou a ser, justamente, a busca de formas especiais de tutela jurisdicional indicadas pelos processualistas como espécies de ‘tutela diferenciada’, que outra coisa não é senão a redescoberta tardia de que a todo direito corresponde, ou deve corresponder, uma *ação* (adequada) que efetivamente o ‘assegure’, proclamando-se, mais uma vez, a função eminentemente ‘instrumental’ do processo.” (OVÍDIO, *Curso...*, v. 1, op. cit., pp. 116/117).

³⁰⁹ “... a *iurisdictio*, possuindo característica peculiar ao sistema do *ordo iudiciorum privatorum*, consistia no poder atribuído a certos magistrados, de declarar (não de julgar) a norma jurídica aplicável a um determinado caso concreto.” (TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 43).

*direitos subjetivos primeiro sejam violados para, só então, merecer tratamento jurisdicional, concedendo-se a seu titular, às mais das vezes, um precário e aleatório sucedâneo indenizatório*³¹¹, que só vem a corroborar um sistema jurídico que nega o próprio horizonte de sentido constitucional em que estamos inseridos.³¹²

Recai-se, novamente, na seara da inadequada separação radical entre o mundo do processo e o mundo sensível, ou seja, mais agudo revela-se o grande equívoco dos doutrinadores modernos, ao considerarem a ação processual à revelia da pretensão material posta em causa, como se desta não dependesse a eficiência daquela (adequabilidade do procedimento e dos mecanismos jurídicos adotados).³¹³

Ocorre que, para tal constatação, haveria de se admitir a imprescindibilidade da criação de mecanismos passíveis de especificidades dos casos concretos, por meio de procedimentos sumários, com uma possível retomada, como já referido anteriormente, do que era pressuposto em dispositivo civilista (art. 75, do CC/16), o que representaria a negação do próprio paradigma da ordinary law (resposta geral, perfeita e segura para todas as questões postas em causa).

Curioso salientar que se verifica que, mesmo o sendo o Processo civil diretamente vinculado à realidade social,³¹⁴ o mesmo destacou-se, firmando-se como ciência do direito, autônoma, justamente sob a égide da ordinarização, vez que aos racionalistas interessava viabilizar suas

³¹⁰ OVÍDIO, *Curso...*, v. 1, op. cit., op. cit., p. 121.

³¹¹ OVÍDIO, *Curso...*, v. 1, op. cit., op. cit., 125.

³¹² “... não há como negar a existência de uma crise no e do Direito, cujos desdobramentos são possíveis de verificar no decorrer de toda a presente obra. De qualquer sorte, releva observar que sequer *houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito – desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de direito...*” (STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 81).

³¹³ “Calha observar, bem a propósito, que o dissídio sobre a natureza da ação, e a correspondente interação entre processo e direito material, não ostenta caráter teórico, mas projeta implicações práticas, a cada passo renovadas.” (ARAKEN, *Cumulação de ações*, op. cit., p. 20). Ainda: “... são desenvolvidos os estudos em busca dessa efetividade, vale dizer, da maior aproximação ou mesmo de um acoplamento mais perfeito, entre o direito material e o direito processual.” (WATANABE, Kazuo, *Da cognição no processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999, p. 20).

³¹⁴ “Sempre levei a sério o direito processual. É o ramo das leis mais rente à vida. Por ele poder-se-iam classificar os povos. Trai, às vezes, o que está na alma dos estadistas. Mas a vida mesma, o século, afeiçoa-o às correntes mais profundas, que independem da nossa transitoriedade.” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, tomo I, op. cit., XIII).

premissas que separavam totalmente o mundo jurídico do mundo sensível (direito processual do direito material), o que se pode explicar, talvez, pela força da manutenção do paradigma.³¹⁵

Em última análise, o *plano material* não pode mais ser desconsiderado, tal como o é pelo sistema jurídico moderno vigente.³¹⁶ Assim, parece evidenciada a incompatibilidade do conceito de jurisdição, tradicionalmente consagrado para com o modo-de-ser do homem, que somente pode ser baseado na *verossimilhança*, desconsideração esta que vem a depor em prejuízo da eficácia do Direito, urgência esta tão almejada nos dias atuais.³¹⁷

Assim, uma nova reflexão acerca da jurisdição apresenta-se necessária ao Direito contemporâneo. Não se está a propor, por óbvio, a adoção destas ou daquelas teorias processuais recém expostas. Contudo, não há como desconsiderar a contribuição prestada pela denominada *teoria dualista* da ação, quando da exposição dos planos material e processual.

Da exposição emanada dos adeptos da *teoria dualista*, no mínimo, duas observações devem ser ressaltadas como valiosas para a presente reflexão: a primeira delas seria a identificação da diferença entre os referidos planos de aplicação do Direito; a segunda, e diretamente relacionada com a primeira, diz com a observação que viabiliza a percepção de que ambos os planos não subsistem autonomamente, de maneira independente um do outro. Ao revés, um plano existe em função do outro, ainda que as categorias de que ambos se valem, reconhecidamente, não estejam sempre presentes em todos os casos concretos.

A essas duas constatações, nada obstante terem sido obtidas por meio da estruturação das categorias antes identificadas,³¹⁸ a *hermenêutica filosófica* poderia contribuir, ao explicitar a questão da *diferença ontológica*.

³¹⁵ “Se não fossem expressões geralmente aceitas como essas, os membros do grupo não teriam pontos de apoio para a aplicação das poderosas técnicas de manipulação lógica e matemática no seu trabalho de resolução de enigmas.” (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 6ª ed., São Paulo: Editora Perspectiva, 2001, p. 227).

³¹⁶ Quando se utiliza a palavra *desconsiderado* quer-se enfatizar, na realidade, a desconexão entre a prestação jurisdicional tradicional (seus mecanismos) e o plano material a ser tutelado pelo Estado.

³¹⁷ “Somente agora, passado mais de um século, é que os juristas procuram restabelecer o elo perdido entre processo e direito material, seja para resgatar o princípio da instrumentalidade do processo, seja, a partir desta idéia fundamental, para investigar os instrumentos de tutela processual, de modo que o direito material se liberte da servidão a que fora submetido pela ‘ciência’ processual. (...) Esta ‘redescoberta’ é tão significativamente extraordinária que os juristas fiéis aos velhos esquemas conceituais, paladinos da autonomia da ação e, fundamentalmente, do direito e do processo como *relação jurídica*, surpreendem-se ao constatar que o direito material pode influenciar (!) o processo.” (OVÍDIO, *Jurisdição e execução*, op. cit., p. 172).

³¹⁸ Conceituações do que seja *direito subjetivo*, *pretensão* e *ação* (materiais ou processuais) são passíveis de alterações na medida em que o homem é um ser finito (pretensões de definitividade podem ser *traícoeiras* para quem possui a intenção de *superar* um paradigma justamente criticado pela característica estática).

Afirma-se isso em virtude de se acreditar que, enquanto as posições englobadas no que fora classificado como *teorias unitárias*, parecem trabalhar de maneira metafísica, ou seja, procurando *entificar* a “ação” com procedimentos universalizantes – a postura evidenciada parece ser estática, em função da manutenção do procedimento, seja qual for a situação existente no plano material a que se busca tutelar no caso concreto - a visão *dualista*, por sua vez, parece permitir identificar ambos os planos, de maneira que um seja percebido como apartado do outro, sem que um subsista sem relacionar-se com o outro. A abordagem denota uma percepção de que um plano existe em função do outro, ou seja, um plano (processual) atribui sentido a partir do que se desvela no outro (material).

O *plano processual*, portanto, não deve ser *entificado*, mas sim percebido como um modo-de-ser do Direito, cuja função é atribuir sentido à(s) situação(ões) que se apresente(m) no *plano material*. O *plano material* é o ente que só existe em seu ser, um não se confunde com o outro, mas ambos existem um em função do outro. A importância dessa visão *dualista*, portanto, está diretamente correlacionada com a resposta tão insistentemente exigida pela sociedade, ou seja, a de um Poder Judiciário efetivo e participante dos problemas sociais, com mecanismos que sejam aderentes aos inusitados desafios que o homem (ser-no-mundo) cotidianamente enfrenta/apresenta.³¹⁹

O que de certo é possível deduzir, entretanto, é que nada que se refira ao homem, enfim, nada que envolva a linguagem pode ser tão genericamente pressuposto, que a mera aplicação de uma equação (*ação ordinária e plenária = entificação*) possa garantir um resultado *justo*. Nem mesmo a opção pela amplitude (*ação ordinária e plenária*), idealmente tida por um caminho para a *verdade*, por sua abstrata generalização, estará isenta de prejuízos, aliás, como hoje é concretamente verificado por meio das críticas relativas à ineficiência e à morosidade.

Não se pretende, outrossim, equiparar as reflexões processuais desenvolvidas ao olhar hermenêutico, apesar de identificarmos a atividade hermenêutica como imprescindível ao Direito. Muito menos comprometer os estudos enfocados com essa visão que não fôra pressuposta pelos processualistas referenciados, até porque a aplicação hermenêutica será melhor explicitada em âmbito constitucional, que se quer focar na continuidade do presente trabalho.

³¹⁹ Talvez por isso os fiéis adeptos de teorias mais ou menos sofisticadas, mas cujo cerne é sempre o de completude e correção nas respostas a serem ofertadas (objetivos metafísicos) constantemente são surpreendidos pelas peculiaridades dos casos concretos que insistem em demonstrar a insuficiência de um procedimento inicialmente tido por ideal.

Por ora, tem-se por cumprida a tarefa de identificarmos os importantes passos dados pela ciência processual contemporânea, para fins não apenas de explicitação da tradição que nos envolve enquanto operadores do Direito, mas igualmente para fixação da importante contribuição prestada por quem competentemente vem enfrentando obstáculos similares aos que a prestação jurisdicional, em âmbito constitucional, passa a confrontar na medida em que aumenta seu campo de atuação.³²⁰

Nada obstante, na continuidade dessas contribuições que vêm propondo alternativas para o enfrentamento do senso comum teórico ainda dominante no âmbito do Direito processual civil, já podemos afirmar que a realidade social necessita de uma atividade jurisdicional que possa auxiliar no enfrentamento dos enigmas contemporâneos, ao que estudos atuais e historicamente situados em um horizonte forjado pelo Estado Democrático do Direito apontam para uma ampliação de sentidos. Diante dessa necessidade de ampliação de sentidos deve restar consagrado que a jurisdição é atividade estatal decorrente de seu monopólio constitucionalizado e exercida por um juiz dotado de garantias³²¹, e que age por dever funcional,³²² o qual a exercerá na condição de um terceiro imparcial (que não é neutro),³²³ salutarmente consciente de que tem o compromisso de procurar identificar, o quanto for possível, os preconceitos³²⁴ a que está submetido, de modo que esteja distanciado dos interesses acerca da pretensão que provoca a sua atividade.

2.4 A jurisdição “constitucional” aplicada na contemporaneidade: dificuldades em comum com a jurisdição “ordinária”.

Como já registrado alhures, não se acredita na classificação da atividade jurisdicional. A razão disso se deve justamente ao fato de a jurisdição consistir em uma atividade, a qual é única e peculiar, consistindo as referências “ordinária” e “constitucional” em mero artifício semântico para fins de organização da atividade jurisdicional, ou seja, trata-se de uma mesma atividade, apenas que exercida em planos diversos.³²⁵

³²⁰ As ações de controle de constitucionalidade notoriamente vêm aumentando sua incidência junto ao Supremo Tribunal Federal desde 1988 (o advento das leis 9.882/1999 e 9.868/1999, que disciplinam novos procedimentos desta atividade jurisdicional, consiste em outro indício desta afirmação), o qual passa a ter de enfrentar problemas jurisdicionais que anteriormente não eram tão recorrentes (até mesmo pela modificação da realidade sócio-política do país salientada anteriormente).

³²¹ Art. 95, da CF/1988 (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios).

³²² Leia-se juiz ou tribunal para quem a *aplicação do Direito* é o mote de seu agir e não apenas uma atividade lógica de subsunção da *lei ao caso concreto*.

³²³ OVÍDIO, *Curso...*, v. 1, op. cit., op. cit., pp. 40 e 41.

³²⁴ GADAMER, *Verdade e método I*, op. cit e STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*, op. cit.

³²⁵ OVÍDIO, *Curso I*, p. 50.

Esse destaque é necessário em virtude de que a mudança de plano de atuação poderia sugerir uma mudança de modo-de-ser, quando, em realidade, o que se quer é justamente o inverso, já que ambas as perspectivas deveriam desvelar que se encontram em um mesmo horizonte de sentido dogmático-jurídico.

De qualquer sorte, no âmbito de atuação constitucional, restam inevitáveis os questionamentos que se seguem: qual seria a legitimidade (ou não) de juízes constitucionais, não eleitos pelo povo, para que possam anular leis criadas por um poder eleito para tanto (legislativo), e aplicadas por outro (executivo) igualmente eleito? Ainda: o que subsistiria, o princípio da maioria ou da supremacia da Constituição?

Importa ressaltar, nesse passo, que a realidade contemporânea político-constitucional afasta dois dogmas que lastreiam essas inquietações, quais sejam, a soberania do parlamento e a separação dos poderes, abrindo espaço para a soberania e a supremacia constitucional (legislativo como poder constituído e subordinado): “... bem como a convicção de que o princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade do Poder Legislativo e do Executivo perante as violações da lei fundamental. *A soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação dos Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantada pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado.*”³²⁶

A opção que se entende adequada adotar é em prol da valorização do jurídico, com olhos voltados para a justiça “constitucional”, mais especificamente, à prestação de uma jurisdição conforme o plano constitucional.³²⁷

O Estado Democrático de Direito, mais do que uma evolução histórica do conceito de estado, parece propor um resgate das promessas da modernidade (justiça social, igualdade etc.), aliado à garantia dos direitos fundamentais.

Não é dado, diante dessa noção, já exposta inicialmente, desconsiderar o conteúdo material que traz consigo a lei maior, em realidade, a Constituição *passa a ser uma forma privilegiada de*

³²⁶ STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 101.

³²⁷ Desimporta, deste ponto de observação, a organização política de controle de constitucionalidade, de modo que o que deve ser observado é a supremacia constitucional, seja por que órgão estatal o for prestada: componente ou não do Poder Judiciário.

*instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico.*³²⁸

Como já restou explicitado anteriormente, para a doutrina moderna, a prestação da tutela jurisdicional consistiria em pura e simplesmente declarar acerca do direito, ou seja, a obtenção de uma *sentença condenatória*, enquanto o que de fato interessa para o jurisdicionado é a realização de seu direito materialmente considerado.

Diversa constatação, em prol da satisfação ao invés do título judicial, não é possível para quem parte das premissas da plenariedade consagrada pela *ação ordinária*, haja vista que, cada vez mais, a comunidade, agigantada e incrivelmente ágil em suas relações, aponta no sentido da consagração do processo civil como *instrumento*, ou seja, denotando a necessidade da releitura da *experiente* disposição civilista de que a todo direito corresponde uma ação (art 75, do CC/1916).

Em última análise, o direito material não pode mais ser desconsiderado, como o é pelo paradigma da ordinarização, principalmente quando da construção do *instrumento* que teria por função alcançar este direito ao tutelado.³²⁹

Veja-se que os constitucionalistas deparam-se com problema de natureza idêntica, ainda que no plano do Direito constitucional, produzindo implicações ainda maiores, já que é *efetivamente impossível imaginar uma lei, salvo precisamente nas leis processuais (e mesmo assim ...) que não dependa de decisão acerca de questões substantivas.*³³⁰

Denota-se, assim, uma carência existente, por parte dos operadores do Direito, advinda de um conceito defasado de jurisdição, vez que eles não podem, como assentado alhures por OVÍDIO, lançar mão eficazmente de um *instrumento* (o processo) que desconsidera o *seu objeto* (o direito material),³³¹ uma vez que ambos deveriam *caminhar juntos*, o que justifica sobremaneira a

³²⁸ STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 128.

³²⁹ “Somente agora, passado mais de um século, é que os juristas procuram restabelecer o elo perdido entre processo e direito material, seja para resgatar o princípio da instrumentalidade do processo, seja, a partir desta idéia fundamental, para investigar os instrumentos de tutela processual, de modo que o direito material se liberte da servidão a que fora submetido pela ‘ciência’ processual. (...) Esta ‘redescoberta’ é tão significativamente extraordinária que os juristas fiéis aos velhos esquemas conceituais, paladinos da autonomia da ação e, fundamentalmente, do direito e do processo como *relação jurídica*, surpreendem-se ao constatar que o direito material pode influenciar (!) o processo.” (OVÍDIO, *Jurisdição e execução...*, op. cit., p. 172).

³³⁰ STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 129.

³³¹ Como advertido anteriormente, opta-se por uma visão voltada para a questão da *diferença ontológica*, ao invés da relação sujeito-objeto, entretanto, expõe-se desta maneira para fins tanto didáticos quanto por estarmos mais vinculados

sustentação, que ora se propõe, de uma unificação das experiências acerca do *conceito* de jurisdição para o Direito constitucional. Entretanto, não aqueloutro, tradicional, senão este *conceito* crítico³³² e com vistas à nova conjuntura social, voltado ao conteúdo material constitucional,³³³ para que, a partir desses entendimentos/desenvolvimentos, alcancemos o que se necessita, por meio de uma atividade de tal natureza,³³⁴ prestada em âmbito constitucional, vez que o *Estado de Direito não se realiza pela simples declaração constitucional dos procedimentos legitimadores. É imprescindível a concretização constitucional dos mesmos.*³³⁵

Essa nova visão da jurisdição retoma o *imperium*, característica que sempre esteve presente na jurisdição,³³⁶ apenas afastada pela *actio* romana na decadência do Império Romano, mas que é até hoje presente na *common law*, ou seja, a jurisdição enquanto atividade que importa em ordenar (postura ativa), e não apenas declarar (postura passiva).³³⁷ O *contempt of court* estadunidense³³⁸ ilustra bem essa situação, ao determinar a prisão por desrespeito ao tribunal, não se cogitando, por exemplo, ferimento dos direitos humanos, ou dignidade da pessoa humana, em casos de prisão por dívidas.³³⁹

As conseqüências dessa diferenciação de concepção, que para os mais ingênuos pode parecer insignificante, são surpreendentemente desastrosas, tanto que o constitucional “remédio” brasileiro, denominado *mandado de injunção*, arma poderosíssima contra as omissões legislativas, não resistiu ao apego às noções tradicionais de jurisdição como já ressaltado alhures. Neste caso, o antigo paradigma, embasado na separação de poderes, sobressaiu-se, servindo para justificar a atuação tímida da Corte constitucional brasileira, a qual se limita a notificar o Congresso Nacional nas hipóteses de sua aplicação.

(os objetivos deste trabalho) com a aplicação hermenêutica em âmbito constitucional (a ser explicitada no capítulo adiante desenvolvido).

³³² OVÍDIO, *Curso de processo civil*, v. 1, op. cit., pp. 40 e 41.

³³³ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*. México: Fundap, 2002, p. 59.

³³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, 67.

³³⁵ STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 166.

³³⁶ TUCCI, *Lições...*, op. cit., p. 43.

³³⁷ OVÍDIO, *Jurisdição e execução*, op. cit., pp. 10, 27, 34, 36.

³³⁸ CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

³³⁹ Típico caso de entificação, o que adiante será retratado, mormente se considerado o caso concreto de empresários abonados em face de trabalhadores ou consumidores fraudados em seus créditos ou direitos.

Evidentemente, uma postura mais ativa do Poder Judiciário comportará críticas voltadas para a invasão dos poderes, argumentando-se, sob a ótica das velhas premissas, no absurdo que representa a *judicialização da política*.

Entretanto, diante da nossa realidade histórico-social, não há como cerrar os olhos para a crise que se agudiza, justamente, diante dos homens que compõem as instituições públicas, no sentido do descumprimento, ou mesmo, desvio dos objetivos constitucionais, segundo os interesses do grupo que eventualmente está no poder.

A propósito disso, não é demais transcrever:

“... se a judicialização da política ‘significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do Direito e a ‘substituição’ de um Estado benfeitor por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitora, em minorias parlamentares, *não se pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos*. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstrução do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça”.³⁴⁰

Evidentemente não faltarão juristas para argumentar acerca da “reserva do possível”, entretanto, as limitações estritamente econômico-financeiras não devem, nem podem impedir uma atuação ponderada e adequada³⁴¹, de modo a consagrar uma opção pela ineficácia. Como antecipado, esta opção, até então, tem sido coadjuvante da não realização da expressiva maioria das expectativas advindas dos direitos sociais constitucionalmente previstos.

Para quem se vale do dogma da separação dos poderes, premiado pela leitura defasada – dogmática – do conceito de jurisdição, não percebe, ou não deseja perceber, que o direito não se realiza de *per si*, impondo-se a viabilização de uma atividade mais ativa por parte do titular da aplicação do Direito, afastando-se daquela natureza meramente obrigacional, inerente às relações jurídicas privadas, que sustentaram o conceito de jurisdição consagrado pela modernidade.³⁴²

³⁴⁰ STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 161.

³⁴¹ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, pp. 286 e ss.

³⁴² OVÍDIO, *Jurisdição e execução*, op. cit., p. 38.

Nesse sentido, ou importamos um conceito mais sofisticado de jurisdição para a Justiça “constitucional” - que, ao invés de *tímida*, adotará uma postura ativa, sem *tropeçar* nos antigos paradigmas da separação de poderes, atuando positivamente, buscando com sua jurisdição *instrumentalizar* suficientemente o conteúdo material constitucional,³⁴³ seja na identificação do mal proceder do Poder Público, seja na sua inatividade - ou estaremos fadados a seguir assistindo o *teatro da política*, com seu revezamento de grupos políticos, os quais somente chegam ao poder mediante apoios e conchavos, ou seja, quando já não mais representam qualquer possibilidade de alterações – ameaça - ao cenário nacional político instituído.

Quanto às ameaças de riscos que a relatividade representa, corajosamente, CAPPELLETTI³⁴⁴ responde que, na vida real, não existem absolutos, aptidão esta que igualmente preferimos relegar ao pensamento metafísico.³⁴⁵

A jurisdição, no âmbito constitucional, pode optar por duas condutas diferenciadas, quais sejam, ou ela garante os direitos fixados no ordenamento-macro, sem qualquer força (*imperium*) de estabelecer/impôr seus entendimentos constitucionais em virtude dos dogmas já referenciados, ou se vincula à eticidade substantiva da comunidade, podendo, dessa maneira, agir de forma a aproximar a norma da realidade/satisfação dos direitos. Salvo melhor juízo, é a segunda hipótese a que se considera compatível com os objetivos do Estado Democrático de Direito,³⁴⁶ como a seguir será desenvolvido.

³⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 68.

³⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, op. cit., p. 80.

³⁴⁵ “... é indispensável, ..., formar juristas que não sejam, como agora, técnicos sem princípios, meros intérpretes passivos de textos, em última análise, escravos do poder (...), pois o servilismo judicial frente ao império da lei anula o Poder Judiciário que, em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democrático dos três ramos do Poder estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas democracias representativas, o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania.” (OVÍDIO, *Jurisdição e execução...*, op. cit., p. 219).

3 O MECANISMO CONSTITUCIONAL DA *NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO* E SEU MODO DE SER ADEQUADO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

3.1 O Estado Democrático de Direito no caminho hermenêutico.

A despeito de o escopo do presente trabalho e, mormente, do presente capítulo dizer com a abordagem de um mecanismo de controle de constitucionalidade conhecido por *nulidade parcial sem redução de texto*,³⁴⁷ estando indicadas diversas reflexões já expostas, impende destacar alguns aspectos que possuem correlação não apenas com o objetivo proposto, mas primordialmente com a importância de situar a questão até mesmo para legitimar a relevância da abordagem que não se pretende seja *meramente técnico-jurídica*.

³⁴⁶ STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 35.

³⁴⁷ Destaca-se que esse mecanismo possui raízes germânicas, sendo a nomenclatura original *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*, a qual nada obstante ser conhecida no Brasil por *nulidade parcial sem redução de texto* possui inúmeras outras formas de denominação: decisão interpretativa de acolhimento (ou de acolhimento parcial), inconstitucionalidade parcial qualitativa, ideal, ou vertical e, ainda, decisão redutiva qualitativa. Para STRECK o nome técnico-constitucional adequado seria *declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa*. (STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., pp. 476 e 505). Esse modo-de-ser da prestação jurisdicional não deve ser confundido com a *interpretação conforme a Constituição (verfassungskonforme Auslegung)*, consoante a seguir explicitado no tópico 3.3.1.

Assim sendo, há de se referir que o Direito constitucionalizado,³⁴⁸ prevalente nas democracias contemporâneas, trouxe consigo inúmeras modificações no existencial-homem³⁴⁹ enquanto sujeito de direitos e com deveres.³⁵⁰

Ainda assim, inúmeras são as dúvidas e as discussões acerca do movimento do constitucionalismo, restando aparentemente tranqüilo, entretanto, o fato de que a Constituição – que não deixa de ser uma forma de contrato social mais sofisticado³⁵¹ - traz consigo, em sua origem e conteúdo, a inter-relação entre Direito e política, sendo que essa reciprocidade, enquanto tal, constitui uma proteção contra eventuais abusos dos representantes do povo (governo), visando a evitar com isso um contexto que possa possibilitar o retorno à lei do mais forte em âmbito democrático.³⁵²

Essa reciprocidade, realizada por meio de um estado de direito, é tão evidente como sendo um dos efeitos da realidade constitucional, que a constituição possui entre suas funções a de garantir o seu núcleo político,³⁵³ de modo que não possa ser adulterado ou maculado senão por meio de revolução, ou seja, com uma ruptura institucional.³⁵⁴ Esta afirmação, aliás, se coaduna com o início

³⁴⁸ “Se a Idade Média enquanto expressão de poder fora obra de uma teologia jusnaturalista, a mesma base filosófica – a saber, o direito natural, desvinculado, porém, da divindade e articulado com a razão, donde emana – reaparece e escreve o segundo capítulo dessa novela de poder que é o Constitucionalismo, em substituição do Absolutismo. (...) A mudança havida dá começo à idade do Constitucionalismo, tão pródigo de sucessos, tão relevante nos seus fatos históricos, tão determinante nos recuos que fazem o direito da força ceder à força do Direito. Tais elementos de reflexão e análise antecipam a pré-compreensão do Estado constitucional contemporâneo.” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 5ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 36).

³⁴⁹ Ver nota de rodapé nº108.

³⁵⁰ É imperioso o registro da questão dos deveres em virtude de movimentos *alternativistas* no Direito brasileiro que acabam por focar unilateralmente apenas os direitos que não raras vezes têm sido confundidos com interesses. Ver a respeito: NEVES, Antônio Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido?* Lisboa: Instituto Piaget, 2002, pp. 36 e 51.

³⁵¹ “O Estado constitucional, artefato político, social, moral e jurídico de uma rebelião de idéias, foi a obra de filósofos contratualistas inclinados a transformar o mundo e a refazer as instituições.” (BONAVIDES, op. cit., p. 38).

³⁵² Eventuais maiorias governistas ou oposicionistas com potencialidade de abuso sobre as minorias: “... bem como da convicção de que o princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade do Poder Legislativo e do Executivo perante as violações da lei fundamental. *A soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação dos Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantada pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado.*” (STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 101).

³⁵³ “O axioma de Montesquieu teve profundo influxo no ânimo dos redatores da Declaração, os quais o incorporaram ao seu texto e depois o trasladaram para a Constituição de 3.9.1971. Do seguinte teor essa fórmula impercível, que é o alicerce jurídico de todas as Constituições já promulgadas, porquanto não há Direito nem Justiça onde não se estabelecem limites à autoridade de quem governa...” (BONAVIDES, *Teoria do estado*, op. cit., p. 39).

³⁵⁴ “... a Constituição, antes de mais nada, e além de ser o elo contudístico que une ‘política e direito’ em um determinado Estado, é também um (eficiente) remédio contra maiorias. E ao se constituir em remédio contra maiorias (eventuais ou não), tem-se que a Constituição, enquanto explicitação do contrato social, traz ínsito um núcleo político que somente pode ser extirpado/solapado a partir de uma ruptura institucional.” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 105).

do constitucionalismo que dentre outros marcos, peculiares a cada povo e sem especificarmos maiores detalhes classificatórios (estado liberal, social, democrático etc.), verifica maior peso político nas revoluções conhecidas por *Queda da Bastilha e Independência Americana*.³⁵⁵

Diante dessa realidade não são poucas as dúvidas que remanescem acerca da legitimidade da atuação do Poder Judiciário e de suas limitações no âmbito de atuação político-estatal, como ressaltado alhures.

Note-se com isso que a questão tem seu nascedouro na própria estrutura constitucional inicialmente desenvolvida, a qual trazia consigo propósitos diversos, como, por exemplo, o do direito enquanto instrumento de controle em prol na busca de sedimentação do êxito do legislativo sobre o executivo (uma resposta da classe burguesa ao antigo regime absolutista). Outro enfoque a ser destacado, em termos de Europa continental, mas de semelhante repercussão, enquanto potencialidade de fragilização do constitucionalismo, está na evidência de menor significância da Constituição, por se tratar de diploma voltado para o público, haja vista que não deve ser olvidado que a sua consagração se dá em um momento em que o que releva é o privado – maior importância do Código Civil napoleônico. Esta afirmação é confirmada a partir da constatação de que se trata de uma realidade social contextualizada em um horizonte de sentido voltado para a concretização do Estado Liberal, em que o Poder Judiciário somente se justificava enquanto órgão cuja função era restrita a de garantir a estrutura e certificar o cumprimento da vontade do povo que se daria por meio do Poder Legislativo.³⁵⁶

Com efeito, essa liberdade e igualdade formais propaladas pela nova filosofia do estado não impede que lentamente se ateste a ineficiência do Estado Liberal, no sentido da concretização dos direitos sociais, mormente diante da estrutura voltada para a concentração da renda (sua realização se dá por meio do regime capitalista), a qual acabou gerando uma antítese usualmente denominada Estado Social (*Welfare state*).

³⁵⁵ “Assim se qualifica por Estado constitucional da separação de Poderes aquele que surgiu imediatamente após as duas grandes revoluções da segunda metade do século XVIII: a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa.” (BONAVIDES, *Teoria do estado*, op. cit., p. 37).

³⁵⁶ “A própria noção de Constituição não assume lugar cimeiro no velho continente, porque tratava do público, em tempos de triunfo do privado.” (STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 105).

Ocorre que o Estado Social igualmente não correspondeu aos anseios civilizacionais, eis que sua postura assistencialista mostrou-se exacerbada, gerando *exércitos* de pessoas que, ao invés de cidadãos, passaram a ser tratados como *massa de manobra*,³⁵⁷ por meio de políticas públicas que mais serviram para o desmonte do Estado (enquanto insuficiente para abarcar o subdesenvolvimento da população), tornando grande parte dos cidadãos dependentes de eventuais benesses de *políticas eleitoreiras*. Em troca dessa dependência criada, periodicamente, os mesmos atores sociais cobram/induzem a contrapartida da população por meio de votações polpudas para serem alçados novamente ao poder. A ambivalência dessa circunstância é bem evidente, em termos de Brasil, vez que o mesmo assistencialismo que elege é o que é utilizado – devido não apenas a sua insuficiência, mas principalmente pela carga de custos que seriam necessários para implementação de condições mínimas de dignidade - como justificativa para a reeleitura de pressupostos liberais que passou a ser identificada como *neoliberalismo*.³⁵⁸

Diante dessa dialética e a partir de um amadurecimento da sociedade democrática, surge a noção de Estado Democrático de Direito que pretende responder aos anseios sociais. Em termos fenomenológicos podemos identificar o EDD como sendo um existencial que condiciona a atuação do homem no mundo e, portanto, em sociedade, relevando salientar a lição que segue:

“A democracia e os direitos fundamentais passam a ser os dois sustentáculos desse novo modelo, donde não pode haver retrocesso. Por isso, para utilizar uma linguagem hermenêutica, é possível dizer que a noção de Estado Democrático de Direito que a tradição nos legou é um existencial. Qualquer problematização que se pretenda elaborar acerca da democracia e do agir dos agentes sociais se dará neste espaço, onde ocorre o sentido do Direito e da democracia. O Estado Democrático de Direito é, assim, um ‘desde-já-sempre’, condicionando nosso agir-no-mundo, porque faz parte de nosso modo de ser-no-mundo. O Estado Democrático de Direito não é algo separado de nós. Como ente disponível, é alcançado pré-ontologicamente. *Ele se dá como um acontecer.*”

³⁵⁷ “... o que se observou foi, muitas vezes, apenas a transformação do indivíduo liberal em cliente da administração, apropriando privadamente a poupança pública ou adotando estratégias clientelistas de distribuição das respostas estatais e dos serviços públicos, quando não, naqueles locais onde a fórmula do Bem-Estar Social apenas como farsa foi forjada, elaborando-se mecanismos de constituição do consenso social desde um processo de infantilização dos atores.” (MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 44).

³⁵⁸ Nada obstante, estas afirmações estarem postas de forma genérica e, até mesmo, residirem em lugar comum da crítica acadêmica, em termos de Brasil elas são bem presentes, ecoando inclusive em manifestações intelectuais contra as opções do governo federal. (COMPARATO, Fábio Conder. *Réquiem para uma Constituição*; e NETTO, José Paulo. *FHC e a política social: um desastre para as massas trabalhadoras*. In: *O desmonte da nação: balanço do Governo FHC*. Org. Ivo Lesbaupin. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999). Outrossim, a experiência dessas realidades acabou por gerar um fato que passou a ser identificado com a *falência da democracia representativa*. Registra-se, entretanto, que

Nesse sentido, é possível dizer que o agir jurídico-político dos atores sociais encarregados institucionalmente de efetivar políticas públicas (*lato sensu*) acontece nessa manifestação prévia, onde já existe um processo de compreensão.³⁵⁹

Nessa fala resta explicitada a importância do *círculo hermenêutico heideggeriano* para o Direito, haja vista que o Estado Democrático de Direito não pode ser *entificado*, mas sim percebido como uma *pré-compreensão*, que sempre se dá no homem que vive em uma democracia (constante projeto em construção). O Estado Democrático de Direito é uma noção prévia que sempre deve estar em todas as ações e sentidos a serem atribuídos aos entes eventualmente enfocados.

Daí porque a relevância do estudo de um mecanismo constitucional, denominado pela doutrina como *nullidade parcial sem redução de texto*, o qual somente tem sentido se percebida essa

esta questão não possui espaço para tratamento adequado no escopo do presente trabalho, até pela relevância e complexidade próprias do assunto.

³⁵⁹ STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 106. Convém poderar, por conta da relevância dessa reflexão acerca do Estado Democrático de Direito, que a opção pelo termo existencial, que tem características referenciais, possui relação com a matriz teórica eleita (hermenêutica filosófica), a qual objetiva se afastar da tradição metafísica tendente a categorizações. A referência a horizonte de sentido, por sua vez, é igualmente uma afirmação imprescindível para esta questão, visto que ela possui a peculiaridade de abertura, enquanto a tradição tem se voltado constantemente aos *fechamentos* conceituais e sistemáticos (o horizonte de sentido abarca tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto, sendo que esta postura enriquece o *conceito* – o existencial EDD –, haja vista que ao mesmo tempo em que permite a vinculação racional do homem a partir de determinado ponto, antevê a possibilidade de estreitar, abrir, ou mesmo de estabelecer novos horizontes). Por conseguinte, não é possível deixar de registrar que a existencialidade do EDD está diretamente relacionada com a questão da temporalidade intrínseca ao homem (*Dasein*). Se a Constituição é o resultado de uma interpretação (é a compreensão limitada a um tempo histórico definido) ela é o resultado de seu resultado (STRECK, *Hermenêutica...*, op. cit., 5ª ed., pp. 305/306 – CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, op. cit., p. 89), eis que ela é o fundamento sem fundo (temporalidade), visto que ela será condição de possibilidade para qualquer interpretação constitucional. Outrossim, a despeito da referida temporalidade, para que se fixem limites de sentidos, temos que, necessariamente, forjar um universo de *pré-juízos* verdadeiros (autênticos) (GADAMER, *Verdade e método*, op. cit.), os quais comporão o que se denomina de *parada entificadora* (STEIN, *Aproximações*, op. cit., p. 58), da qual não é possível ao intérprete escapar. A grande sofisticação propiciada, entretanto, pela *hermenêutica filosófica* de que se vale STRECK (*Hermenêutica...*, op. cit., 5ª ed., pp. 290 e 301), é que para a dogmática esta parada (suspensão dos *pré-juízos*) é definitiva, enquanto que para a hermenêutica ela é apenas temporária, de modo que o EDD sob os auspícios da *hermenêutica filosófica* ganha a flexibilidade do movimento que a sociedade exige dele, ultrapassando-se a entificação para optar-se por um *acontecer hermenêutico* (a questão da inexistência de um universo pronto, mas sim da possibilidade de organizarmos o universo mediante um processo descritivo, processo este denominado por Heidegger de *analítica existencial*, é bem explicitado por STEIN, *Pensar é pensar a diferença*, op. cit., pp. 159 e ss.). Finalmente, a referência à questão de *não-retrocesso* deve estar contextualizada nesse *acontecer hermenêutico*, evitando-se a interpretação inautêntica de poderia ser gerada acaso fosse considerado o *não-retrocesso* como um significado permanente (entificação) a partir do qual apenas significados *melhores* ou *superiores* poderiam advir. Efetivamente tal não pode ser o intento da afirmação, tanto que os controles de constitucionalidade a serem enfocados trarão à tona a prestação jurisdicional em termos de possibilidades e de sentidos temporariamente constitucionais (ver adiante a questão do prazo em dobro em face do desaparecimento da Defensoria Pública em relação ao Ministério Público), razão pela qual o *não-retrocesso* deve ser visto como a inautenticidade de se vir a considerar possíveis opções de sentido à revelia do horizonte de sentido propiciado pelo Estado Democrático de Direito.

necessidade de mergulharmos na *ontologia*, ou seja, na conscientização de que o homem enquanto linguagem (intérprete), atribui sentidos aos entes (texto e norma).³⁶⁰

Não há como receber, sem que haja reflexão ou mesmo estranheza,³⁶¹ um mecanismo que admite a existência de sentidos múltiplos a um texto, enquanto vivermos sob a égide de uma tradição inautêntica que ainda pretende lançar mão do sentido único, da certeza jurídica, enfim, da declaração da verdade, supostamente obtível pelo julgador que alcançaria o “espírito da lei” ou a “vontade do legislador”, ou ainda, que não pode julgar *contra legem*.

Essa suposta “vontade inviolável”, que tem respaldo científico na unicidade de sentido, a qual é tratada como sacra, por *significar o povo* na estrutura representativa, fica profundamente fragilizada quando se compreende que a interpretação não se dá pela compreensão do texto em si. Em realidade, a norma é um produto da interpretação, entretanto, tanto texto quanto norma *não subsistem separados um do outro*.³⁶² Esse é um passo decisivo na direção da inclusão, quando da

³⁶⁰ “Como venho insistindo, é preciso ter claro que a *pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido (ser do ente) se dá, qual seja, pelo intérprete que compreende esse sentido*. O intérprete não é um *outsider* do processo hermenêutico. 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 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*. Assim, concordo com Friedrich Müller quando diz que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto. 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 modo 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, produto da 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. 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 uma Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) -, 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.” (STRECK, Lenio Luiz. *A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do ontological turn*. In: RBEP, n° 89, jan-jun. 2004. Belo Horizonte: RBEP, pp. 128/129).

³⁶¹ Embora seja importantíssima, raras vezes a “angústia do estranhamento” é despertada, mesmo quando diante do novo, visto que já se constatou que para o jurista há uma: “... dificuldade de ocorrer a angústia do estranhamento com o novo, que é o texto constitucional que estabelece um novo modelo de Direito (e de sociedade). Como diz Gadamer, ter horizonte significa não estar limitado ao que está mais próximo de nós, *mas, sim, poder ver além*.” (STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 190). Essa afirmação toma por base a própria dificuldade de instrumentalização/concreção dos direitos constitucionais, cuja opção classificatória, notadamente cientificista, passa a justificar a ausência de efetividade de determinados direitos (v.g. os direitos classificados como programáticos).

³⁶² STRECK, *A diferença ontológica...*, op. cit., pp. 121-160.

prestação jurisdicional, da legitimidade da avaliação de que a produção de um texto se dá em um ambiente de trocas de favores e jogos de interesses, ao invés de pura e idealmente significar a vontade do povo.

Não se trata uma constatação viabilizadora do arbítrio jurisdicional, mas sim que da constatação desta contingência fica reforçada a pertinência do olhar a partir do horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito, em que o conteúdo político-jurídico constitucional é onde deve, efetivamente, se dar a compreensão.³⁶³ Desta feita, parece indubitável pensar que cresce a legitimidade do Poder Judiciário, uma vez que, democraticamente,³⁶⁴ terá ele a função de sobrepor a força normativa constitucional sobre os abusos eventuais viabilizados por uma que a estrutura baseada em homens supostamente desinteressados (neutros).

A hermenêutica, ao invés de rivalizar com essas constatações, por meio da busca de um método mais perfeito que detenha os desgastes do sistema (separação do direito e da política), opta por problematizar e assumir a peculiaridade da compreensão humana (pejorativamente, tida por fragilidade e limitação para o pensador que se baseia na ciência da natureza como paradigma metodológico adequado às ciências sociais), por meio da *consciência histórica efetual*, da *tradição* e do *reprojetar* decorrente de seu *ser-no-mundo*.

Desse modo, pensa-se que se está a ampliar o poder de crítica do jurista que passe a trabalhar com a forma como se dá a compreensão humana (hermenêutica), de maneira que a própria estrutura do sistema jurídico passa a ficar mais evidente (desvelamento) e perceptível, a fim de que se possa

³⁶³ “*Compreender* não é um ideal resignado da experiência de vida humana na idade avançada do espírito, como em Dilthey; mas tampouco é, como em Husserl, um ideal metodológico último da filosofia frente à ingenuidade do ir vivendo. É, ao contrário, a *forma originária de realização da pre-sença*, que é ser-no-mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da pre-sença, na medida em que é poder-ser e ‘possibilidade’.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 264/347.

³⁶⁴ Arrisca-se afirmar que atualmente no Poder Judiciário se encontra o mais autêntico espaço democrático do cidadão contemporâneo (esta afirmação não comporta idealizações, pois se está ciente das deficiências e limitações inclusive deste espaço), pois é lá o local em que o cidadão ainda logra ter sua insurgência ouvida e avaliada sob a garantia constitucional do *devido processo legal* (contraditório e ampla defesa) sem a necessidade de lançar mão de pressões de opinião pública e mídia, as quais compõem, a par da força do denominado *lobby* (do qual apenas grupos numerosos ou grandes corporações podem lançar mão), um espaço excedente e pontual de pressão sobre os poderes Executivo e Legislativo, haja vista que estes não raro estão voltados para interesses estritamente individuais ou partidários. (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 173 e ss. e 181 e ss.).

sustentar a legitimidade de uma atuação jurisdicional *pró-ativa*, que passa a se justificar democraticamente.

Essas ponderações permitem ao *operador do Direito* questionar, por exemplo, as razões que explicariam a significativa limitação do *poder da toga*, já que este poder fora reprimido pelos revolucionários franceses, em função do compromisso dos magistrados da época com o Estado Absolutista a que se opunham os revolucionários. Salvo melhor juízo, o absolutismo não se revela uma ameaça para a democracia brasileira. As justificativas, portanto, dessa limitação, naqueles termos, não se sustentam mais, permitindo-se afirmar que o referido discurso é intempestivo.

Nada obstante a singeleza desse exemplo, a percepção do mesmo não evitou a manutenção, pelo sistema jurídico vigente, da declaração da *vontade da lei* ou da *do legislador* seguir sendo eleita como a função precípua do julgador (as posturas da dogmática processual anteriormente referidas corroboram esta afirmação).

Ora, é evidente que o Poder Judiciário não deve ser ilimitado (o advento da Emenda Constitucional n. 45³⁶⁵ dá conta disso), entretanto, deve-se admitir a prestação jurisdicional não como apartada ou inferior em relação aos demais poderes, mas sim democrática e igualmente comprometida com a realização do Estado Democrático de Direito. De notar, ainda, que essa postura hermeneuticamente comprometida somente possui pertinência acaso seja percebido que o sentido atribuído ao texto legal é aquele do ser-no-mundo, ou seja, do próprio homem que o declina, e não meramente resultado de uma análise exegética que conduziria matematicamente a um resultado correto.

A grande diferença desse modo-de-ser é que não mais se justificariam posturas arbitrárias, porém formalmente respaldadas na lei. Isto é claro, desde que se admita a inevitabilidade da condição humana, através de seu modo de compreender o mundo, suas suscetibilidades políticas, enfim, sua atribuição pessoal de sentido ao texto (a partir de seu olhar pontualmente identificado com suas vivências). A partir dessas possibilidades/limitações (o comprometimento do ator social

³⁶⁵ Não se pretende abordagem da (in)constitucionalidade desta questão, de qualquer modo reportamo-nos a seguinte obra: AGRA, Walber de Moura (Coord.) et alli. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

fica bem mais evidenciado), tem-se por melhor viabilizada a obtenção do sentido da norma jurídica, outrora tida por unívoca, a partir do horizonte de sentido constitucional.

Com efeito, se o homem é linguagem, e norma é o sentido dito (atribuído) pelo homem a respeito do ente (texto), ou seja, interpretação com aplicação (compreender sempre é aplicar), a casuística passa a ser vista com mais relevância e naturalidade, acabando por – e é isso que importa ressaltar – tornar o julgador responsável pessoalmente por aquilo que declina ao conectá-lo com o discurso eleito.³⁶⁶

As críticas à hermenêutica, que nesse tom de abordagem parece tão satisfatória, vêm no sentido de que tal forma de pensar acabaria por tutelar o arbítrio e o relativismo, haja vista que tudo seria possível, desde que adotado um ponto de vista, ainda que de forma aleatória e segundo o bel prazer do intérprete.

Salvo melhor juízo, aí é que se equivoca mais profundamente uma tal postura de resistência dogmático-jurídica. Atualmente, como já referido, o sistema ainda se sustenta a partir de fenômenos conhecidos como “vontade do legislador”, “espírito da lei”, ou a vedação da interpretação *contra legem*. Pensa-se que, em realidade, estas categorizações, por não corresponderem ao modo de ser da compreensão humana, acabam sendo mais perversamente arbitrários - quando da inevitável interpretação realizada pelo julgador - do que na hipótese de se exigir uma decisão embasada em um sentido estruturado hermeneuticamente, sob o horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito em que todos os atores sociais envolvidos estejam conscientes da atividade que será exercida pelo julgador.³⁶⁷

³⁶⁶ “... quando o juiz disser que julga de tal ou qual modo porque esse é o sentido da norma aplicável, ele ainda não forneceu nenhum fundamento válido da sentença. Escolhendo ‘livremente’ o sentido que lhe pareceu adequado, sem justificá-lo, o julgador não teria ido além do raciocínio formulado por alguém proibido de explicitar os fundamentos da decisão. Na verdade, nossos magistrados, segundo o sistema, não ‘decidem’, apenas ‘julgam’, porquanto toda decisão pressupõe ‘discrição’, escolha entre duas ou mais alternativas aceitas pela norma.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 334.). Ver: CAPPELLETTI, *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

³⁶⁷ Nessa quadra de ponderações, a dogmática jurídica parece estar mais sujeita a arbitrariedades do que o olhar hermenêutico, já que a ela basta indicar um sentido cujo fundamento estaria em um texto (artigo de lei, por exemplo) ou em alguma classificação conceitual (critério metodológico cientificista), que a prestação jurisdicional estaria devidamente justificada, enquanto a hermenêutica está totalmente comprometida com o ponto a partir do qual o intérprete deve atuar (o horizonte de sentido do EDD), de modo que seja imperioso a ele lançar mão de ponderações que

Essa co-pertença, homem-texto-norma, é que vem sendo esquecida, ou ocultada, metafisicamente³⁶⁸ há séculos, consistindo-se na importante problemática da denominada *diferença ontológica*.³⁶⁹ A pergunta pelo fundamento último (o ser buscado pela metafísica), acaba por provocar o esquecimento de que o ser só é ser-do-ente, e que o ente somente se dá no seu ser, que depende da linguagem, a qual constitui o homem. Este homem, nada obstante, somente é-no-mundo, ou seja, considerando o aspecto da finitude, e que o homem só se terá por completo com a morte (nunca terá consciência de sua completude), não há como ocultar que o fundamento do ser, em realidade, não possui fundo. A conclusão de que não há um ser abstrato e infinito – cuja identificação consistiu na grande luta da metafísica - acaba sendo impositiva diante dessa revelação facultada pela *hermenêutica filosófica*, ao menos diante das limitações humanas às quais temos de nos dobrar.

Entretanto, é a partir deste paradigma construído secularmente pela tradição jurídica que temos de enfrentar questões tão atuais como o são os controles de constitucionalidade, procurando identificar a tradição autêntica, de maneira a detectarmos, o quanto possível, os *preconceitos inautênticos* que são trazidos com ela.³⁷⁰

Embora seja uma questão complexa e de poucas possibilidades de fixação por meio de erros e acertos (o que espanta a quem ainda deseje encontrar uma resposta neutra e correta), é extremamente relevante esse *dar-se conta* de que, quando se lê um texto, não se está atento exclusivamente à opinião do outro, mas antes disso são os próprios preconceitos do intérprete que estão agindo como primeiros interlocutores. Uma vez consciente dessa inevitabilidade, que é

justifiquem (compromisso de busca e identificação da tradição e dos preconceitos que compõe o próprio intérprete, em função do modo de ser do homem: magistrado e partes) o sentido por ele atribuído como sendo o mais autêntico possível (consciência histórica efetual), sem que com isso ele tenha por obtida a resposta definitiva para o *problema jurídico* apresentado (entificação do resultado que seria aplicado abstratamente a outras circunstâncias postas em causa: enunciados sumulares). Como dito alhures, para a dogmática a parada entificadora é definitiva, enquanto que para a hermenêutica ela é temporária (STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit.).

³⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Los caminos de Heidegger*. Barcelona: Herder Editorial, 2003, p. 53.

³⁶⁹ “O que está em questão é um fundamento completamente diferente, o único a possibilitar toda compreensão do ser; é o próprio fato de que exista um ‘pré’ (‘dá’), uma clareira no ser, isto é, a diferença entre ente e ser. A indagação que orienta para esse fato básico de que ‘há’ tal coisa, pergunta na verdade pelo ser, mas numa direção que ficou necessariamente impensada em todos os questionamentos anteriores sobre o ser dos entes, e que inclusive foi encoberta e velada pela própria indagação metafísica pelo ser.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 262/345.

³⁷⁰ “São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. (...) É só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 274/359.

essencialmente humana, a hermenêutica vê uma possibilidade mais honesta e, igualmente científica, de o intérprete abrir-se à alteridade do texto (o confronto da verdade do texto com as opiniões prévias pessoais), ciente de que a anulação de si mesmo (a neutralidade) é um ideal que efetivamente não é possível de se concretizar.

Nesse sentido, aspectos relevantes do desenvolvimento do controle de constitucionalidade devem ser ressaltados, a fim de melhorar a compreensão acerca da temática a ser enfrentada, não apenas a partir, mas mormente com a tradição.

3.2 O controle de constitucionalidade: tradição e argumentos críticos.

No Brasil o controle de constitucionalidade, contrariamente à tradição de inúmeros países, pode se dar pela atuação de qualquer juiz ou tribunal³⁷¹. Entrementes, há que se esclarecer que tal controle não passa de uma mera recusa de aplicação da norma reputada inconstitucional pelo julgador, já que nestas hipóteses o regramento legal sob enfoque seguirá integrando o ordenamento jurídico pátrio.³⁷² Em tais casos é seguido o tradicional efeito jurídico sentencial *inter partes* e dentro dos limites do *objeto litigioso*.³⁷³

³⁷¹ Embora pareça paradoxal num sistema jurídico contruído para tutelar a segurança e a certeza admitir-se uma suposta anarquia mediante a previsão de possibilidades de decisões conflitantes, tal anomalia, para o sistema, é solvida e, assim, restaurado o cerne da sua estrutura, mediante a existência de recursos extremos com intuito uniformizador (v.g. recurso extraordinário, do art. 102, III, da CF/88). Desse modo, o paradigma *dá com uma mão* (inúmeras possibilidades de decisão) e *retira com a outra* restabelecendo o *status quo ante* com os recursos extremos (o STF encontra-se organizado como o oráculo responsável pela resposta correta a ser obtida a partir do sistema).

³⁷² Nada obstante, o art. 52, X, CF/88, manteve instituto de há muito consagrado no âmbito constitucional brasileiro, qual seja a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, em casos de declaração de inconstitucionalidade incidental promovidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, cuja maior relevância diz com o efeito *erga omnes* a que é atribuído à referida decisão.

³⁷³ Um exemplo prático de corriqueira ocorrência seria o caso de fiador em relação à penhora de bem de família. A lei brasileira permite a penhora em tais hipóteses de garantia (art. 3º, VII, da Lei. 8.009/90), enquanto que a penhora de bem de família é vedada, via de regra. Um mesmo fiador, com relação a um mesmo credor, mas com relação a imóveis e dívidas diversas (objeto litigioso), poderia ter afastada a lei que permite a penhora do bem de família, por reputada inconstitucional (v.g. direito à moradia, EC 26/2000, ou mesmo o princípio da proporcionalidade, haja vista que o devedor principal não é excepcionado na Lei, ou seja, ele seria beneficiado pela proteção legal enquanto que seu garantidor não seria, representando uma desproporção inconstitucional), em um determinado caso, enquanto que em outro caso, a mesma lei poderia ser reputada constitucional, mantida a aplicação por outro julgador, sem que o ordenamento jurídico fosse maculado. Registra-se tal exemplo apenas para esclarecimento dos efeitos do controle de constitucionalidade caso a caso, sem interesses maiores na abordagem da questão jurídica referida. Acerca do objeto litigioso ver: MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao CPC*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, pp. 107/110.

Somente em 12 de dezembro de 1965, em pleno regime militar, por meio da emenda constitucional 16 à CF/1946, é que foi constituído ao ordenamento jurídico brasileiro o controle de constitucionalidade em abstrato das normas federais e estaduais,³⁷⁴ o qual se daria por meio da atuação do Procurador-Geral da República, ou seja, pelo chefe do Ministério Público federal nomeado pelo Presidente da República. Este sistema de controle de constitucionalidade veio a ser mantido pela vigente Constituição de 1988, agregando-se força a ele mediante o aumento de entes legitimados a proporem a denominada *ação direta de inconstitucionalidade* (art. 103³⁷⁵).

Importa destacar, entretanto, que desde 1891, com a primeira Constituição Republicana, era possível sentir a influência estadunidense sobre o Brasil.³⁷⁶ Nela constou a previsão de um Poder Judiciário com uma concepção renovada, voltada para a guarda da Constituição Federal, a partir da qual lhe era atribuída competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do Direito através de um recurso extremado inominado (art. 59, § 1º, “a” e “b”, da CF/1891).

Com a adoção do controle abstrato de normas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal passaram fazer coisa julgada e a possuir eficácia *erga omnes* (Regimento Interno do STF - RISTF, art. 175 c/c 178) ao revés da necessária submissão ao Senado Federal como o são os casos em que incidentes as hipóteses de declaração incidental de constitucionalidade.³⁷⁷

Em termos legislativos, entretanto, importante passo foi dado na direção do fortalecimento do controle abstrato de constitucionalidade, mediante a aprovação de dois diplomas legislativos

³⁷⁴ Antes da referida emenda, poderia-se destacar a “representação interventiva” (art. 12, V, da CF/1934), a qual não era propriamente um controle de constitucionalidade, mas previa a hipótese de inteverção da União nos estados que afrontassem princípios fundamentais consagrados no art. 7º, da CF/1934. Dita previsão teve um maior desenvolvimento ainda com a Constiuição de 1946 (art. 8º), em defesa de princípios previstos em seu art. 7º, VII. Tratada por controle de constitucionalidade pelo STF: v. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 64 e 68.

³⁷⁵ No artigo 103 da Constituição estão legitimados a propor ação de inconstitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

³⁷⁶ Nada obstante o presente estudo não se prestar a qualquer forma de estudo comparado, cumpre esclarecer minimamente os regramentos e a forma de atuação da tradição brasileira advinda de influências externas, o que importa, eventualmente, em referências à legislação ou à doutrina estrangeira.

³⁷⁷ Consoante esclarece atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, o Regimento Interno do STF segue em vigor, por força de prescrição da Constituição de 1967/69 (art. 119, §3º), que lhe havia atribuído *autonomia processual*, enquanto o processo perante a excelsa Corte não for disciplinado por lei, tendo em vista a não incorporação da referida cláusula de autonomia processual à Constituição de 1988. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 44 a 46).

(concretizando a reserva de legislação processual à União e esvaziando um pouco mais o RISTF) que dispõem sobre o *processo e julgamento* voltados à chamada *argüição de descumprimento de preceito fundamental* (CF, art. 102, §1º, CF/1988), no caso da Lei 9.882/1999 e às *ação direta de inconstitucionalidade – ADIn - e ação declaratória de constitucionalidade – ADC –* (art. 103, da CF/1988), no caso da Lei 9.868/1999. Esta última lei é a que releva ressaltar em virtude da abordagem que se pretende concretizar.

3.2.1 O argumento crítico pertinente à *questão de fato* e à *questão de direito*.

Uma importante abertura criada pela legislação, diz com a admissão do *amicus curiae* e a requisição de contribuição adicional de provas pertinentes ao caso concreto, segundo o entendimento do Ministro Relator.³⁷⁸ Esta admissão de instrução adicional do feito é tida pela doutrina autorizada pela tradição como um reconhecimento pontual da “comunicação entre norma e fato”, ou seja, de que em determinadas circunstâncias norma e fato estariam imbricadas, de modo a justificar a alteração legislativa. Quanto a tal afirmação é imperativo destacar que a doutrina considera *tecnicamente* justificada a instrução referida pela lei em virtude de se considerar que diante de hipóteses determinadas pelo caso concreto que imbricariam norma com o fato, o controle de constitucionalidade restaria equiparado ou equivalente a um *processo de conhecimento*, ainda que em âmbito constitucional, e que por isso envolveria a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.³⁷⁹

A argumentação é *perfeita* e contempla a estrutura em que o Direito moderno está embasado, cabendo, entretanto, agregar uma ponderação de cunho hermenêutico, visando contribuir com o alcance do Estado Democrático de Direito. Entende-se que a relação da norma com o fato, prescrita como possível pela nova lei, não está fazendo nada mais do que uma leitura constitucional que desde sempre deveria ser realizada pelo julgador.

³⁷⁸ Os art. 7º, § 2º, art. 9º, § 1º e 20, § 1º, todos da Lei 9.868/1999, permitem não apenas a figura do *amicus curiae*, consistente no auxílio de informações, orientações e provas especializadas por parte de órgãos ou entidades que possam contribuir com a discussão jurídica, nada obstante a vedação da intervenção de terceiros constante no *caput* do art. 7º, como igualmente abre outras possibilidades de contribuições para o enriquecimento da discussão fática, nas hipóteses dos demais artigos precitados.

³⁷⁹ “É que o processo de conhecimento aqui envolve investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 147).

Com efeito, a abordagem inicial permitiu trazer à tona argumentação crítica relativa à constituição do Direito processual civil brasileiro. Assim sendo, não há como não referir que a identificação do controle de constitucionalidade com o *processo de conhecimento* e a separação entre norma e fato trazem em si alguns preconceitos que devem ser explicitados para adequarmos nossa interpretação segundo o horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito.

Trata-se de explicitar a inautenticidade da separação entre fato e norma. Tal tendência doutrinária - que se entende constituir reflexo de uma tradição metafísica - possui correlação justamente com a separação inicialmente criticada, a qual é relativa à classificação entre *processo de conhecimento*, *processo de execução* e *processo cautelar*. Como assentado anteriormente, esta classificação não é mais tida por adequada pela *doutrina crítica processual*.³⁸⁰

Ao equipararmos o *controle abstrato de constitucionalidade* com o *processo de conhecimento*, o que *tecnicamente* não é equivocado para a tradição jurídica brasileira, o *processo constitucional* passa a correr o mesmo risco de inefetividade que vem experimentando esta estrutura em termos de *processo ordinário*. Essa questão restou bem definida anteriormente como se tratando de uma estrutura que bem serviu à filosofia liberal-individualista, a qual por sua vez se baseava na certeza e, finalmente, na busca da segurança jurídica, esta última consistindo em princípio justificador de eventual inefetividade do sistema.

Pensa-se que seria mais adequado se o controle de constitucionalidade abstrato fosse encarado desde sempre como uma manifestação do *imperium* exercido pelos magistrados.³⁸¹ Na exposição

³⁸⁰ “A demonstração das diferenças, ainda que básicas, entre processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar é bastante difícil, principalmente porque o delineamento desses processos foi feito pensando-se na tutela de direitos de épocas passadas, e por isso mesmo tais processos mostraram-se inadequados para dar efetiva tutela aos novos direitos. (...) Supunha-se antigamente, que no processo de conhecimento – após o autor afirmar possuir um direito e o réu o contestar – deveria o juiz verificar – inclusive, se fosse o caso, deferindo povas – aquele que tinha razão, para apenas ‘declarar’ que o direito era existente ou inexistente.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 73).

³⁸¹ Esse *imperium* referido não possui correlação com o Império enquanto oposição à idéia de nação (CATALANO, Pierangelo. *Império, povo, costumes, lugar, cidadania, nascituros (alguns elementos da tradição jurídica romano-brasileira)*. In: Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros editores, 2005, p. 135), ao revés, ela está contida justamente na idéia de nação e de manifestação de seu poder enquanto soberania (ver em STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 272). Assim a argumentação refere-se ao fato de que esta atividade, no âmbito do Poder Judiciário, tem sido velada devido ao obstáculo criado pelo princípio moderno da separação de poderes, o qual somente premiou, no caso específico da magistratura, a *actio* romana, relegando ao esquecimento o *imperium* manifestado pelos eficientes interditos dos pretores romanos dos períodos iniciais do Império Romano, como

anterior ficou bem caracterizada essa questão, de modo que o *imperium* viria manifestado nas cargas eficaciais *executivas* e *mandamentais*, conforme incisiva crítica de PONTES DE MIRANDA.³⁸² Não há, portanto, que se cogitar, na linha de pensamento de OVÍDIO, em separação compartimentada em processos, ora segundo a atividade a ser realizada (v.g. cognição), ora segundo as eficácias sentenciais inerentes à decisão judicial, acabando por resultar em uma estruturação do nosso Direito voltada apenas para o caráter normativo (dizer), enquanto o fato seria uma mera consequência.³⁸³

Essa concepção, em realidade, parece ser uma herança metafísica que diz respeito à ocultação da *diferença ontológica*, entre ente e ser, como salienta STRECK e incessantemente temos repisado. Ou seja, *o ser só é ser do ente e o ente só é no seu ser*, de modo que não há que se afastar questão de direito e questão de fato.³⁸⁴

A percepção da tradição jurídica dominante, no entanto, parece estar aquém desse raciocínio hermenêutico, que visa a recuperar o ser do ente, visto que a concepção dominante ainda está vinculada com a objetificação (ente enquanto ente). Tal constatação parece evidente em virtude da própria necessidade de justificação legal da união da questão fática com a questão jurídica, apenas em determinadas hipóteses eleitas pelo relator, no âmbito do controle de constitucionalidade. A afirmação é ora lançada em razão de que se há necessidade de exceção prevista, confirmada está a manutenção da regra do sistema em sentido contrário (a de que questão de fato e questão de direito são independentes uma da outra). Essa até pode ser a interpretação que se extrai da lei, a qual está escoreta com o sistema jurídico que integra, entretantes, há de se alertar que tal concepção não convive com a realidade sensível.³⁸⁵

leciona OVÍDIO em sua *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 09 e 10.

³⁸² “Ora, nos nossos dias, há procedimentos especiais às ações declaratórias, condenatórias e constitutivas, procedimentos especiais às ações mandamentais e procedimentos especiais às execuções. Mas ilusão seria estabelecer-se classificação que correspondesse à classificação das ações. O valor da dicotomia ‘procedimento de cognição, procedimento de execução’, no plano teórico e no prático, é quase nenhum. Pode-se tratar, a fundo, o processo civil sem qualquer alusão a ela.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 71).

³⁸³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 184.

³⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 511.

³⁸⁵ NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 162 e ss.

O mais grave, diante de tais considerações, é que, a título de justificação dessa suposta excepcionalidade (*comunhão fato e direito*), a doutrina acaba tendo de se voltar para uma estrutura processual sabidamente consagrada da objetificação (*processo de conhecimento*: apenas atividade cognitiva; e *processo de execução*: realização) e, ato contínuo, pondo em xeque a eficiência da prestação jurisdicional constitucional, o que, em última análise, pensa-se que não se coaduna de forma alguma com a flexibilização constitucional.³⁸⁶

O que se quer aludir com essas ponderações é que os dispositivos legais referidos não se tratam, como bem poderia se presumir, de uma abertura para um determinado *processo de conhecimento* que envolva investigação integrada de elementos *fáticos e jurídicos*, mas sim que essa integração consiste no próprio modo-de-ser do Direito que se desvela com a hermenêutica fenomenológica, ao identificar a questão da *diferença ontológica*. Temerária, portanto, tal referência e equiparação à ordinarização propiciada pelo *processo de conhecimento*,³⁸⁷ justamente por conta dos prejuízos que são de há muito conhecidos no sentido da ineficiência propiciada por essa forma de pensar o Direito.³⁸⁸

Assim, se a abertura trazida pelos dispositivos referenciados é bem vinda, enquanto viabilizadora de um *processo judicial* em identificação com a vida (a forma não pode superar o

³⁸⁶ A citação que segue traz consigo a percepção do constitucionalista de que a questão até então *processual*, não se coaduna com a missão constitucional. Entretanto, roga-se que se atente para a palavra “aqui” (grifada por nós), esta como sendo indicadora de se tratar de uma postura de exceção, o que é sempre admissível pelo sistema, protegendo-se o paradigma. Exceção esta que visa evitar a consagração de um paradoxo que poderia contraditar toda a estrutura existente: “Hoje, entretanto, não há como negar a *comunicação entre norma e fato*, que constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento **aqui** envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 248).

³⁸⁷ “É fácil perceber que LIEBMAN confunde ‘processo de conhecimento’ com procedimento ordinário, pois somente nesta espécie de jurisdição cognitiva ‘nada pode ser feito’ pelo magistrado sem a prévia audiência das partes. Como explicaria ele – e toda a doutrina formada a partir de CHIOVENDA – a mistura entre cognição e execução nos procedimentos especiais portadores de liminares, como sucede, por exemplo, com onossos interditos possessórios e com o mandado de segurança, nos quais ‘tudo pode ser feito’ sem que o réu seja ouvido previamente, e em que a execução mistura-se com a cognição e até mesmo a precede?” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 5ª. ed. V. 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 156).

³⁸⁸ Não é demais repisar o que já fora tratado no capítulo anterior: para a doutrina que fundamenta o *processo de conhecimento*, a cognição é decorrente de atividade intelectual lógica, a ser desenvolvida de forma apartada e anterior ao *processo de execução*, de forma que a concretização do direito declarado na sentença queda relegado para um segundo momento, o qual é praticamente marginalizado na estrutura jurídica tradicional, sendo considerado um mero *posterius* que nada afeta o nobre trabalho jurisdicional já realizado no quando da prolação da sentença (art. 162, §1º, do Código de Processo Civil). É como se o Direito estivesse concluído na sentença que põe fim ao processo, tratando-se sua execução de atividade de menor grau de relevância. Curiosamente, essa é justamente uma das maiores críticas contra a atuação do Poder Judiciário na atualidade, qual seja a de pouca efetividade de suas decisões.

Direito materialmente tutelado), a atenção, entretanto, deve ser redobrada contra a ordinarização do controle de constitucionalidade.

O sentido atribuível pelo horizonte propiciado pelo Estado Democrático de Direito diz com a adequação do processo ao caso concreto e não o inverso (melhor seria referir construindo, desenvolvendo-se, aplicando-se segundo o caso concreto). De modo que futuras argüições, no sentido do cerceamento de defesa, eventuais postulações procrastinatórias, ou mesmo evasivas de prestação jurisdicional célere em nome da certeza do direito ou da segurança jurídica, devem ser rechaçadas, havendo-se por não se optar por uma identidade com o *processo de conhecimento* - até porque o conhecer (o interpretar, o compreender), como já visto, é um processo circular que não se compartimentaliza, ele simplesmente se dá porque é um modo-de-ser da compreensão, ou seja, diz com os limites da questão da finitude do homem, a qual é incompatível com a certeza supostamente viabilizada pelo *processo de conhecimento* -, restringindo-se, portanto, a invocação da abertura legal para contribuições trazidas à discussão segundo demande o caso concreto.³⁸⁹

Nessa senda de assertos, a abertura identifica-se sobremaneira com a questão que se pretende ver considerada seriamente, qual seja a contribuição expressiva que a *hermenêutica filosófica* presta ao Direito, enquanto ciência reconhecidamente humana, ou seja, a abertura propiciada pelos dispositivos legais referidos deve ser vista como o perguntar reincidente e sem-fim, embora limitado pelo horizonte de seu contexto, visto que *a pergunta deve ser colocada*.³⁹⁰ Afirma-se isto pelo fato de que a pergunta é identificada pela fenomenologia enquanto abertura no compreender do homem, portanto, condição de possibilidade do *acontecer hermenêutico*, da qual o Direito não pode prescindir.

Com efeito, tais questionamentos devem ser salientados como um sentido autenticamente democrático, ou teremos que concordar com MENDES quando afirma que as alterações trazidas pelos artigos de lei precitados consistiriam em *um novo instituto que servirá para modernizar o processo constitucional brasileiro*,³⁹¹ quando em realidade o sistema jurídico brasileiro já conta

³⁸⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 01, 84 e 90.

³⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 371/475.

³⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5^o ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 148. Ressalva-se que este não era o sentido de modernidade atribuído pelo autor em sua

com modernidade em excesso em decorrência da estrutura dogmática do Direito. De maneira que se entende estarmos mais carentes é de busca por questionamentos e por sentidos contemporâneos ultrapassem as velhas estruturas (processo de conhecimento) e percebam o imbricamento incontornável entre a questão de direito com a questão de fato.³⁹²

3.2.2 O argumento crítico pertinente aos requisitos da petição inicial no *processo de controle de constitucionalidade*.

Um *indício formal*³⁹³ da pertinência das afirmações recém lançadas é identificado em outra prescrição da mesma lei, em que ficam estabelecidos requisitos para admissão do processamento da petição inicial, em sede de ação constitucional, que vise à obtenção de tutela jurisdicional voltada ao controle de constitucionalidade brasileiro: estes requisitos obstaculizadores do processamento das ações constitucionais dão sinais de se estar passando a optar por uma *ordinarização* da prestação jurisdicional constitucional, consagrando categorias que caracterizam o modo-de-ser do senso comum teórico jurídico brasileiro.

Em realidade, tal previsão aparentemente ingênua, pode ser interpretada como uma persistente imposição, não refletida, da postura dogmática sobre a mente dos juristas.³⁹⁴ O receio é o de que

obra, mas tem-se que a sua argumentação trabalha com proximidade destes ideais devido à referência ao “processo de conhecimento” no texto.

³⁹² “A questão dita ‘de direito’ será sempre uma questão ‘de fato’. É dessa ‘síntese hermenêutica’ (que não decorre de um processo de conhecimento, mas, sim, ele ‘se dá hermenêuticamente’) que exsurgirá o sentido que o intérprete irá atribuir ao texto.” (STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 481).

³⁹³ A busca da identificação dos indícios formais é uma atitude hermenêutica que desnuda o modo de ser do homem no mundo. Quando, por exemplo, ele estava voltado formalmente para a execução de uma atividade (ato assinalado: resolvendo um cálculo matemático), mas igualmente, ao final, se dá conta que havia outra atividade que o ocupava (ato exercido: ouvia a música da sala ao lado), ou seja, o homem (ser-em) opta por deixar o pensamento entrar no mundo da reflexividade, de modo que a descrição dos indícios formais viabiliza o encontro do maior número possível atos exercidos que são as dimensões existenciais que compõe o homem. Trata-se de buscar evidenciar o que habitualmente não se vê, ou seja, que está geralmente encoberto (desvelamento do ser): “... a fenomenologia é o exercício de tentar mostrar, naquilo que se mostra, aquilo que de si não se mostra e que, só num exercício de explicitação de indícios formais, irá mostrar-se. (...) Há um constante convite para inverter a posição, que nem da filosofia para descobrir, no âmbito onde se pensa, o não-pensado, onde se lê, nos escritos, o não-escrito e onde, no falado, se percebe aquilo que é omitido, que é calado.” (STEIN, *Pensar é pensar a diferença*, op.cit., pp. 164 e 166).

³⁹⁴ Como um ato exercido e não um ato assinalado (STEIN, *Pensar é pensar a diferença*, op.cit., p.163), em virtude de estar consagrado no pensamento jurídico brasileiro sem que a reflexão acerca da justificação de sua existência seja posta em questão. A gravidade da situação é que se é verdade que quando vamos tomar um ônibus não precisamos manter essa reflexão permanente em nossa mente durante a caminhada em direção à respectiva parada (*estou indo tomar um ônibus*), a manutenção da ausência de reflexão (deixar entrar no mundo reflexivo) acerca de determinadas opções no âmbito da ciência do Direito (é automático como tomar um ônibus: se tenho que prescrever procedimentos para

sigam os juristas presos aos princípios e valores liberais que deram origem tanto ao Direito constitucional quanto ao sistema jurídico vigente: separação de poderes - limitação do poder estatal - segurança jurídica, enfim, valores absolutos nascidos de uma lógica racional tida como infalível.³⁹⁵

Impende explicitar que o receio é o de que a *ordinarização* também venha a imobilizar a prestação jurisdicional em âmbito constitucional e, como tal, a incorporação de métodos (requisitos da petição inicial previstos em lei ordinária), acabam preocupando em virtude das distorções concretas que tais questões possam apresentar durante o acontecer da prestação jurisdicional constitucional, mormente em sede de Supremo Tribunal Federal, em que se sabe que a forma é priorizada até mesmo como resposta à enorme demanda de trabalho que pende sobre a Corte (referimo-nos aos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinários).

A cautela não parece ser excessiva se considerarmos que o Direito processual brasileiro, o qual já busca materializar direitos consagrados constitucionalmente ou na legislação infra-constitucional, convive com inúmeras dificuldades, conforme salientado no capítulo anterior. Dificuldades estas que, como se viu, são inerentes à estrutura liberal, preparada exclusivamente para enfrentar litígios envolvendo credor e devedor. Assim, pensa-se não ser demasiado afirmar que uma tal equiparação pode significar distorções de ampla repercussão, por se tratar de questões em âmbito constitucional.

Note-se que se convive tranqüilamente com anulações de processos que tramitam por longos anos até verificada e reiniciada a demanda com graves danos patrimoniais suportados tão-somente pelo cidadão que propôs a ação. Com efeito, não podemos encontrar um sentido autenticamente democrático diante da possibilidade de inépcia de uma petição inicial que não indicou com precisão o artigo de lei a ser hostilizado (ou mesmo o esquecimento de um assessor descuidado da anexação do diploma legal sob enfoque) que previa, por exemplo, a possibilite de *trabalho escravo* em determinado estado da federação devido à necessidade de *fomentar economicamente a região*.

ajuizamento de ações constitucionais, devo criar requisitos para a petição inicial), acarretam a manutenção de um mesmo paradigma que pode já não mais ser adequado para a realidade social a que pretende tutelar.

³⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17ª. Ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005, pp. 36 e ss.

Contando com a vênua do uso de exemplo grosseiro, normalmente fadado à obtenção de soluções singelas como a admissão de uma emenda da inicial (não previsto em lei, mas de razoável aplicação analógica), a metodicização possui esses riscos que lhe são inerentes. A hermenêutica prescinde de tais pormenores, que no caso da tentativa de superação de um paradigma,³⁹⁶ acabam por significar um golpe contrário à mudança do paradigma vigente (o paradigma se auto-alimenta de seu próprio desenvolvimento, o qual obstaculiza a sua superação³⁹⁷). OVÍDIO, analisando a prestação jurisdicional, sob o enfoque de dificuldades processuais “ordinárias” (não em âmbito de prestação jurisdicional constitucional), depara-se com dificuldade similar, logrando perceber que o modo de pensar que se entende distante da realidade do “juiz boca da lei”, de Montesquieu, talvez seja *um dos ardis mais astuciosos* a impedir a evolução do Direito, vez que enquanto somos iludidos por um falso progresso, somos mantidos apaziguados e satisfeitos com os prodígios da modernidade, no campo legislativo e doutrinário.³⁹⁸

Por conseguinte, identificando-se a *ordinarização* como tradição inautêntica, por estar presa a preconceitos negativos,³⁹⁹ de origem liberal-individualista, em que o racionalismo passa a ser-em-si, ao contrário da racionalidade que caracteriza a compreensão humana (ser-no-mundo), tem-se que a prevenção contra prescrições metódicas de pouca ou nenhuma relevância que possam vir ao encontro de preconceitos cujo objetivo é a superação é uma imposição para a atuação jurisdicional conforme a constituição.

Nesse contexto, parece estar mais próximo do horizonte de sentido viabilizado pelo Estado Democrático de Direito a não previsão de requisitos formais de propositura de uma ação constitucional cuja relevância certamente excede a tradição credor-devedor do espírito individualista, do que uma previsão que apenas tenha a vantagem de trazer para o julgador a opção pela *inépcia da petição inicial*.

³⁹⁶ As inúmeras referências ao termo “superação” devem ser consideradas com cautela, pois o sentido que pretendemos empregar é o de aprofundamento da questão do ser, a desmistificação do científico e do técnico, que são aspectos metafísicos. Portanto, não se deve confundir com outra concepção metafísica, comumente utilizada para o termo “superação”, em termos de importância que possui para a filosofia moderna, a qual o concebe como sendo *o curso do pensamento como um desenvolvimento progressivo, em que o novo se identifica com o valor através da mediação da recuperação e da apropriação do fundamento-origem*. (VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. VII).

³⁹⁷ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 6ª ed., São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

³⁹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 89.

³⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 275/360

Até porque os legitimados a sua propositura são tão limitados e de tamanha complexidade, que dificilmente se pensaria em uma hipótese de inépcia que não fosse baseada em critérios “técnicos”, assemelhados aos dos processamentos dos recursos extraordinários, cujo único fundamento é o de diminuir a carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal, em detrimento do princípio constitucional do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/1988).

A própria idéia de jurisdição queda assombrada diante de tal previsão legal - mormente em se pensando em termos de realização do Estado Democrático de Direito -, pois a abertura do acesso à atividade jurisdicional constitucional (controle de constitucionalidade, no modo-de-ser da nulidade parcial sem redução de texto, por exemplo) diz com a *superação* do paradigma racionalista, enquanto as formas tradicionais de processamento da “ação” judicial, sob muitos aspectos, representam o apego aos preconceitos negativos que acabam por gerar tradições inautênticas.

O exemplo das eficientes medidas anglo-saxônicas, tão bem adaptadas ao nosso contexto cotidiano (o *habeas corpus* e o mandado de segurança⁴⁰⁰), de simplificado processamento e grande eficiência – diga-se: totalmente diferenciadas do *processo de conhecimento* e dos resultados por ele propiciados - prestam-se para se afirmar que a identificação do processamento de ações constitucionais com o *processo de conhecimento* traz consigo mais preconceitos negativos do que uma evolução eventualmente propalada, nada obstante os *prodígios doutrinários e legislativos que nos mantém na ilusão de um falso progresso*.⁴⁰¹

Na medida em que salientado alhures, essas reflexões não devem ser tidas por preocupação exacerbada, tendo em vista que se está tratando até então de aspectos aparentemente de menor importância que foram trazidos pela novel regulamentação do controle de constitucionalidade (requisitos da petição inicial, *amicus curiae* e produção de prova), os quais mais dariam ensejo a avaliações de opções *técnico-procedimentais* do que uma reflexão propriamente dita. Outrossim, no

⁴⁰⁰ Não se diga que a ação de mandado de segurança referenciada igualmente possui previsão de requisitos da petição inicial (art. 6º, da Lei 1.533, de 31.12.1951) e apenas o *habeas corpus* não os possuem, pois o que se está questionando são os *indícios formais* que dão conta de uma caminhada rumo à ordinarização e não especificamente a questão *técnica* da existência ou não de requisitos em uma petição inicial, de modo que o exemplo do mandado de segurança se presta para esclarecimento de um ação judicial de cognição especial (não possui o aspecto ordinarizante da cognição plena e exauriente do *processo de conhecimento*), possui uma eficácia prática superior ao do consagrado processo de conhecimento cujo rito é o ordinário e supostamente viabilizador do alcance da certeza e, por conseguinte, da verdade, vez que sua cognição é mais completa.

⁴⁰¹ OVÍDIO, *Processo e ideologia*, op. cit., p. 89.

intuito de alcançar-se a realização de uma reflexão hermenêutica, não há como se dispensar a tomada por base de *indícios formais* que o legislador e o jurista tradicional trazem consigo em virtude de uma tradição possivelmente não refletida, mas que os envolvem completamente.

3.2.3 O argumento crítico pertinente à *análise objetiva* do controle abstrato de normas.

Com efeito, outra importante característica metafísica induz a cogitarmos que o caminho iniciado pela *jurisdição constitucional* está sendo direcionado para a manutenção do paradigma moderno. Nada obstante seja por todos consideradas atualíssimas as questões constitucionais, o seu trato tem importado em afirmações no sentido de que sua atividade seria meramente *objetiva*, em termos de controle concentrado. Trata-se do entendimento segundo o qual o processo encarregado de apurar a (in)constitucionalidade de uma lei não viabilizaria nada mais do que uma *análise objetiva* da norma, ou seja, o controle *abstrato* de normas (a terminologia eleita pela doutrina já é suspeita por si só) é tratado como um sendo um *processo objetivo*.

O que podemos apontar como circunstância mais gravosa nessa maneira de olhar o controle de constitucionalidade é o compromisso, ainda, com a neutralidade do julgador que fora consagrada durante o acontecer da modernidade.

A robustez de tal paradigma não deve ser subestimada, haja vista que nesses momentos a força do mesmo se revela com precisão. A própria utilização de expressões generalizantes (*análise objetiva*, *controle abstrato*) por si só revelaria que é ainda no afastamento da *subjetividade* em relação à ciência do Direito que logramos obter um sentimento de segurança e de imaculação de que o Direito necessita para ser cientificamente justificado. Salvo melhor juízo, esta concepção está conforme a idéia de cientifização do Direito, a partir da imposição de métodos característicos das respeitáveis ciências não-sociais, de modo a emprestar ao Direito o mesmo prestígio com que contam as ciências naturais.⁴⁰²

⁴⁰² “A nossa época, ..., é a da ciência, em que as ciências matemáticas da natureza fornecem o paradigma. (...) o positivista, ... pretende submeter a História aos métodos matemáticos das ciências naturais, admoestando-a no sentido de encontrar algo semelhante a leis estatísticas ...” (...) “... as ciências humanas, que tratam de realidades sublineares, também necessitem de algo como um ponto de Arquimedes, para poderem continuar existindo como ciências respeitáveis.” (GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999, pp. 140 e 147).

Nesse sentido, se ressalva que não é novo esse fascínio, ele já crescia com a denominada *hermenêutica romântica*, a qual, apesar de perceber a peculiaridade das “ciências do espírito”, deixou transparecer o fascínio cientificista através de sua busca pela inabalável e “sólida retaguarda”, atingível por meio de *concatenação de sentenças, no campo das ciências do espírito, que podem reivindicar a pretensão de certeza*.⁴⁰³

Assim, a referência ao caráter objetivo do processo de controle abstrato de constitucionalidade denota a manutenção da intenção de busca da certeza por meio da neutralidade, mediante o afastamento do *subjetivismo*, ou seja, o controle de constitucionalidade seria um “instrumento”⁴⁰⁴ tão nobre e honrado (defesa da Constituição), que não se macularia com a *mesquinhez do subjetivismo*.

Essa abstração seria aceitável acaso não fossem homens tantos os que julgam, quanto os que pedem a avaliação das normas e, ainda, os que são a elas submetidos. Todos, sem exceção, possuem interesses e estão inseridos no mundo sob influências variadas e inumeráveis (envoltos pela tradição e compostos por sua consciência efetual).

Não fosse assim, nos recentes julgados da Corte constitucional brasileira certamente não contariam qualquer argumento que justificasse as opções (decisões) dos julgadores. Enquanto fossem respeitadas as premissas da objetividade - que advém do positivismo negado por que se todos, mas que ainda perfaz a maior parte da estrutura do sistema jurídico atual – bastaria uma análise deontológica da norma para obtenção de sua validade ou invalidade.

Em termos de realidade brasileira, para confirmar-se a inadequação dessa postura doutrinária, basta que argumentemos questionando: será que quando da análise da emenda constitucional 41 de 2003 (instituição de descontos previdenciários para pessoas já aposentadas e pensionistas), reputada

⁴⁰³ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 147.

⁴⁰⁴ Neste momento essa terminologia adequa-se aos propósitos que estão sendo referidos, a par de incompatível com a matriz hermenêutica defendida, já que o controle de constitucionalidade não deve ser visto como um *instrumento* ao bel prazer de quem o utiliza, mas sim como a plena atividade de atribuição de sentido que se dá no horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito.

constitucional pela ADin 3128 em 18.08.2004⁴⁰⁵ (com quatro votos vencidos), os fundamentos que conduziram ao resultado estavam articulados com *questões objetivamente jurídicas*? Creemos seja mais ponderável - para que haja uma explicação racional, porém não racionalista - valer-se da *hermenêutica filosófica* para realmente identificarmos justificativas (racionalidade) na referida decisão. Pensa-se que os argumentos desenvolvidos no julgamento somente podem ser ontologicamente explicados acaso nos voltemos para o modo-de-ser da compreensão do homem que não é *objetiva* nem *abstrata*.

Assim temos que, em termos de realidade contemporânea, não podemos conviver com um mínimo de dignidade intelectual sem considerarmos que existem, sim, interesses outros envolvidos em decisões dessa natureza,⁴⁰⁶ como, por exemplo: **interesses políticos** (o grupo político que está no poder e que lutou para a aprovação da lei, *lato sensu*, possui um plano de atuação (interesses), cuja aprovação da legislação representa um passo importante para a continuidade do projeto que não necessariamente pactua com o interesse da população; ou interesses do grupo parlamentar tido como opositor - hoje, como se sabe, o Parlamento é separado entre *partidos de oposição* e *partidos da base aliada* - que também tanto pode estar comprometido com bem estar da nação como com um projeto de (re)tomada do poder); **interesses privados** (são infundáveis e figuram como consequência do modo-de-ser do homem-no-mundo, servindo os grandes planos de previdência privada, no caso em questão, de mera exemplificação em meio a um mar de possibilidades). Enfim, na distante extremidade de tudo isso, o **cidadão** a ser eventualmente prejudicado, e que recebe por justificativa formal alguma vantagem que sobrevirá ao coletivo (a vantagem ao coletivo é habitualmente identificada como vinda ao encontro do projeto defendido pelo grupo que provisoriamente compõe o governo).

Cabe notar que nenhuma dessas elucubrações (e é apenas isso que são) são comprováveis cientificamente e, talvez, jamais o sejam. Ao passo que o inverso também é verdadeiro: a inexistência dessas possibilidades não são demonstráveis nem empírica, nem matematicamente.

⁴⁰⁵ Disponível no site oficial do Supremo Tribunal Federal: http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=ADI&processo=3128&origem=IT&cod_classe=504.

⁴⁰⁶ COMPARATO, Fábio Conder. *Réquiem para uma Constituição*. In: O desmonte da nação: balanço do Governo FHC. Org. Ivo Lesbaupin. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

Desse modo, uma *análise objetiva da constitucionalidade da lei*, por meio de argumentos jurídicos não passa de justificativa formal para opções (decisões) adotadas em decorrência de foro bem mais profundo/subjetivo do que os que são mascarados pelo cientificismo do Direito (no acórdão da ADIn referida, mormente por meio do voto do Ministro Nelson Jobim⁴⁰⁷, verifica-se a mistura de argumentos supostamente neutros e, por isso, tidos por irrefutáveis com a desconsideração de um projeto constitucional bem maior e permanente).⁴⁰⁸

O problema, então, é que não se está fazendo nem uma leitura pelo sistema jurídico, que *prende* principalmente os julgadores inferiores, nem se está atuando hermeneuticamente, visto que os argumentos realmente existentes em prol da opção eleita pelo julgador não vêm à tona (não ficando explicitada responsabilidade pessoal do julgador em relação à decisão eleita).⁴⁰⁹

Não se trata, aqui, de estabelecer que os homens que estão a julgar sejam *bons* ou *maus*, muito menos que estejam se locupletando de alguma forma escusa com as decisões que elegem (esta é apenas uma possibilidade a ser aventada e não um argumento acadêmico a ser defendido), mas sim

⁴⁰⁷ “(...) Ele é um conceito que vem da matemática atuarial – é bom deixar explicitada neste ponto – porque a atuária se refere a uma parte da matemática específica, ou estatística, que investiga problemas relacionados com cálculo de seguros à probabilidade de eventos, à avaliação de riscos, à fixação de prêmios e à análise de mercado econômico para o estabelecimento de planos e políticas de investimento. A idéia de equilíbrio atuarial determina que o sistema previdenciário como um todo deve ter viabilidade econômico-financeira para o futuro e no futuro. Portanto, o equilíbrio atuarial não remete à noção de direitos e deveres individuais e, assim, não significa que toda contribuição deve ter uma causa eficiente, como se pretendeu – por isso, não pode ser levantado para justificar a suposta necessidade de causa para a alteração de regime. A visão que prepondera no equilíbrio atuarial não é a individual, ou seja, o direito individual de receber aquilo que pagou, mas a do sistema como um todo e a sua necessidade de ser auto-suficiente, de ser viável financeiramente. (...)” (http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=ADI&processo=3128&origem=IT&cod_classe=504, p. 766, do acórdão e p. 03, do voto do Ministro Nelson Jobim).

⁴⁰⁸ O julgador vale-se de elementos científicos para justificar o risco de falência do sistema previdenciário, ao mesmo tempo em que se vale da necessidade de realização de uma *avaliação casuística* do sistema previdenciário (são análises *objetivas* e *subjetivas* lançadas ao mesmo tempo de maneira arbitrária). Ao contrário do que se poderia considerar, essa *preocupação casuística* não é hermeneuticamente *justificável*, pois desconsidera as opções (erros ou acertos) de governantes anteriores, ou melhor, desconsidera um projeto de continuidade e não de transição (do grupo que está temporariamente no poder). Pensa-se o hoje e não o amanhã, enfim, pensa-se a lei e não a constituição. Sendo que o papel do Poder Judiciário segue sendo manipulado segundo as conveniências, já que a ele somente dado intervir quando a falha já está exposta, não sendo considerado com um poder que também deveria estar atuando positivamente inclusiva na realização de políticas públicas (OHLWEILER, Leonel. *Administração pública e filosofia política contemporânea: algumas projeções do constitucionalismo comunitário*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, pp. 274 e ss.).

⁴⁰⁹ Não existe uma atividade hermenêutica que oriente para a necessidade da consideração da historicidade do julgador, de sua consciência efetual e da tradição que lhe acompanha. Ainda se atua como se o julgador estivesse afastado dos interesses do caso (essa postura é sustentada pela própria forma de explanação do julgador que parece a todo momento tentar convencer que seus argumentos são os mais racionais possíveis e ligados exclusivamente com sua convicção do que venha a ser o mais *correto* para os jurisdicionados envolvidos), porém, a decisão ainda é tomada como se um processo hermenêutico estivesse sendo aplicado, o que acaba dando margens para acusações de práticas arbitrárias pela matriz teórica que ora influencia o presente estudo.

o de termos consciência de que os julgadores também estão inseridos no mundo e, portanto, gozam de posturas nada neutras que formam seus *pré-juízos*,⁴¹⁰ seja com a visão de um funcionário público (v.g. juízes de carreira brasileiros⁴¹¹), seja como advindos da política, do exército etc. Enfim, homens definidamente posicionados e bem mais próximos da estrutura e da realidade estatal (indicados pelo Presidente da República) do que do povo. De modo que essa *abstração impessoal* não é compatível com a maneira como foram conduzidos ao poder, revelando uma maior necessidade da justificação⁴¹² da tomada de posições tendo a percepção do acontecer hermenêutico e o *munus* da tutela estatal que lhes cumpre realizar.

3.2.4 O argumento crítico pertinente à ação declaratória de constitucionalidade – ADC: um elemento que evidencia problemas estruturais.

As decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade são políticas e quanto a isto não parece haver discussão a respeito, nem sendo esse o enfoque “problemático” a ser salientado.⁴¹³ O que se questiona é essa manobra aparentemente metafísica no sentido de estabelecer que se trata de um *processo objetivo*, de nobre mister voltado para o *interesse público*, como que angariando respeitabilidade científica para a avaliação a ser realizada e afastando a

⁴¹⁰ “Por causa dessa capacidade de (pré)-juízo de todo entendimento é importante não simplesmente efetuar as antecipações da (pré)-compreensão, senão torná-las conscientes e fundamentá-las mesmo para, assim, corresponder ao mandamento fundamental de toda interpretação: proteger-se contra o arbítrio de idéias e a estreiteza de hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar ‘para as coisas mesmas’.” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. 20ª. ed. alemã. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 62).

⁴¹¹ Evidentemente sabe-se que se tratam de agentes políticos, mas podem ser tratados por servidores públicos se comparados à peculiaridade da carreira da magistratura na *civil law* e a irresponsabilidade para com os reflexos de suas decisões (não se trata de afirmação pejorativa, mas sim de postura crítica, ver para tanto a diferença entre imunidade exacerbada e autonomia em CAPPELLETTI, *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 32). Esclarece-se, ainda, que o exemplo se justifica devido às limitações humanas que senão observadas e consideradas podem obstaculizar o acontecer do Estado Democrático de Direito: “... a atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional não é, absolutamente, uma atividade a que possa, sempre julgar-se preparado sobretudo o juiz “de carreira”, amadurecido nas salas fechadas dos tribunais onde, dos tumultuosos acontecimentos e das exigências que prorrompem da sociedade, não entram, com freqüência, senão os ecos atenuados.” (CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 89). Ainda, com relação a essa questão: “Se as doutrinas filosóficas – na verdade mais políticas que filosóficas – tentaram criar uma lei isenta de valores; depois de transferirem para o legislador a responsabilidade pela determinação do que seja justo ou injusto, torna-se compreensível que tenhamos criado um juiz, além de irresponsável, inconfiável.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 267)

⁴¹² OVÍDIO, *Fundamentação das sentenças...*, op. cit., pp. 323 e ss.

⁴¹³ “Esse entendimento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda sob a vigência da Constituição de 1967/69, quando se ressaltou que a representação de inconstitucionalidade não era uma ação no sentido clássico, mas um instituto de natureza política.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.155).

responsabilidade pessoal de quem julga, já que este “jugador-técnico” estaria tão-somente praticando “ciência jurídica”.⁴¹⁴

Tal *interesse público*, de “alma pura”, por certo é a mesma categoria constantemente invocada e que tem justificado o emprego de verbas públicas em outras circunstâncias que não as almejadas pelo cidadão representado.⁴¹⁵

Prosseguindo na busca de elementos que confirmem esse grave problema estrutural que tanta insegurança traz ao Direito (a contradição existente entre os argumentos racionalistas e o que de fato se dá no mundo sensível), deslegitimando suas decisões cada vez mais, identifica-se o desenvolvimento do controle de constitucionalidade por meio da ação declaratória de constitucionalidade - ADC.⁴¹⁶

Nada obstante a ADC não ser o foco ensejador de nossas atenções, a partir dela podemos afirmar que acaso possamos identificar o *controle concentrado de constitucionalidade* como uma postura judicial legítima na busca da realização do Estado Democrático de Direito, a prescrição de um tal mecanismo que pretende o congelamento do sentido (ADC) deve ser vista de maneira reticente. Principalmente para quem entende estar o Estado Democrático de Direito identificado hermeneuticamente com a intenção de *superação* do paradigma da modernidade.

Afirma-se isso em decorrência do fato de que a *ação declaratória de constitucionalidade* nada mais do que reafirma o paradigma racionalista da modernidade, ao pretender que seja encerrada,

⁴¹⁴ “‘Interesse público’ é termo de ‘conceito indeterminado’ (vale dizer, de uma noção). Logo, interesse público deve, em cada caso, ser interpretado (relembre-se que interpretação = aplicação). (...) Atos motivados por *razões de interesse público* – bem assim todos e quaisquer de aplicação de ‘conceitos indeterminados’ (vale dizer, de noções) (= juízos de legalidade) – estão evidentemente, sujeitos ao *exame e controle* do Poder Judiciário.” (GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 216).

⁴¹⁵ Como já salientado em outro momento, a legitimidade da democracia representativa não está em questionamento, apenas sendo necessária a presente referência distintiva do que se tem eventualmente por interesse público em relação ao que seria mais benéfico para os representados, em razão da intenção de estabelecer um raciocínio hermenêutico, visto que com a identificação da história efetual no âmbito do pensamento humano, não é admissível a compartimentalização do pensamento apenas para fins de justificação de uma “teoria científica” como se dá nos eficientes métodos das ciências naturais.

⁴¹⁶ Incluída no texto constitucional, parágrafo 4º. do art. 103 e alteração do art. 102, inciso I e parágrafos 1º. e 2º., por meio da emenda constitucional n. 3 de 17.03.1993, imiscuídas, estas importantes alterações, no conteúdo da emenda que se destinava à referida tributária de emergência de 1993.

imediatamente, a discussão acerca de determinada lei que passe a integrar o ordenamento jurídico pátrio.⁴¹⁷

A ADC tem o condão de encerrar a discussão acerca dos infundáveis sentidos que um texto legal pode originar ainda quando extremamente aproximados estejamos do clamor social e dos interesses políticos fortemente concentrados em prol do diploma legal recém aprovado.⁴¹⁸ Trata-se da criação de um *instrumento entificador* (porque congela o sentido: “a lei X é constitucional”). Dentro dessa perspectiva, a legitimidade desse instrumento é equivalente a legitimidade da *súmula vinculante* (é o que a hermenêutica identifica como o fenômeno do esquecimento do ser).⁴¹⁹

Novamente aqui se percebe os fortes compromissos do pensamento jurídico vigente em relação ao paradigma moderno sustentado sob os pilares do princípio da segurança jurídica, da certeza e, enfim, da separação de poderes.

Com efeito, a referida ação atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para, por meio da ADC, declarar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal em decisão definitiva de mérito, a qual possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.⁴²⁰

Apesar da forma pouco transparente de tal alteração, no âmbito de outras discussões (EC n. 3/93: *reforma tributária emergencial*), não há como deixar de afirmar que tal previsão atendia aos anseios de importante parcela da dogmática jurídica que atuava no âmbito da advocacia pública em defesa dos interesses estatais. Alteração esta que se coaduna, como já referido, com a estrutura de

⁴¹⁷ O Supremo Tribunal Federal já admitiu examinar controle de constitucionalidade de proposta de emenda constitucional antes mesmo de sua promulgação (MS 20.257, conforme MENDES, op. cit. p. 195).

⁴¹⁸ A própria questão da distância temporal é importante para a uma avaliação hermenêutica mais autêntica: “Enquanto tais, os preconceitos e opiniões prévias que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua livre disposição. O intérprete não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam e que levam a mal-entendidos. Essa distinção deve acontecer, antes, na própria compreensão, e é por isso que a hermenêutica precisa perguntar pelo modo como isso se dá, o que implica elevar ao primeiro plano aquilo que na hermenêutica tradicional ficava à margem: a distância temporal e seu significado para a compreensão.” (GADAMER, *Verdade e método*, op. cit., p. 391).

⁴¹⁹ STRECK, Lenio Luiz et alli; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 148/205.

⁴²⁰ Art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868, de 10.11.1999: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

pensamento racionalista e tão bem se adequada ao ideário liberal-individualista que deu origem à tradição jurídica vigente, portanto, de fácil assimilação pelo sistema jurídico tradicional.

Pondera-se nesse sentido reportando-se à lição de MENDES, para quem a ADC sequer importou em novidade para a dogmática jurídica pátria, haja vista que desde a Emenda Constitucional n. 16/65, já era possível dessumir o objetivo do legislador constituinte de obter *desde logo, a definição de controvérsia constitucional* acerca de lei nova.

Desde aquela época, explicita o doutrinador, entendia-se *a representação de inconstitucionalidade como um instituto de conteúdo dúplice ou de caráter ambivalente*, visto que o Procurador-Geral da República tanto poderia defender a inconstitucionalidade, quanto se manifestar pela constitucionalidade da lei posta em foco. Esse entendimento encaixava-se perfeitamente com a postura do STF no sentido de que o Chefe do *parquet* tinha a obrigação de submeter à Corte suprema questão constitucional quando esta lhe fosse encaminhada, ainda que contra sua própria convicção pessoal.⁴²¹

Nessa quadra de investigação, resta exuberante o exemplo de como o paradigma pode ser tão robusto e envolvente a ponto dele se auto-alimentar de sua própria crítica. Noutras palavras, tem-se que a partir de sua própria crítica o paradigma evoca uma idéia de progresso e desenvolvimento, quando, em realidade, ele esta apenas justificando a sua existência, colocando-se eficientemente, a serviço da solução de problemas criados por ele próprio.⁴²²

⁴²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5^o ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 91. A título de confirmação da tese da ambivalência sustentada pelo autor, este ainda refere a admissibilidade de embargos infringentes no âmbito da Representação n. 1092, de Relatoria do Ministro Néri da Silveira, RTJ n. 117, pp. 921 e ss., manejados pelo próprio Procurador-Geral da República quando a decisão havia sido de procedência da representação por ele próprio intentada: “Essa análise demonstra claramente que, a despeito da utilização do termo *representação de inconstitucionalidade*, o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido como processo de natureza dúplice ou ambivalente.” (op. cit. p. 93)

⁴²² “Tal como uma decisão judicial aceita no direito costumeiro, o paradigma é um objeto a ser melhor articulado e precisado em condições novas ou mais rigorosas. (...) E a ciência normal possui um mecanismo interno que assegura o relaxamento das restrições que limitam a pesquisa, toda vez que o paradigma do qual derivam deixa de funcionar efetivamente. Nessa altura os cientistas começam a comportar-se de maneira diferente e a natureza dos problemas de pesquisa muda. No intervalo, entretanto, durante o qual o paradigma foi bem sucedido, os membros da profissão terão resolvido problemas que mal poderiam ter imaginado e cuja solução nunca teriam empreendido sem o comprometimento com o paradigma. E pelo menos parte dessas realizações sempre demonstra ser permanente.” (KUHN, Thomas S., “A estrutura das revoluções científicas”, 6^a ed., São Paulo: Editora Perspectiva, 2001, pp. 44 e 45). No caso enfocado, a ADC, ainda que incompatível, sob uma perspectiva hermenêutica, com a realização do Estado Democrático de Direito, inegavelmente serve aos intentos do paradigma vigente, princípio da segurança jurídica

O que se quer dizer com isso é que doutrinariamente quedamos *cegos* para os problemas da *diferença ontológica* que representa o aprisionamento do *sentido* em um dado momento histórico (declaração de constitucionalidade de determinada lei nova), ao realizarmos um raciocínio preso ao paradigma. É o caso, por exemplo, de quando se identifica um erro de lógica (e provavelmente o é) como o da *negativa de acesso ao controle de constitucionalidade* denominado *representação de inconstitucionalidade*.

Esse problema é criado em função de o legitimado para a arguição eventualmente ter se manifestado pela constitucionalidade da lei durante a o exercício da ação para a qual era o único legitimado.

De certa maneira, este entendimento equivaleria a tratar o controle de constitucionalidade como um *processo de conhecimento* qualquer em que há um credor e um devedor, restando prejudicado seu processamento quando o credor manifestasse desinteresse ou mesmo reconhecimento da inadequação de seu pedido (*in casu* a manifestação do Procurador-Geral pela constitucionalidade da lei por ele próprio posta em discussão). Esse raciocínio conduziu ao desenvolvimento da teoria de que existia um *conteúdo dúplice* ou um *caráter ambivalente* no controle de constitucionalidade.

Ora, logicamente, o discurso se desenvolveu no sentido de que se existe um conteúdo dúplice no controle de constitucionalidade então deve-se criar dois mecanismos distintos, um para cada conteúdo!

Tal raciocínio seria perfeito se não fosse evidente que a prestação jurisdicional no caso concreto não está a tratar de questão de *direito obrigacional* (credor-devedor), mas sim de *controle de constitucionalidade*. Constituição esta que tem por guardião o Supremo Tribunal Federal, pouco importando, portanto, equiparações processuais do sistema vigente: o Procurador-Geral da República jamais foi *credor da constitucionalidade*. A consideração que importava, na verdade, era

(encerra conflitos com relação a leis novas segundo os interesses políticos), servindo como exemplo de paradigma bem sucedido. Ainda: “A função da pesquisa científica, enquanto labora sob um determinado *paradigma*, não é questioná-lo, mas, ao contrário, ajustar os fenômenos observados, procurando explicá-los segundo esse paradigma.” (OVÍDIO, *Processo e ideologia*, op. cit., p. 32).

apenas a legitimidade (questão meramente de opção política), cujo intuito maior sempre foi o de ver a lei ceifada do convívio social na hipótese de ferimento da Constituição Federal.

O que se quer dizer é que assim como se tinha razão quanto à crítica da postura formalista do STF de eventualmente ter julgado prejudicada a análise da representação de constitucionalidade apenas por conta do parecer desfavorável do *próprio titular da legitimação (raciocínio advindo da analogia com o autor da ação que pede sua improcedência)*, não é adequado dar seguimento ao mesmo equívoco (paradigma) contornando o problema com a construção de um mecanismo que separe as pretensões entre de *constitucionalidade* e de *inconstitucionalidade*.

Com efeito, se era pertinente a insurgência contra a postura formalista do STF (condicionar a análise ao pedido do “autor” = Procurador-Geral da República), em hipótese tão relevante de prestação jurisdicional, resta totalmente olvidada questão mais relevante que diz com o risco de atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a uma decisão que prematuramente declare constitucional uma lei. Mesmo sabendo-se que a compreensão humana possui a capacidade de atribuir sentidos sem fim a esta mesma lei.⁴²³

O *olhar hermenêutico*, portanto, considerando a leitura positivista que a modernidade e seu progresso fazem do Direito, pouco tem a inquietar-se com a crítica que lhe é dirigida sob a identificação de “relativismo”. A afirmação é lançada com a segurança de quem constata que era o positivismo que se comprometia (justifica-se teoricamente dessa maneira por meio da filosofia analítica⁴²⁴) com o método cientificista das ciências naturais. Este método é o que se comprometia em viabilizar o alcance da neutralidade, enquanto que a hermêutica enfrenta o inevitável, que é o

⁴²³ Não é à toa que HEIDEGGER cunhou a frase *a linguagem é a casa do ser*, ao mesmo tempo em que esclarece que ela também é a morada da essência do homem. E, portanto, como toda a morada, o homem pode dela se valer para manipulações de sua utilização: “... el lenguaje es a um tiempo la casa del ser y la morada de la esencia del hombre. Sólo porque el lenguaje es la morada de la esencia del hombre puede los hombres o cualquier humanidad histórica no estar en casa em su lenguaje, de tal modo que el lenguaje se convierte para ellos em la recámara de sus manipulaciones.” (HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre el humanismo*. Trad. Helena Cortés e Arturo Leyte. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p. 86).

⁴²⁴ “No entanto, a analítica é uma matriz ainda bem centrada nos aspectos descritivos e estruturais do direito, mantendo ainda, no tocante aos seus aspectos políticos, uma visão de neutralidade, por enquadrar-se no tipo de Estado liberal clássico, não-interventor. Portanto, bem limitada politicamente, gerando também conseqüências teóricas graves, devido a sua incapacidade de pensar uma complexidade social mais ampla.” (ROCHA, Leonel Severo. *Da teoria do direito à teoria da sociedade*. In: Teoria do Direito e do Estado.Org. Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, pp. 70 e 71).

homem no seu ser, ou seja, propõe-se a conviver com a compreensão humana que é aberta a questionamentos e a possibilidades ao invés de buscar as respostas almejadas pelo método.

Com efeito, adiante serão retomados outros aspectos da dogmática jurídica que confirmam tais afirmações, bastando por ora aduzir que o que se pretende defender é que a matriz teórica propiciada pela *hermenêutica filosófica* permite uma postura intelectual mais autêntica do que a postura de quem se vale de KELSEN para justificar uma estrutura teórica positivista, que posteriormente é negada com atos ou posições contraditórias com as defendidas pela estrutura de pensamento *kelseniana*.⁴²⁵

Aliás, não é inócuo alertarmos, segundo a lição de ROCHA, para o fato de que a *Teoria Pura do Direito* é categorizada, em certo aspecto, como uma forma de *neo-positivismo* de reflexos *kantianos*, este relevante em termos de diretriz epistemológica mediante a utilização do dualismo. O mesmo dualismo que deu origem à distinção entre ser e dever ser. Entrementes, ROCHA esclarece que é mais compatível com a *Teoria Pura*, outra afirmação, a de que ela possui o objetivo de identificar o Direito como *linguagem-objeto* em relação à “ciência do Direito” (vista como sua *meta-linguagem*). Tal raciocínio é concluído pela percepção de que apenas a questão do paradigma do rigor do normativismo kelseniano poderia ser tido por *neopositivismo*, resultando somente este aspecto passível de ser estudado através da analítica.⁴²⁶

A referência a *abertura de sentidos*, neste contexto, poderia abrir ensanchas para a acusação *relativista*, normalmente voltada para a crença na busca do sentido literal (gramatical), ou semântico, ou seja, de alguma forma vinculado com a segurança jurídica. Entretanto, a estrutura da

⁴²⁵ Apenas para não deixar passar *in albis*, visto que as possibilidades são sempre inumeráveis, aponta-se para a questão defendida por KELSEN de um advogado da Constituição, com amplas garantias tanto em face do governo como em face do parlamento, circunstância esta que a dogmática utiliza para justificar a limitação de legitimidade (até bem pouco tempo exclusiva) da propositura da ação constitucional de controle por parte apenas do Procurador-Geral da República. Entretanto, concretamente, este advogado tão bem protegido é indicado justamente por este governo de quem o pensador entendia deveria estar protegida a Constituição (já que ela seria um limitador do poder: *daquele poder soberano de impor aos governados uma vontade sem freios*, conforme Paulo Bonavides, op. cit., p. 322). Ver nota de rodapé 127 em Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., pp. 82 e 91. Ressalva-se, por imprescindível, que na obra citada o autor referido registra as dificuldades de asseguarção de tais garantias ao *advogado da constituição*, diante realidade de exceção que assolava o Estado brasileiro (regime militar).

⁴²⁶ ROCHA, Leonel Severo. *Da teoria do direito à teoria da sociedade*. In: Teoria do Direito e do Estado. Org. Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, pp. 68 a 70.

hermenêutica é bem mais complexa do que isto, bastando lembrar que o tempo consiste no horizonte de toda a compreensão.⁴²⁷

Temos, então, que se a temporalidade é percebida como horizonte de sentido, a *atribuição de sentido* não é de forma alguma arbitrária na estrutura hermenêutica.⁴²⁸ Na verdade, o homem, enquanto *ente* privilegiado pela capacidade de compreensão de seu próprio ser tem a obrigação de buscar, por meio da identificação da *diferença ontológica* (ser-ente), o sentido existente desde-já-sempre e vinculado, portanto, com seu ser-no-mundo que compõe além de sua existência a relação com toda a tradição que o cerca.

Trata-se, portanto, de uma *abertura circular* (círculo não vicioso, já se o disse em outra oportunidade), que exprime um retorno à questão do *sentido*, só que agora, de forma não *entificada*, ou seja, respeitando não deficiências, mas sim contingências humanas que não podem ser ingenuamente/intencionalmente afastadas apenas para o fim de justificar a correção e a segurança do método utilizado (pensa-se que esta forma metafísica de buscar respostas é o que representa, genuinamente, uma relativização da existência, devido ao seu alto grau de arbitrariedade).

Assim, não podemos ter segurança alguma de que a concretude fática das questões ou mesmo a temporalidade (a questão da escravatura que já foi considerada questão de pertinência econômica é um exemplo disso), não demonstrará que uma lei considerada constitucional venha a ter atribuído algum sentido que configure hipótese de ferimento à Constituição.

O problema é que, a partir da ADC, contaremos com *mais um obstáculo metafísico*, tendo em vista que o sistema jurídico voltado para a segurança jurídica certamente erguerá barreiras,

⁴²⁷ Idem. *Ser e tempo*. Parte I. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 13^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2004, p. 45.

⁴²⁸ Em realidade, de maneira oposta, pode-se verificar a arbitrariedade justamente no uso do método: “Afinal, como bem alerta Gadamer, o que constitui a essência da metodologia é que seus enunciados sejam uma espécie de tesouraria de verdades garantidas pelo método. Entretanto, acrescenta, ‘como toda a tesouraria, também a da ciência tem uma previsão para uso discricionário’, circunstância que denuncia o caráter arbitrário/discricionário do(s) método(s). Por isso é razoável afirmar que, em face da inexistência de um ‘método fundamental, meta-método ou meta-critério’ que sirva como ‘fundamento último’ (espécie de repriminção do *fundamentum inconcussum absolutum veritatis*) de todo o processo hermenêutico-interpretativo, o uso dos métodos é sempre arbitrário, propiciando interpretações *ad-hoc*, discricionárias.” (STRECK, Lenio Luiz. *Da interpretação de textos à concretização de direitos – a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma*. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos. Porto Alegre, 2005, *passim*).

reportando-se aos efeitos já consagrados pela análise da questão constitucional, por parte da Suprema corte, ainda que na hipótese de se pedir sua reavaliação sob uma nova perspectiva.

De modo que o fechamento da questão mediante a declaração de constitucionalidade de uma lei (representação perfeita de *entificação*), atribuindo-se efeitos definitivos ao texto legal que, a esta altura já resta percebido, não passa de um ente que não existe sem seu ser, tende a revelar-se como um descompromisso com o horizonte de sentido trazido pelo Estado Democrático de Direito.

Na obra *Jurisdição constitucional*, MENDES⁴²⁹ se manifestou no sentido de que ultrapassados alguns obstáculos até seria possível a alteração do resultado da decisão em prol da constitucionalidade de uma lei, reportando-se à doutrina alemã que apenas admitiria nova avaliação constitucional de mesma lei em caso de mudança de conteúdo constitucional ou da própria norma objeto de controle.

Confirma-se, assim, a vinculação desse raciocínio com o sistema jurídico desenvolvido a partir de luzes da modernidade (nada obstante a aparência de contemporaneidade do problema, por dizer respeito ao *controle de constitucionalidade*), o que se verifica quando o doutrinador precitado, ministro do Supremo Tribunal Federal, percebe e expressamente consigna que o raciocínio referenciado se vale da *tradição processual moderna*:

“Também entre nós se reconhece, tal como ensinado por Liebman com arrimo em Savigny, que as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que as alterações posteriores que modifiquem a situação normativa, bem como eventual mudança da orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (*inconstitucionalidade superveniente*).”⁴³⁰

Novamente está presente a preocupação revelada inicialmente com a identificação do processamento do controle de constitucionalidade com o *processo de conhecimento*. Neste sentido leciona OVÍDIO afirmando que a ordinarização das demandas ocasionaram um fenômeno de

⁴²⁹ Op. cit. pp. 362 e 363.

⁴³⁰ Op. cit. pp. 363 e 364.

esquecimento das peculiaridades dos casos concretos, transformando todas as questões em questões obrigacionais no âmbito do processo civil.⁴³¹

Para que não fique *truncada* essa questão, convém explicitar melhor o posicionamento doutrinário destacado, vez que ele parece contraditório com o que afirmamos anteriormente em atribuição ao pensamento de MENDES. Uma questão é a postura voltada para a inadmissão de nova aferição de constitucionalidade já declarada (em ADC) pelo Supremo Tribunal Federal, postura esta manifestada expressamente pelo doutrinador como se fosse a regra de seu raciocínio. Outra questão é a referência, do mesmo autor, à possibilidade de revisão do posicionamento da Corte constitucional em casos excepcionais, ou seja, a título de exceção. Esta excepcionalidade é salientada em referência Hans Brox, reportando-se, portanto, à doutrina alemã que considera a possibilidade de mudança de concepção do que seja constitucional em duas hipóteses: a) pela alteração do conteúdo da constituição; b) pela alteração do texto legal.

Ainda há um terceiro e diferenciado raciocínio desenvolvido por MENDES, que é o que diz respeito ao trecho supra transcrito, no qual é justificada esta hipótese excepcional de nova aferição da constitucionalidade, com base no que já é consagrado pela dogmática jurídica brasileira: a cláusula *rebus sic stantibus*. Este princípio é o mesmo que dá subsídios para a *teoria da imprevisibilidade* (uma vez alteradas as circunstâncias que envolviam o contrato ele poderia ser revisto), ou seja, notoriamente de natureza obrigacional.

Essas observações induzem a se considerar que não havia exageiro na cautela quando se iniciaram estas críticas identificando os caminhos que estão sendo percorridos pela *jurisdição constitucional* como muito próximos aos que conduziram aos obstáculos hoje enfrentados pela doutrina processual contemporânea. Trata-se da obrigacionalização do direito processual, como anteriormente salientado, diretamente relacionada à filosofia liberal-individualista, que auxiliou a dar os contornos daquilo que hoje se identifica por modernidade.

⁴³¹ “Se os romanistas entendem como um ‘preconceito’ a ser abandonado a distinção entre direito real e obrigação; se os civilistas e outros juristas e filósofos do Direito aceitam como uma evidência de desenvolvimento e progresso o império do direito obrigacional, em todos os setores da vida jurídica; aos que, como nós, estão preocupados com o direito processual e com sua função instrumental e realizadora do Direito Material, essas concepções podem perfeitamente ser consideradas *res inter alios*, desde que tais falsificações não penetrem sorrateiramente no campo da doutrina processual civil, para deturpar e aviltar a função peculiar do processo, tornando-o inoperante e carente de *efetividade*.” (SILVA,

A partir dessas constatações, permite-se afirmar que o *paradigma racionalista* afigura-se presente neste foco de observações que acabam de ser ressaltadas. Tanto a abordagem sob o olhar hermenêutico que sempre identifica o *fechamento de sentidos* (ADC) como sendo um problema grave atribuível à tradição metafísica, como os próprios *indícios formais* (alusão à cláusula *rebus sic stantibus* e inúmeras outras alusões ao *processo de conhecimento*), dão conta de que, ao mesmo tempo em que o sistema mantém-se fiel aos *princípios liberais*, os problemas contemporâneos exigem do julgador uma postura hermenêutica diante da insuficiência/ineficiência do sistema.

A gravidade dessa constatação está no fato de que, se a vida exige uma postura hermenêutica, enquanto o sistema segue se impondo por sua autoridade, tanto o cidadão quanto o operador do Direito passam a estar cada vez mais exposto a medidas *arbitrárias e relativistas*. Isto parece evidente, na medida em que o julgador justifica seu julgamento em aspectos que sabidamente não revelam os reais motivos da decisão (na verdade um sistema que não admite a decisão, pois decidir exige escolha e a “verdade” não admite escolha, mas sim uma resposta verdadeira), o que exige que se admita estarmos todos submetidos ao arbítrio judicial.⁴³² Curiosamente a pecha atribuída a quem defende a adoção de posturas compatíveis com a vida a partir da *hermenêutica filosófica*.

Na continuidade da questão, roga-se para que se atente ao fato de que, em se admitindo a aplicabilidade da *diferença ontológica* (ser-ente: base da *hermenêutica filosófica*), não seria tida por adequada a adoção de um *controle de constitucionalidade objetificante*, como o é a ação declaratória de constitucionalidade. Este mecanismo, que vem nobremente justificado pela certeza, celeridade, enfim, segurança jurídica que *melhoraria a relação entre os poderes*, concretamente apenas se justifica para servir a interesses governamentais, ou seja, no “calor da batalha” pretende-se *aprisionar um sentido*, que certamente serve a algum interesse, que não necessariamente ao da

Ovidio Araújo Baptista da Silva. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 84 e 85)

⁴³² “A existência de tantos métodos e procedimentos interpretativos postos à ‘disposição’ dos juristas faz com que ocorra a *objetificação da interpretação*, porque possibilitam ao intérprete sentir-se desonerado de maiores responsabilidades na atribuição de sentido, colocando no fetichismo da lei e no legislador a responsabilidade das anomalias do direito. Esfumaça-se, pois, a ética no discurso jurídico.” (STRECK, *Da interpretação de textos...*, op. cit, *passim*).

população.⁴³³ A mesma população que optou por legitimar a constituição, justamente a constituição responsável por atribuir os contornos do Estado Democrático de Direito tão almejado pela nação.⁴³⁴

Com base nisso não é absurdo considerar que atualmente a luta pela manutenção do paradigma liberal-individualista, que compõe a estrutura do Direito contemporâneo, traz mais perdas do que ganhos para o Estado Democrático do Direito.⁴³⁵

Ademais, ainda que a democracia representativa não estivesse em crise, enfoque este merecedor de outro estudo, poder-se-ia argumentar também sob as luzes do Direito, este na condição de ciência da compreensão hermenêutica,⁴³⁶ que, a par de inadmissível a figura de um controle de constitucionalidade que aprisione o *sentido*, o próprio sentido da norma que estabelece este mecanismo de controle estaria eivado de inconstitucionalidade. Afirma-se isto em virtude de que a ADC, por ser um controle de constitucionalidade, possui em seu *ser* o germe da proteção do indivíduo (construção liberal-individualista).⁴³⁷ Desta feita, resta deslegitimada por completo a

⁴³³ “É já insustentável a sua imputação à vontade geral – ao todo ou ao comum comunitário -, pois as leis não são mais do que prescrições de particulares forças políticas, de forças políticas parciais e mesmo partidárias, que no quadro do sistema político-estatal (ou constitucional) adquiriram a legitimidade para tanto, a partir de uma sociedade dividida (justamente em diferentes forças sociais e políticas, actantes e interventoras no nível do poder) e plural (nos projetos ideológicos sobre essa mesma sociedade)... sendo a expressão de uma vitória num conflito político, a lei invoca e afirma uma vontade, mas apenas a vontade da força política legislativamente dominante ou essa vontade transacionada com outras vontades políticas também particulares’.” NEVES, Castanheira, *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Apud OVÍDIO, *Jurisdição e execução ...*, op. cit. p. 204.

⁴³⁴ “O *judicial control*, sem sombra de dúvida a maior criação constitucional dos norte-americanos, surgiu como instrumento de defesa dos direitos individuais contra o mais nocivo dos abusos políticos, aquele que associa Legislativo e Executivo na comum infringência da Constituição. No sistema presidencial do governo, com efeito, a lei não é apenas o ato do Poder Legislativo: ela conta também, necessariamente, com a aprovação do Executivo, que tem o poder de vetá-la. Quando o Presidente da República sanciona uma lei inconstitucional, ele se acumplicia com o legislador na violação da carta Magna. Ora, a ‘ação declaratória de constitucionalidade’ veio subverter inteiramente os termos dessa equação política. Ela não é uma defesa da cidadania contra o abuso governamental, mas, bem ao contrário, uma proteção antecipada do Governo contra as demandas que os cidadãos possam ajuizar para defesa de seus direitos. É uma espécie de *Bill* de indoneidade que o judiciário outorga aos demais Poderes, um nihil obstat legitimador da ação governamental, antes que os cidadãos tenham tempo de reclamar contra ela.” (COMPARATO, Fábio Conder. *Réquiem para uma Constituição*. In: *O desmonte da nação: balanço do Governo FHC*. Org. Ivo Lesbaupin. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, pp. 18 e 19)

⁴³⁵ “... doutrina, embalada pelo individualismo que, com marcas tão profundas, a caracteriza, é produto do liberalismo econômico gestado no século XIX, ainda que sob a máscara do liberalismo político. Por isso mesmo essa doutrina, incapaz de compreender que a realidade não pára quieta, planta suas bases sobre uma noção de legalidade estruturada sobre o dogma de uma “separação” dos poderes incompatível com a realidade, ...” (GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 261).

⁴³⁶ OVÍDIO, *Jurisdição e execução*, op. cit., p. 198.

⁴³⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 306. Para CAPPELLETTI, ainda que verificado nos Estados Unidos o passo definitivo de garantias em prol dos indivíduos com base no princípio constitucional, esta fórmula desobrigadora do cumprimento de normas antijurídicas é tão antiga que é de índole romana e estava presente desde o medievo, já hierarquizando o direito natural dos súditos inclusive em relação ao soberano (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit. p. 52 e 56).

formatação da ADC com objetivos sedimentadores. De maneira que um mecanismo cujo produto é a formação de um diploma legal “blindado” contra reivindicações individuais não tem como não ser considerado inconstitucional em virtude do ferimento do próprio princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88).⁴³⁸

Essas ponderações são de suma relevância, haja vista que a conseqüência desta forma de se pensar a prestação jurisdicional ainda está extremamente vinculada à estrutura dos juízes – seres inanimados - que declaram a *vontade da lei*, mesmo que se pense que evoluímos bastante a tal respeito e que ninguém mais defenderá tal postura.⁴³⁹ Surpreendentemente, para alguns, ainda hoje esse sistema é voltado sim para equiparar a “declaração” como sendo a prestação jurisdicional legitimamente “científica” (a sentença é o ato que encerra com o processo, avaliando ou não o seu mérito, art. 162, §1º, do CPC⁴⁴⁰), enquanto que sua realizabilidade está relegada a um mero efeito, secundário, de pouca “relevância jurídica”, concepção esta que acarreta em perda de efetividade para a concretização dos direitos.⁴⁴¹

⁴³⁸ Por conta de atuação de *substitutos processuais*, o indivíduo teria ceifado seu direito de postular e comprovar a ilegalidade de ato contra ele praticado por conta de lei considerada inconstitucional segundo o caso concreto como se a interpretação pudesse ser considerado um ato pronto e acabado após abstratamente definido pelo STF por meio da ADC: “A interpretação jamais se dará em abstrato, como se a lei (o texto) fosse um objeto cultural. Há, sempre, um processo de concreção, que é a *applicatio*, momento do acontecer do sentido, que ocorre na diferença ontológica. Não há textos sem normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único; irrepetível.” (STRECK, *Da interpretação de textos...*, op. cit. *passim*).

⁴³⁹ “Carecem de muita leitura e reflexão interdisciplinares os nossos dogmáticos, até para que fiquem cientes de que há sempre um grego ou um romano que já disse antes o que pensam ser uma criação intelectual sua.” (GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 269).

⁴⁴⁰ Convém registrar que aqui, como em todo o desenvolvimento deste trabalho, o conceito de sentença, para fins de avaliação crítica da questão da jurisdição no sistema jurídico brasileiro é considerado como sendo o anterior a alteração legislativa, eis que o paradigma não se alterou apenas por conta de uma adequação pontual de conceito. Nesse sentido é a manifestação da própria dogmática especializada: “Em última *ratio*, a reforma trazida pela L 11232/05 ao conceito de sentença não conseguiu mudar o que já se encontrava no sistema: sentença continua a ser o ato que encerra o processo.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 373)

⁴⁴¹ “Tendo em conta estes dois pressupostos, a alienação dos juristas, confinados ao ‘mundo jurídico’, e o direito como uma relação interpessoal de poder, autênticos paradigmas do pensamento jurídico contemporâneo, é possível compreender melhor a lição de Chiovenda quando ele afirma que todo direito, seja absoluto ou relativo, transforma-se numa obrigação ao penetrar nos umbrais processo (Instituições de direito processual civil, cit., 1º. V., p. 25). Torna-se igualmente compreensível a tenaz resistência oposta pelos processualistas às ações executivas, posto que elas, ao mesmo tempo em que operam no “mundo jurídico”, possuem, em seu interior, eficácia de fato, capaz de transformar a realidade empírica, que, para nossa ciência, não seria mais um fenômeno *jurídico*, mas *fato puro*. Esta dificuldade de ver o *direito* no *fato* é que levou Buzaid a cometer o erro imperdoável de transformar a ação de mandado de segurança numa demanda declaratória (!), porque, para ele, o efeito de mandamento, enfim a ordem, não faria parte do ato jurisdicional, correspondendo apenas a seu efeito (de fato, não jurídico) ...” (OVÍDIO, *Jurisdição e execução*, op. cit. p. 159)

Insiste-se, diante dessas observações, que, na verdade, é contra a dogmática jurídica que se pode desferir acusações de relativização e arbítrio, pois, a par de seu reiterado esforço para a objetificação dos sentidos (ADC), verifica-se a existência de movimentos contraditórios, por exemplo, em favor da *relativização da coisa julgada*.⁴⁴² Dentro dessa mesma estrutura a decisão judicial que passa por cima da autoridade da coisa julgada (considerando o caso concreto), encontra amparo na doutrina que se vangloria pelo *ineditismo* e correção do julgado. Entretanto, para suportar tal *decisum* lança mão de valores medievais ou pré-modernos, que já haviam sido combatidos fortemente no desenvolvimento do racionalismo: os valores ditos pré-modernos, como a *justiça*, são utilizados como argumentação para enfrentar eventuais deficiências do sistema jurídico, constatadas no quando do enfrentamento de questões contemporâneas.

Aliás, esse tipo de posicionamento tido por crítico e inovador, parece falhar justamente em virtude da fragilidade de não possuir um embasamento teórico suficiente ou mesmo por vir desacompanhado de um embasamento teórico alternativo. Isto fica exposto ao se ter que lançar mão de artifícios que a modernidade tinha por superados (como já dito, a justiça jusnaturalista⁴⁴³) e, portanto, acaba demonstrando a necessidade de *superação* do paradigma vigente (e não a utilização do mesmo paradigma, só que com valores que lhe escaparam, por opção filosófica) para que não se institua definitivamente o arbítrio judicial.⁴⁴⁴

⁴⁴² NASCIMENTO, Carlos Valder do (organizador). *Coisa julgada inconstitucional*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. Para fins da presente citação destacam-se os artigos de José Augusto Delgado e Humberto Theodoro Júnior.

⁴⁴³ "... a sentença judicial, mesmo coberta com o manto da coisa julgada, não pode ser veículo de injustiças;" (DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: *Coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 63). Ao que ficam sem respostas os questionamentos de: o que é injusto e, pior, quem dará a última palavra do que seja injusto? Ou ainda: haverá uma decisão melhor que a outra e esta sim, será a justa? Nada obstante não se estar pretendendo posicionar-se a respeito do assunto pontual (a favor ou contra a coisa julgada), apenas registra-se que a mesma não passa de uma opção política do sistema jurídico brasileiro e assim deveria ser avaliada.

⁴⁴⁴ Referimo-nos ao Recurso Extraordinário 105.012-8, de relatoria do eminente Ministro Néri da Silveira, anterior à Constituição dita "cidadã", julgado em 09.02.1988, o qual foi indicado por MENDES (op. cit. p. 364) como exemplo de possibilidade excepcional de nova aferição de constitucionalidade já declarada por meio de ADC. No referido aresto, houve a superação da coisa julgada em função do caso concreto. Tratava-se de interesse patrimonial da União para modificar os critérios de cálculo em sede de liquidação de sentença decorrente de ação desapropriatória. (http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?classe=RE&processo=105012&origem=IT&cod_classe=437).

Salvo melhor juízo, tal exemplo não se presta aos fins intentados, cabendo reportarmos ao precedente do mesmo Supremo Tribunal Federal em que o Ministro Célio Borja afirmou que a questão de critérios de atualização em sede de liquidação de sentença sequer se submete ao fenômeno da coisa julgada, o qual estaria presente na sentença em liquidação e não na sentença homologatória que lhe dá cumprimento (RE 111.787) (http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?PROCESSO=111787&CLASSE=RE&cod_classe=437&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M&EMENTA=1633). Ver a esse respeito lição no sentido de que a coisa julgada é a *indiscutibilidade* da declaração contida na sentença e também acerca da inautenticidade de retorno a argumentos pré-modernos para sua desconstrução ("injustiça grave"): SILVA, Ovidio Araújo Baptista da Silva. *Coisa*

Enfim, o que se autoriza a concluir diante de todo esse aparente arcabouço atualizado é que o sistema está a corroborar a manutenção da estrutura voltada para o “juiz boca da lei” por meio de um discurso mais sofisticado, ao invés de realmente investir na pesquisa em prol da ciência do Direito contemporaneamente justificada.

3.2.5 O argumento crítico pertinente à *lei ainda constitucional* e o contraste com a classificação das normas.

A decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal identificada como “lei ainda constitucional”⁴⁴⁵ não deixa dúvidas acerca da necessidade de abertura do Direito para uma visão hermenêutica, haja vista que a partir de um olhar que leva em conta a temporalidade e a historicidade no âmbito do horizonte de sentido propiciado pelo Estado Democrático de Direito é que seria justificável “teoricamente” uma decisão judicial que considerasse *ainda constitucional* uma *lei tida por inconstitucional*.

O caso clássico dessa manifestação seria o de ferimento ao princípio da igualdade, o qual foi tido por temporariamente tolerável devido a aspectos contingentes (a exemplo do *habeas corpus* n. 70.514, julgado pelo STF em 23.03.1994⁴⁴⁶), ou seja, não “técnicos”, mas sim contextuais. A decisão consistiu em se considerar que, em um dado momento histórico, se justificariam beneplácitos procedimentais advindos de uma *lei tida por inconstitucional*, em prol de um órgão governamental que tem por ofício a *defesa judicial da população carente* (a Defensoria Pública): seria o caso de uma lei *por enquanto* constitucional.

Tem-se por coroado no caso concreto, ou mesmo, tido por necessário, devido ao próprio modo-de-ser humano, o reconhecimento da existência de mais de um sentido possível da lei (o ser-

julgada relativa? In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003, pp. 363 e ss.

⁴⁴⁵ Essa perspectiva é bem elaborada no Direito tedesco e é conhecida como *decisão apelativa*. Ressalva-se que diferentemente do Brasil, a Alemanha já conta com *decisão apelativa* em que o Poder Judiciário impõe atuação legislativa positiva inclusive com estabelecimento de prazo para atuação do Parlamento (ver em STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op.cit., p. 468).

⁴⁴⁶ HC 70.514, Rel. Min. Sydney Sanches, em análise da Lei 7.871/1989, referente ao prazo recursal em dobro concedido para as Defensorias Públicas: “... ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo de ação penal pública.” (http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?classe=HC&processo=70514&origem=IT&cod_classe=349).

do-ente), o qual é nitidamente correlacionado com a sua temporalidade, caracterizando a necessidade da assimilação da filosofia *heideggeriana* de que *o tempo é casa do ser*. Aliás, a postura do STF revela-se totalmente contraditória com a da analogia do *processo de controle de constitucionalidade* com o *processo de conhecimento*. Por conta destas posturas ambivalentes é que se defende a estruturação de um pensamento jurídico voltado ao modo-de-ser humano que viabilize uma direção constitucionalizante concreta, sob pena de se ficar sujeito a toda sorte de arbítrios, sejam eles considerados vantajosos ou prejudiciais (desimporta esta conotação metafísica: *o tribunal acertou, ou o tribunal errou*).

A questão acena ainda para a percepção da necessidade da renúncia à tendência dogmática da história do Direito brasileiro de copiar soluções estrangeiras pontuais (v.g. a referência à postura similar da Corte alemã⁴⁴⁷ na condição de *argumento de autoridade*), ou seja, legitima-se uma postura extraordinária do STF (lei ainda constitucional) em função de que a Corte alemã também agiu desta maneira. Em realidade, essa a postura que, em outros momentos históricos, ou em questões tidas por de alta indagação intelectual, justificou a criação das intermináveis *teorias mistas*,⁴⁴⁸ sem que com isso consigamos simplesmente admitir que é legítima a contrução de uma tradição autenticamente brasileira (é no Brasil, e não na Alemanha, que o Ministério Público possui melhor estrutura do que a Defensoria Pública). E o mais importante, essa tradição deve ser percebida como renascida constantemente a partir de um *círculo de compreensão* que esteja em contínua formação. Pensa-se ser esta uma postura autêntica, ao invés de seguirmos nos submetendo a concepções *hermenêuticas meramente subjetivistas* (relação sujeito-objeto), na ilusão de que estamos empreendendo grande evolução.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5^o ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 365.

⁴⁴⁸ Não se está a pleitear a autonomização intelectual como a formatação de uma ilha, ao revés, importa em muito o desenvolvimento acadêmico seja de onde ele vier (ou melhor, com quem ele vier). O que se está a questionar é tão-somente a tradição inautêntica da adoção de soluções pontuais (importação não de estudos contextualmente colocados, mas sim de entendimentos, que acabam transmudando-se em efeitos de enunciados), que acabam vindo desacompanhadas de seu “ser”, contribuindo ainda mais para a sedimentação da cultura da *entificação* que podemos ilustrar com a prática das súmulas (esquecimento do caminho em prol da chegada, com resultados inevitáveis de distorções dos fundamentos e circunstâncias que haviam ensejado o resultado sumulado).

⁴⁴⁹ “O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas em nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. Não é uma mera pressuposição sob a qual sempre já nos encontramos, mas nós mesmos vamos instaurando-a na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo

Em contraste com o avanço hermenêutico permitido pela “lei ainda constitucional”, destaca-se outra abordagem que tem tido ressonância direta na questão da aplicabilidade das normas constitucionais e que acaba por confirmar a força de velhos paradigmas. Esta abordagem diz com a *classificação das normas constitucionais*.

O que mais surpreende é que a força do paradigma é confirmada mesmo diante de posições tão arrojadas como a que se acaba de referir por meio da denominada lei ainda constitucional.

Há quem argumente acerca da existência de uma disputa velada entre os juristas, no sentido de se eternizarem por meio de propostas de critérios classificatórios. Apesar de ser uma possibilidade, opta-se por não crer, como já se deu a entender, que tais estudos possuam o intuito meramente egocêntrico de lapidar, na história do Direito, inovações classificatórias⁴⁵⁰ (a mais utilizada, ou a melhor elaborada, ou mesmo apenas para ser citada como uma nova alternativa). Nega-se esta interpretação em virtude de que juristas de capacidade intelectual ímpar tem tido seus estudos voltados para encontrar a classificação mais *perfeita* ou *ideal* das normas constitucionais, todos, supõe-se, crendo estarem trabalhando para a evolução das discussões constitucionais.

BONAVIDES aponta os estudos italianos como sendo os precursores em termos de densidade na busca da classificação normativa de natureza constitucional,⁴⁵¹ mas é em JOSÉ AFONSO DA SILVA que a questão tomou forma no âmbito nacional,⁴⁵² o qual adotou critérios quanto à eficácia e aplicabilidade, através das: a) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata integral; b) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; c) normas de eficácia limitada; c.1) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; c.2) declaratórias de princípio programático.

algum, um círculo ‘metodológico’ ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão.” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 298/388).

⁴⁵⁰ “Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, na sua ânsia de inovação, acabaram produzindo uma classificação confusa, que, lamentavelmente, não melhorou em nada a nossa.” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 86).

⁴⁵¹ “... costumam repartir as normas constitucionais em duas categorias básicas: normas programáticas ou diretivas e normas preceptivas.” (BONAVIDES, op. cit. p. 238)

⁴⁵² BONAVIDES, op. cit. p. 243.

Em um primeiro momento define-se a classificação, justificando-se no *labor científico* a sua necessidade,⁴⁵³ para depois se identificar as dificuldades dos casos concretos,⁴⁵⁴ que acabam por ter de se enquadrar com base na interpretação de quem a aplica (o que definitivamente, consagra um paradoxo do esforço classificatório que em um primeiro momento parte dos casos concretos para, em seguida, adequar os casos concretos à classificação já estruturada o que, salvo melhor juízo, não era o objetivo da classificação).

A afirmação pode parecer excessivamente dura, mas há de se ponderar que tais discussões acabam por se revelar em um trabalho intelectual profundo, ainda que, sem grande repercussão para a evolução do Direito que não seja a de manutenção do *status quo* em termos de sistema jurídico.⁴⁵⁵

Essa ponderação leva em conta não apenas a motivação das investigações realizadas, mas, mormente, as conseqüências delas decorrentes: a) a motivação dos juristas - daqueles que não estão preocupados tão-somente com sua visibilidade – que se debruçam em pesquisas na crença de estarem “fazendo ciência”, ou seja, confiam na obtenção de uma fórmula metodológica que finalmente seja a mais correta e, esta sim, perfeita, ou útil para o desenvolvimento do Direito⁴⁵⁶; b) na prática, a título de conseqüência, assiste-se a utilização de tais estudos para justificação de teses ou decisões que acabam servindo de escudo para mascar outros aspectos, ou melhor, os verdadeiros interesses que motivaram a decisão relativa ao caso concreto.

⁴⁵³ “A classificação pura e simples das normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis não corresponde, com efeito, à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, ...” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 75).

⁴⁵⁴ O doutrinador chega a admitir a dificuldade de encontrar uma terminologia que exprima sinteticamente e com fidelidade o fenômeno que o preocupa, mas nem por isso abandona seu intento de identificar abstrações terminológicas que cientificamente abarquem todas as normas constitucionais. (JOSE AFONSO DA SILVA, op. cit., p. 84).

⁴⁵⁵ Os critérios de classificação são variados. Quanto ao destinatário da norma: programáticas as dirigidas ao legislador e preceptivas as endereçadas aos cidadãos e ao juiz. Quanto ao objeto da norma: programáticas as que tem eficácia sobre os comportamentos estatais e preceptivas as que recaem sobre relações privadas. Quanto à natureza da norma: programáticas as com alto teor de abstração e im perfeição (demandam operações integrativas) e as preceptivas por serem concretas e completas, de aplicação imediata, de incontestável juridicidade. (BONAVIDES, op. cit., p. 239). JOSÉ AFONSO DA SILVA identifica algumas classificações que lhe sucederam: a) Celso Antônio Bandeira de Mello (leva em conta a posição jurídica da qual se vêm os administrados em relação às regras constitucionais); b) Luís Roberto Barroso (leva em conta a estrutura normativa da constituição); c) Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito (separaram a aplicabilidade – normas de incidência -, da eficácia – normas de produção de efeitos); d) Pinto Ferreira; e) Maria Helena Diniz (ambos introduzem a classificação *eficácia* absoluta, ou seja, critério de modificabilidade constitucional: emendável ou não); f) Jorge Miranda (utiliza diversos critérios de classificação). (Op. cit., pp. 86 e 87).

⁴⁵⁶ “A teoria clássica norte-americana não destaca, como acentua a crítica, a importância das normas programáticas que revelam o novo caráter das constituições contemporâneas, não oferecendo uma visão ordenada e científica de seus variados efeitos jurídicos, ...” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, op. cit., p. 76).

Calha a crítica similar realizada por EROS GRAU em relação a discricionariedade, que serve de *instrumento* para os administradores lidarem com a máquina estatal a seu bel prazer, inclusive em afronta à própria, dita, legalidade, visto que mediante sua invocação, passam a se considerar imunizados contra a atuação judicial que não poderia transpor a categoria “interesse público”.⁴⁵⁷

No âmbito das classificações normativas constitucionais, a ADIn nº. 04, julgada em 07 de março de 1991, pelo STF, dá conta do que se está pretendendo afirmar quando se menciona acerca da utilização de critérios categóricos para justificar “cientificamente” uma decisão embasada em “raciocínio jurídico”.

No referido julgamento estabeleceu-se a discussão acerca do cumprimento ou não de dispositivo constitucional que limitava a prática de juros no país em até 12% ao ano (diga-se, uma decisão que punha em xeque resultados bilionários por parte de instituições financeiras e investidores internacionais, bem como alteraria o caminho a ser trilhado pela política econômica do governo em atuação naquele momento histórico).

Nada obstante, a decisão a favor da liberação da prática de juros ganhou força e ares de cientificidade por meio da utilização da classificação contruída no direito estadunidense, consistente na conhecida categoria denominada *self-executing*, ou seja, no caso concreto, a norma foi considerada *não auto-aplicável*, o que significaria que ela precisaria de regulamentação legal para que viesse a ser aplicada.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ “... o que a doutrina tradicional concebe como sendo a *discricionariedade* é a **interpretação ...**” (...) “... a superação da indeterminação (o preenchimento) dos “conceitos indeterminados” (vale dizer das noções) opera-se no campo da *interpretação*, não no campo da *discricionariedade*; importa a formulação de *juízo de legalidade*, não de *juízo de oportunidade*. (...) *Indeterminado* o termo do conceito de *interesse público* – e mesmo e especialmente porque ele é contingente, variando no tempo e no espaço, eis que não é conceito, mas noção –, a sua interpretação (*interpretação = aplicação*) reclama a *escolha de uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada*. (...) E isso porque, repito-o, sempre, em cada caso, na *interpretação*, sobretudo de textos normativos que veiculem ‘conceitos indeterminados’ (vale dizer, *noções*), qual o de *interesse público*, inexistente *uma interpretação verdadeira* (única correta); a única interpretação correta – que haverá, então, de ser exata – é objetivamente incognoscível (é, *in concreto*, **incognoscível**). (EROS GRAU, op. cit. pp. 212, 213, 214, 217)

⁴⁵⁸ ADIn 04, ementa: (...) 7. Em consequência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pela Presidência da República e circular do Banco Central), o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do parágrafo 3º. Sobre juros reais de 12% ao ano, e a segunda determinando a observância da legislação anterior à relatora do Sistema Financeiro Nacional. (...)” (http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?PROCESSO=4&CLASSE=ADI&cod_classe=504&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M&EMENTA=1709).

O que mais surpreende nesse julgamento paradigmático é que, uma vez considerada *não auto-aplicável* a norma constitucional, no âmbito de um cenário de economia estabilizada, elegendo-se como adequados os argumentos da necessidade de normatização levando-se em conta outros componentes do sistema financeiro nacional (Banco Central), nem sequer a limitação da prática de juros acima do teto constitucional fora ressaltada.⁴⁵⁹ Afinal, seria razoável dita observação para fins de caracterização de inconstitucionais os atos normativos que superassem o limite constitucional enquanto não definitivamente deslindadas outras questões tidas por “técnicas” no âmbito da matéria financeira (v.g. a conceituação do que seriam *juros reais*).

Acaso o *paradigma racionalista* não fosse dominante na seara jurídica e o Direito fosse percebido como uma atividade hermenêutica, tal decisão não poderia ser considerada autêntica. A afirmação procede em virtude de que o questionamento hermenêutico não se compraz com explicações estritamente “técnicas”. A busca hermenêutica se identifica com a necessidade de superação do paradigma liberal-individualista por meio da percepção do homem enquanto existência,⁴⁶⁰ cujas possibilidades estão abertas para a escolha que não é desacompanhada, jamais, de seus “pré-juízos”, de modo que pode se considerar que as categorizações servem mais como um escudo para o modo-de-ser do homem ao invés de possibilitar uma *virtude científica*.

⁴⁵⁹ O sistema jurídico tradicional fica bastante fragilizado em casos como estes, eis que o mesmo assimila um paradoxo evidente para se manter (é como se houvesse um aparente desenvolvimento científico do Direito que mascara as deficiências do sistema), ou seja, enquanto utiliza-se de argumento “científico” (categorização das normas jurídicas) para fundamentar a decisão judicial, ele acaba por afrontar sua própria estrutura, a qual enuncia que uma norma infraconstitucional não poderá ferir norma constitucional (hierarquia das normas). Com efeito, ainda que posteriormente regulamentada a norma tida por não auto-executável (categoria), esta necessariamente teria de respeitar o limite constitucional, de modo que é no mínimo curiosa a decisão que opta entre regras e categorias (o mesmo sistema defendido pela tradição jurídica que acusa a hermenêutica de relativização), dentro de um sistema voltado para uma resposta correta e segura. De modo que interpretamos estes “fenômenos” com sendo a tradução da insuficiência do paradigma moderno para lidar com problemas sociais contemporâneos.

⁴⁶⁰ Quando referimos existência corremos o risco de que se identifique tal palavra como sendo algo real, ou seja, algo dado previamente. O objetivo é totalmente diverso, em termos hermenêuticos, pois tal interpretação não possibilita que percebamos justamente o que o homem possui de especificidade em relação às demais “coisas”, qual seja a de não ser algo dado porque está referido a possibilidades, enfim, existência deve ser compreendida enquanto a condição humana de ultrapassar a realidade (*ex-sistere*) na direção da possibilidade, superando o entendimento da ontologia tradicional da simples-presença. Nesse sentido: VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10ª. Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 25.

No caso em tela, salvo melhor juízo, os argumentos alinhavados não passavam de engodo,⁴⁶¹ tanto que por mais de quinze anos após a publicação da Constituição Federal o art. 192 ainda não havia sido “regulamentado”, até que em 29 de maio de 2003 sobreveio a Emenda Constitucional n.º. 40,⁴⁶² que o revogou, consagrando a total liberdade do Poder Executivo para regulação do sistema financeiro nacional, ou seja, finalmente, veio à tona o objetivo realmente presente quando do julgamento proclamado, qual seja o de não adotar a prescrição do Poder Constituinte, acabando por beneficiar o mercado financeiro considerado, por alguns, relevante para os interesses do país (“política econômica”). Isto tudo, nada obstante os graves resultados para o aumento da concentração de riqueza⁴⁶³ que ninguém há de contraditar quando se afirmar que não se coaduna com os objetivos do horizonte de sentido propiciado pelo Estado Democrático de Direito.

No voto do Ministro Sydnei Sanches, relator do caso em análise, colhe-se a justificação teórica que se adequa com perfeição à áurea científica propiciada pela classificação eleita quando de sua avaliação e que em realidade traduz com clareza a presença dominante do paradigma da modernidade no Direito:

“Os constituintes podem ter votado, tanto acreditando, quanto não acreditando que a redação (do parágrafo 3º do art. 192) lhe desse eficácia imediata. Ademais, é princípio hermenêutico corrente o de que , na exegese das normas jurídicas, o que importa não é a ‘**mens legislatoris**’, mas a ‘**mens legis**’ ou ‘**mens constitutionis**’.”⁴⁶⁴

⁴⁶¹ Esclarece-se que não se trata de um registro pejorativo que reclama a identificação do bem e do mal, ou do certo e do errado, mas tão-somente a percepção da ausência de reconhecimento pessoal, enquanto homem julgador, e da própria tradição jurídica de que não se estava decidindo de forma neutra com base em uma respeitável classificação científica, mas sim por meio de um instrumento (categoria metafísica) que possui inerente à sua criação os fins objetivadores do Direito. Enfim, com base em no paradigma metafísico que acaba por ocultar os verdadeiros preconceitos que conduzem à decisão eleita: “O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 274/358).

⁴⁶² Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporem, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram (EC n.º. 40/2003).

⁴⁶³ “... no que se refere à concentração de riqueza, a evidência sugere que as elevadas taxas de juros nos últimos anos parecem ter agravado ainda mais esse problema. A ‘indústria de fundos’, aplicações financeiras restritas às classes mais favorecidas, cresceu exponencialmente no período 1994-97, enquanto o conjunto da economia brasileira desacelerou. O patrimônio total dos fundos cresceu de US\$54 bilhões em 1994 para US\$ 104 bilhões em 1996 e para US\$ 119 bilhões em maio de 1997, isto é, um crescimento de mais de 100% em termos nominais e 70% em termos reais.” (GONÇALVES, Reinaldo. *Distribuição de riqueza e renda: alternativa para a crise brasileira*. In: O desmonte da nação: balanço do Governo FHC. Org. Ivo Lesbaupin. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p. 58).

⁴⁶⁴ http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?PROCESSO=4&CLASSE=ADI&cod_classe=504&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M&EMENTA=1709.

Dois aspectos devem ser salientados a partir das ponderações que se realizaram no julgado supra transcrito. Não poderíamos nos furtar de alguns registros ante as críticas já proferidas e que tiveram por alvo os esforços intelectuais para o desenvolvimento do Direito que são constantemente realizados pela tradição jurídica brasileira.

Primeiramente, não se trata de propalar, a partir da *hermenêutica filosófica*, a anarquização do “conhecimento humano”, mediante a “relativização” de conceitos, ou mesmo, o afastamento total e completo de conceituações. Nem mesmo HEIDEGGER intentou iniciar uma “caçada às bruxas” contra a metafísica, ao revés, reconheceu-a participante do *Dasein*, ou seja, parte da história do homem. Para a hermenêutica o desenvolvimento metafísico não representa um erro a ser reparado mediante um rompimento integral com o paradigma anterior – esse prisma em realidade revelaria um idêntico equívoco, já que legitimaria uma operação teórica que alcançaria a uma doutrina supostamente ideal, o que, sabe-se, contraria totalmente o pensamento hermenêutico.⁴⁶⁵ O que se quer propor com a hermenêutica, outrossim, é justamente que se perceba que existe uma forma de busca pela verdade, que é mais rigorosa que a conceitual,⁴⁶⁶ e, por isso, extremamente complexa de se alcançar, haja vista a nossa historicidade também metafísica.

O segundo aspecto, dando seqüência mais direta à avaliação da questão concreta enfocada, diz com o fato de que tanto a busca pela “mens legis”, quanto a busca pela “mens legislatoris” não seriam admissíveis para o olhar hermenêutico.⁴⁶⁷ Esta leitura seria inconcebível,⁴⁶⁸ haja vista que a linguagem não é tida somente por um instrumento humano de comunicação, mas sim que embora

⁴⁶⁵ VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10ª. Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 146.

⁴⁶⁶ HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre el humanismo*. Trad. Helena Cortés e Arturo Leyte. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p. 79.

⁴⁶⁷ “O resultado da interpretação não é um resultado de escolhas majoritárias e/ou produto de convencionalismos. Não se trata, evidentemente, de verdades ontológicas no sentido clássico. Claro que não! Os sentidos não estão ‘nas coisas’ e, tampouco, na ‘consciência de si do pensamento pensante’. Os sentidos se dão intersubjetivamente. Conseqüentemente, na medida em que essa intersubjetividade ocorre *na e pela* linguagem, para além do esquema sujeito-objeto, *os sentidos arbitrários estão interditados*.” (STRECK, *Da interpretação de textos...*, op. cit, *passim*).

⁴⁶⁸ A própria afirmação da impossibilidade de se realizar determinada leitura denota a existência de uma estrutura de pensamento consistente no caminho hermenêutico. Assim, os argumentos que formulam a crítica da “mens legis”, a “mens legislatoris” e as classificações generalizantes, devem ser tomados para fins de um registro importante que confirma a existência de uma estrutura de pensamento que, ato contínuo, combate, ou melhor, revela por antecipação, o inadequado lançamento de eventuais críticas voltadas para uma anarquização ou arbitrariedade por parte da hermenêutica filosófica, a qual poria por terra o princípio da segurança jurídica. Verificada, portanto, essa estrutura de pensamento, pode-se afirmar que apesar de complexa, ela não dá azo a caprichos isolados, como se fosse possível que por meio dela se defendesse qualquer idéia à revelia das estruturas pré-concebidas (tradição).

ela seja algo de que dispomos, ao mesmo tempo ela dispõe de nós, enquanto estrutura limitadora de nossas possíveis experiências de mundo.⁴⁶⁹

De modo que buscar um sentido original, além de ser uma busca vazia,⁴⁷⁰ seria um retorno à tradição inautêntica da metafísica para a qual o texto seria uma simples-presença,⁴⁷¹ aguardando para ser desvendado por completo pelo intérprete tal como ocorre com os fenômenos físicos e as equações matemáticas. Com efeito, com isto não se pode concordar sem ressaltar a não insignificante diferença de que em Direito estamos tratando de casos concretos que envolvem indivíduos singulares e humanos, ainda que eventualmente considerados de forma *abstracta* em sua coletividade, ou seja, é incontornável o fato de que não existe uma *mens legis*, nem uma *mens legislatoris* cuja origem fosse obtível e, mais, consistente na solução para o caso concreto.⁴⁷²

Por conta disso, o exemplo da ADin n. 4 é rico para registrar-se que a hermenêutica procura superar essa tradição, não apenas compreendendo-a como parte da historicidade humana, mas ampliando seus horizontes para que se passe a considerar que o “mistério” das possibilidades sem-fim encontra-se sempre no não-dito.⁴⁷³ Claro, pois se reconhecemos que o desocultamento promovido pela linguagem sempre provoca um ocultamento simultâneo, conseguiremos trilhar um caminho alternativo em direção ao reconhecimento de que não devemos procurar dizer exaustivamente (conceituar com olhos para o resultado definitivo), mas sim trabalharmos segundo

⁴⁶⁹ VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10ª. Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 132.

⁴⁷⁰ “O que se fixa por escrito desvinculou-se da contingência de sua origem e de seu autor, liberando-se positivamente para novas relações. Conceitos normativos como a opinião do autor ou a compreensão do leitor originário representam, na realidade, apenas um lugar vazio que se preenche de compreensão, de ocasião para ocasião. (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 399/512).

⁴⁷¹ VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10ª. Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 42.

⁴⁷² “O sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também é sempre produtivo. (...) Na verdade, compreender não é compreender melhor, nem sequer no sentido de possuir um melhor conhecimento sobre a coisa em virtude de conceitos mais claros, nem no sentido da superioridade básica que o consciente possui com relação ao caráter inconsciente da produção. Basta dizer que, quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente.” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 302/392).

⁴⁷³ Impende registrar que nesse aspecto a hermenêutica heideggeriana contou com influências niilistas trazidas pelo pensamento de Nietzsche para o qual a questão do “nada” é tratada com relevo, entretanto, sua perspectiva ultrapassa o senso comum que a aborda como sendo a doutrina do pessimismo, do ateísmo, ou mesmo, do desmoronamento das crenças para com ele aprimorar a questão do velamento que se revela imprescindível para a elaboração do sentido do Ser (MICHELASO, José Carlos. *Do um como princípio ao dois como unidade: Heidegger e a reconstrução ontológica do real*. São Paulo: FAPESP/Annablume, 1999, pp. 151 e ss.).

nossas peculiaridades (a compreensão humana), não enquanto limitação deficiente, mas sim enquanto modo-de-ser a ser compreendido, respeitado e, primordialmente, assumido.⁴⁷⁴

A partir dessa postura hermenêutica o julgador passa a se responsabilizar conjuntamente pela decisão adotada, deixando de se proteger atrás de um legislador oculto no texto legal aplicado/interpretado pelo Poder Judiciário.

3.2.6 O argumento crítico pertinente à teoria das nulidades em âmbito constitucional.

Na presente abordagem não se quer dar uma resposta correta ou melhor que a dada pelo paradigma em vigor. Se este fosse o intento, não se estaria a dar um passo adiante. O que se pretende é que se assuma a complexidade de que se compõe o homem naquilo que está mais próximo e, paradoxalmente, mais distante dele, ou seja, a sua própria compreensão, o seu próprio pensamento. Essa pretensão tem por base o objetivo de que nos afastemos, o máximo possível, das arbitrariedades que se revestem de respeitabilidade científica e que, eventualmente, não apenas se estruturam em preconceitos não mais justificáveis (aprisionamento do sentido), mas igualmente promovem prejuízos⁴⁷⁵ à sociedade.

Ditas arbitrariedades que se pretende combater, paradoxalmente, estão baseadas justamente em um sistema construído sob a invocação do princípio da segurança jurídica, ou seja, as arbitrariedades sustentam-se em uma *realidade jurídica* que faz crer que a solução para os problemas do Direito está na metodização, na classificação, enfim, na categorização do comportamento humano a ser regulado pelo Direito enquanto “ciência” (postura cientificista), o que se pretende fazer por meio da lei (prescrição), da enunciação sumular, das classificações doutrinárias etc.

Assim, embora se saiba que o caso concreto estará sendo julgado por meio de interpretações de homens que circunstancialmente foram designados para decidir (cada qual com sua

⁴⁷⁴ Nesse aspecto, relevantes os esforços empreendidos no âmbito do Direito Processual Civil por OVÍDIO, no sentido de defender a verossimilhança como atividade humana em detrimento da sempre buscada verdade (certeza) do processo ordinário que está intimamente ligada aos fundamentos da modernidade (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Decisões intelocutórias e sentenças liminares*. In: Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2002).

⁴⁷⁵ Aqui, na acepção corriqueira de dano.

compreensão⁴⁷⁶ vinculada ao seu ser-no-mundo), o sistema os conduz a sentirem-se descomprometidos com os resultados, por meio desses escudos que “cientificizam” seus atos, como se a decisão não mais a eles pertencesse, mas, antes disso, fosse resultado de um comprometido estudo científico que *artificialmente* produziu o resultado a ser proferido.⁴⁷⁷

Porém, essa categorização de nítidas raízes metafísicas não se apresenta como obstáculo apenas aos que pretendem trabalhar com a *hermenêutica filosófica*, mas igualmente revela-se problemática também à tradição jurídica habituada com a tranqüilidade (de sua *consciência*) propiciada pela facilidade de respostas que ela apresenta sem maiores compromissos/inquietações com a realidade.⁴⁷⁸

Para quem sustenta o entendimento hermenêutico para o qual o homem existindo já é de tal modo que a hermenêutica apenas busca compreender (ou seja, não intenta categorizar, mas sim compreender o modo que as coisas já-sempre-são e não como se estivessem simplesmente dadas a descobrir ou dominar), enfim, para quem percebe que o homem, em sua existência, é o único ente que diz o ser, mesmo que considerados os riscos das formas de dizê-lo,⁴⁷⁹ não surpreende o *espanto*

⁴⁷⁶ “... antecipação de sentido que sempre é condição de possibilidade para que se compreenda...” (STRECK, *Da interpretação de textos...*, op. cit, *passim*).

⁴⁷⁷ Para aqueles que afirmam que a criação jurisprudencial já é uma realidade e que tais críticas não possuem mais sentido, relevante as seguintes observações: “Até depois da Primeira Guerra Mundial o Direito Público alemão tinha estado inequivocamente sob o signo do construtivismo juspositivista lógico-formal na esteira de *Laband*. Excetuados *Hans Kelsen* e seus sucessores, essa postura em questões de método não é mais representada expressamente nos dias atuais. Mas ela não foi substituída por nenhuma concepção metodológica global elaborada e continua produzindo efeitos implícitos com numerosos elementos do seu repertório na práxis do trabalho atual no direito constitucional, em larga escala não-refletida.” (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23). Ainda, quanto à legitimação da atividade jurisdicional técnica e profissional, propiciada pela racionalidade: “... a ‘racionalidade’ que é proposta em sede de investigação do direito assenta, por vezes, numa ‘fictícia unidade racionante’ e num ‘processo mental comunicativo’, cujo produto é a ‘verdade’ (teoria do consenso da verdade). A racionalidade surge, não como um produto social, mas como consenso jurídico da profissionalização jurídica. Em vez de se fornecer uma ‘metódica realista de concretização do direito’, procura-se, nas vestes do ‘consenso profissional’, ‘razão prática’ e ‘autonomia da dogmática’, a autolegitimação da dogmática e da filosofia tradicionais. A concretização da lei constitucional defronta-se com conflitos sobre a organização e limites do poder estadual, com ‘conflitos políticos’ e com ‘conflitos sociais’. Nestes casos é uma utopia falar em *raisonable partner* ou em ‘consenso de valores’.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 46/47).

⁴⁷⁸ A ausência de compromissos com a decisão a partir do uso de categorizações traz consigo o problema da inefetividade da solução propiciada, o que vem sendo o calcanhar de Aquiles do processo civil contemporâneo (os artigos acadêmicos e obras jurídicas que se utilizam do termo efetividade são incontáveis, denotando a existência de um problema crônico com o qual a dogmática jurídica não está logrando conviver sem riscos de rupturas paradigmáticas).

⁴⁷⁹ “... o homem é o ente que tem por ser a compreensão do ser, ou seja, o homem se sabe no sentido. E mais: o homem é o único ente que diz o ser; que ele o diz é incontestável. O que pode ser contestado e discutido, é o significado de tal dizer, porque na elucidação desse dizer o ser começa a ontologia. Mas essa elucidação só se verifica porque há efetivamente uma compreensão prévia do ser; isso pertence de modo essencial à dimensão do humano, e é o que o

da tradição jurídica ao se deparar com a questão das *teorias da nulidade da lei inconstitucional* em relação aos casos concretos. Essas teorias são vistas como categorizantes, por isso que não surpreendem o olhar hermenêutico. O hermenauta deve estar habituado a observar o fenômeno da tendência objetificadora que caracteriza a forma de dizer da dogmática jurídica.⁴⁸⁰

Essas afirmações visam dar conta do empobrecimento da discussão da equiparação ou não da *inconstitucionalidade* com a categoria *nulidade*, em termos de visão *cientificista*.⁴⁸¹ Neste aspecto as reduções categoriais deixam a desejar, razão pela qual causa tanto transtorno o enfrentamento dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Em uma estrutura rígida racionalista uma vez que uma lei é declarada inconstitucional e, como tal, é identificada como nula, dita lei deveria ser simplesmente extirpada e tida como inexistente em termos de “mundo jurídico”.⁴⁸² Esta solução é óbvia e presumível, tendo em vista

distingue de todos os outros entes: o homem pode apreender o ente na sua condição mesma de ente. Não há nada no comportamento humano, sequer o mínimo gesto ou a mais particular das experiências, que se possa furtar a esse enraizamento num sentido fundamental; todo comportamento humano é ontológico. (...) O paradoxo está no seguinte: o homem não é simplesmente o construtor; se o fosse, a construção seria apenas a eterna repetição do mesmo que não se sabe. Mas homem inventa a construção, o que quer dizer que de certo modo ele inventa o sentido – de certo modo apenas, porque o sentido não se explica meramente pelo homem: o homem é que está no sentido. Só há ser e sentido pelo homem, e sem ser e sentido não há homem. Isso quer dizer, em primeiro lugar, que o que está em jogo na questão do ser é o destino do homem; e, em segundo lugar, que se o ser transcende a realidade deste homem particular, então o ser é histórico, isto é, há um sentido que se renova através do tempo. O homem participa dessa renovação, embora o ser não seja redutível ao homem: a história do ser esconde o desígnio último do destino humano.” (BORNHEIM, Gerd A. *Metafísica e finitude: ensaios filosóficos*. Porto Alegre: Editora Movimento, 1972, pp. 10 e 11).

⁴⁸⁰ Quem olha a partir da hermenêutica percebe a entificação, mas quem olha a partir da dogmática já está inserido no próprio pensamento entificado, não podendo perceber a riqueza da ontologia que resta olvidada: “O problema é que, tanto a construção da categoria (enunciado) apta para a dedução, como o estabelecimento de qualquer procedimento para controlar o processo interpretativo, sempre tem como pressuposto um fundamento último. E tal circunstância não consegue descolar as teorias procedimentais (nas suas variadas formas) das *aporias da metafísica*. Afinal, não se conseguiu provar até hoje a existência de um método dos métodos, ou cânone dos cânones, ou um procedimento dos procedimentos, ou, ainda, uma espécie de método dos métodos que pudesse ser o fundamento último do processo interpretativo.” (STRECK, *Da interpretação de textos...*, op. cit, *passim*).

⁴⁸¹ O ser, *que está em jogo* no ser deste ente, é sempre meu. Nesse sentido, a pre-sença (rectius: Dasein) nunca poderá ser apreendida ontologicamente como caso ou exemplar de um gênero de entes simplesmente dados. Pois, para os entes simplesmente dados, o seu ‘ser’ é indiferente ou, mais precisamente, eles são de tal maneira que o seu ser não se lhes pode tornar nem indiferente nem não indiferente. A interpelação da pre-sença deve dizer sempre também o pronome *pessoal* devido a seu caráter de *ser sempre minha*: ‘eu sou’, ‘tu és’. (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 13ª. ed. Parte I. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Editora Vozes e Universidade São Francisco, 2004, p. 78).

⁴⁸² Embora não seja essa a temática pretendida abordar, impende registrar que essa questão é paradigmática porque se defronta com a concepção usualmente defendida de que as discussões em termos de controle de constitucionalidade traduziriam complexidades inovadoras e raciocínios jurídicos mais sofisticados. Com efeito, a discussão nasceu vinculada com a questão das validades, de há muito promovida no âmbito do ordenamento jurídico desde o predomínio privatístico e durante a transição para o seu viés publicístico. A invalidade que originou inúmeras classificações e discussões (natureza dos atos jurídicos, os planos da existência, validade e eficácia, anulabilidade, nulidade absoluta, nulidade relativa etc.), demonstra que pouco se evoluiu em termos de superação do paradigma da modernidade. Em CALMON DE PASSOS identificamos o esforço em busca da superação, o qual chega a identificar essas categorizações

que a *nulidade* possui a característica de ser uma categoria que especifica os efeitos que devem ser atribuídos ao ato maculado por esta pecha⁴⁸³ (efeitos *ex tunc*, ou seja, afastamento de todos os efeitos legais desde de seu ingresso no ordenamento jurídico).

Curioso é que após inúmeras discussões o legislador⁴⁸⁴, paradoxalmente (em relação a toda a estrutura de pensamento jurídico), optou por premiar uma *solução de abertura de sentidos*, em que qualquer decisão é possível, desde que adotada por quórum qualificado do STF (arts. 22 e 23, da lei 9.868/99). Assim, é o STF (homens) que definirá os efeitos que uma decisão de inconstitucionalidade deverá emanar após seu reconhecimento.

Ora, a abertura das possibilidades, segundo os questionamentos sem-fim que o caso concreto pode trazer é uma *postura hermenêuticamente adequada*. Com efeito, o que causa espanto é a utilização do mesmo princípio que habitualmente funda o *fechamento de possibilidades* (o da segurança jurídica), ser utilizado para justificar a *abertura de sentidos*.⁴⁸⁵ Em nome da segurança jurídica justifica-se que a lei inconstitucional terá sua eficácia fixada segundo o STF entenda conveniente

Ocorre que, e daí a preocupação manifestada com relação à força do *paradigma imperceptível* que atua sobre a dogmática jurídica, não podemos encarar essa alteração legislativa como uma autêntica *superação* do sistema jurídico posto. A razão é simples, segundo a estrutura racionalista,

e classificações, quando aduz que em realidade o que é relevante em termos processuais é a finalidade (*rectius*: significado para o processo de tutela do bem da vida em questão) do ato formalmente previsto, voltando seu pensamento para o caminho a ser trilhado e não apenas a para a “neutra” consideração de sua ausência ou imperfeição na sua prática (prática do ato), como se ele fosse considerado em si mesmo (entificação) e não no sentido de sua existência (realizabilidade, concretização da vida tutelada no processo). (PASSOS, J.J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 123 e ss.)

⁴⁸³ “... na construção da pre-sença (*rectius*: Dasein, ser-aí), não se deve aplicar, de maneira dogmática, uma idéia qualquer de ser e realidade por mais ‘evidente’ que seja. Nem se deve impor à pre-sença ‘categorias’ delinadas por aquela idéia. Ao contrário, as modalidades de acesso e interpretação devem ser escolhidas de modo que esse ente possa mostrar-se em si mesmo e por si mesmo.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 13ª. ed. Parte I. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Editora Vozes e Universidade São Francisco, 2004, p. 44).

⁴⁸⁴ Lei 9.868/99: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁴⁸⁵ A respeito do art. 27, da Lei 9.868/99: “... permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27).” (MENDES, *Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 332).

esta solução é plenamente justificável, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal funciona como um *oráculo* que possui a função de dar a *resposta correta*.⁴⁸⁶

Dessa forma, *muda-se sem nada alterar*, de modo que essa aparente abertura (suposto desenvolvimento legislativo e doutrinário) volta a restabelecer a estrutura do sistema, ainda que as bases em que o mesmo fora construído estivessem estado temporariamente sob ameaça.

Dessa maneira, não é incompreensível a opção legislativa, em termos de tendência inerente à manutenção do paradigma. Outrossim, o que volta a assombrar é a ausência de uma fundamentação teórica que vise a questionar o sentido mais profundo da insuficiência da dogmática jurídica, dentro de seu espírito de segurança e certeza, para enfrentar novos eventos.⁴⁸⁷ Afinal, a promessa da modernidade, calcada na metafísica,⁴⁸⁸ é baseada em argumentos estáticos, estabilizadores,⁴⁸⁹ enfim, em métodos científicos dedutivistas que identificam o evento como sendo uma presença estática, enquanto que a opção de simples mudança de orientação sem alteração ou mesmo questionamento dessa estrutura que compõe nosso sistema jurídico, acaba nos alçando para um relativismo perigoso, pois induz a considerar-se que se está se valendo de fundamentos teóricos estáticos, quando em realidade se está praticando um *direito alternativo*⁴⁹⁰, este sim bastante aproximado da tão temida arbitrariedade.

⁴⁸⁶ “O controle abstrato de normas desempenhava, também, uma *função corretiva* na medida em que, mediante decisão direta e definitiva do Supremo Tribunal Federal, permitia superar a situação de insegurança jurídica e corrigir determinadas injustiças decorrentes da multiplicidade e da contraditoriedade dos julgados proferidos pelos diferentes juízes ou Tribunais sobre a mesma matéria.” (MENDES, op. cit., p. 82).

⁴⁸⁷ Evento, aqui, como movimento e devir em contraposição à presencialidade estática (conforme VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10ª. Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 115).

⁴⁸⁸ “Em todas as formas de cientificismo não se pensa o ente finito naquilo que ele é, e sim uma suposta causa que explicaria ‘tudo’: o econômico ou aquilo que é possível de ser psicanalisado. Tais procedimentos, aparentemente antimetafísicos, indicam apenas, por mais que se prove a justeza dos diversos enfoques, o quanto a Metafísica continua tendo vigência em nosso tempo: explica-se um ente por sua redutibilidade a outro ente. Contudo, tal tipo de explicação termina sempre pensando um ente determinado ‘contra’ os demais; o pensamento se torna bitolado, estreito, e já não se pensa suficientemente. O que importa, porém, é pensar naquilo que ele é, pensar o ser do ente, ou seja, respeitar a diferença ontológica.” (BORNHEIM, Gerd A. *Metafísica e finitude: ensaios filosóficos*. Porto Alegre: Editora Movimento, 1972, pp. 143 e 144).

⁴⁸⁹ Até mesmo a teoria da relatividade que veio introduzir na física a observação da variação dos eventos físicos traz em si o intuito de equacionar a relativização de modo a obter a imutabilidade das leis do movimento através da determinação de toda a relatividade. (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 13ª. ed. Parte I. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Editora Vozes e Universidade São Francisco, 2004, p. 36).

⁴⁹⁰ “Em outras palavras, a aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa. Ao revés, a adoção de uma decisão alternativa é inerente ao modelo de controle de constitucionalidade amplo, que exige, ao lado da tradicional decisão de perfil cassatório com eficácia retroativa, também decisões de conteúdo outro, que não importem,

Esses questionamentos não devem ser tomados por retórica vazia de concretude, ao revés, é com a atitude hermenêutica que poderemos consagrar a visualização do caso concreto ao invés de cedermos à sedução de meras *trocas de teorias* (um exemplo é a troca da teoria da nulidade pela teoria da anulabilidade⁴⁹¹), quando, de fato, o caso concreto é que está demandando a alteração de pronunciamento por parte do julgador.

A diferença de paradigmas é abissal, porque, enquanto é possível congratularmo-nos com uma mudança de orientação jurisprudencial, mediante a adoção de nova teoria, como forma mascarada de *evolução técnica*, novos casos a serem avaliados acabarão por ensejar novas teorias. O problema está no fato de que até que elas se formem, inúmeras *decisões entificadoras* já terão sido prolatadas com base na teoria em vigor, dando-se seqüência às circunstâncias que ensejam as críticas provenientes da sociedade no sentido de que o Poder Judiciário não está acompanhando a evolução social e o pior, decidindo de maneira arbitrária de modo a enfraquecer a Constituição sem respeito à tradição autêntica acerca da matéria.⁴⁹²

3.3 A hermenêutica filosófica como condição de possibilidade de um controle de constitucionalidade incompatível com as bases do sistema jurídico tradicional.

As questões expostas acima são de extrema relevância, comportam infundáveis considerações, elas advêm de exemplos fornecidos pela rica e variada realidade social (o homem em sua existência), a qual não esmorece em sua constante atividade de surpreender o *operador do Direito*.

Com efeito, pensa-se que é na prestação jurisdicional *declaratória de (in)constitucionalidade* que se identifica um espaço apropriado para a consagração da imprescindibilidade de uma maior abertura dos juristas para o modo-de-ser do homem, movimento que se dará com a *aplicação hermenêutica*, entendida como norteadora do *horizonte de sentido* a ser desenvolvido pelo Direito.

necessariamente, na eliminação direta e imediata da lei do ordenamento jurídico.” (MENDES, *Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 333).

⁴⁹¹ “... na jurisprudência do STF, pode-se identificar uma tímida tentativa, levada a efeito em 1977, no sentido de, com base na doutrina de Kelsen e em concepções desenvolvidas no direito americano, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade para o caso concreto.” (MENDES, *Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 322).

⁴⁹² “... tenho que a concessão desse arbítrio ao Supremo Tribunal Federal tem o condão de disponibilizar, a este, a própria constitucionalidade da lei. (...) Tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição, em virtude da possibilidade de manipulação dos efeitos, a partir de vagos e ambíguos fundamentos da existência de *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (sic)*.” (STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 545).

A doutrina e a jurisprudência constitucional tradicional vêm identificando modos diversos de prestação jurisdicional quando da constatação da inconstitucionalidade de uma lei, ora declarando-se a *nulidade total* (seja por questões técnico-legislativas, seja pela integração de um diploma legislativo que impeça sua partição), ora declarando-se a *nulidade parcial* (parcela do texto é reputada inconstitucional, promovendo-se sua extirpação, porém com a manutenção do restante do texto), ou mesmo declarando-se sua *nulidade parcial sem redução de texto*.⁴⁹³

A última manifestação jurisdicional referida (*nulidade parcial sem redução de texto*) interessa sobremaneira para fins de construção da trajetória que se vem delineando durante todo o texto, vez que nesse modo de se expressar, do controle *abstrato* de constitucionalidade, verifica-se, salvo melhor juízo, a necessidade de desenvolvimento do Direito à luz da compreensão da linguagem como sendo o próprio homem e, portanto, permitindo uma visão racional e científica do homem enquanto ser-no-mundo, não apenas supondo-se a *superação* metafísica do racionalismo, mas, antes, admitindo-o e (re)elaborando continuamente a capacidade de identificá-lo. Esse intento, compatível com o controle de constitucionalidade enfocado, é entendido como possível de realizar a partir da *hermenêutica filosófica* que, por sua vez, é incompatível com a tese da reprodução de sentido de um mesmo texto.⁴⁹⁴

3.3.1 A(s) diferença(s) entre a *interpretação conforme a Constituição* e a *nulidade parcial sem redução de texto*.

Em MENDES podemos identificar algumas ponderações concretas acerca dessa manifestação interpretativa (a *nulidade parcial sem redução de texto*) que se pode considerar *atípica*, em termos

⁴⁹³ As sentenças que envolvem interpretação constitucional – mormente as que se encontram no liame de tensão legislação-jurisdição - têm sido classificadas pela doutrina de diversas maneiras (sentenças aditivas, apelativas, manipulativas, modificativas, redutivas, construtivas etc.), classificações estas as quais se deixará de fazer menção em virtude de sua insuficiência e até pouca serventia para o enfoque que se está optando por adotar, mesmo porque: “... não há *numerus clausus* acerca dessa problemática. E nem poderia haver, porque o mesmo texto pode dar azo a normas diferenciadas, questão que até mesmo é admitida pela dogmática jurídica, como se pode perceber pela dicção da Súmula 400 do STF, ...” (STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., pp. 462/463).

⁴⁹⁴ Essa advertência é importante, eis que a hermenêutica clássica já supunha ter superado o racionalismo, tendo falhado, entende-se, em virtude de sua estrutura voltada para a *interpretação reprodutora dos sentidos*, enquanto a *hermenêutica filosófica* perceberá e buscará administrar a interpretação enquanto uma inevitável *produção de sentidos* (um reprojeter constante e inacabado). É neste sentido a lição de STRECK acerca da diferença entre texto e sentido do texto (norma): “... se, ao contrário, fossem ‘colados’ um ao outro, reprimando, assim, uma espécie de ‘naturalismo da linguagem’, a (hercúlea) tarefa do intérprete seria a de “extrair” do texto o sentido que lhe está(ria) imanente, ou seja,

de realidade jurídica brasileira, já que consistiria em *considerar inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração do seu programa normativo*.⁴⁹⁵

O Supremo Tribunal Federal é farto em precedentes que se valem dessa *técnica* (concepção dominante na doutrina e jurisprudência constitucionais) de decisão:

“**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente, em parte, a ação direta, para: (...) b) declarar parcialmente inconstitucional, sem redução de texto, o artigo 7º. da referida lei, reproduzido na Nota ‘c’ do item 04 da Tabela ‘A’ e na Nota ‘c’ do item 01 da Tabela ‘B’, de modo a que a alusão a mil salários-mínimos se refira exclusivamente ao múltiplo do salário-mínimo vigente no início da vigência da lei. (...)”⁴⁹⁶

No que pertine ao trecho do *decisum* que interessa à pesquisa, trata-se de caso em que, estando sendo discutida lei que instituía nova tabela de custas judiciais a ser implementada junto ao Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso, a Corte constitucional brasileira, visando evitar a retirada do texto legal do cenário do ordenamento jurídico, optou por considerar que quando a lei mencionasse *mil salários mínimos* deveria ser mantida sob o sentido de referência inicial e não como indexador, sendo que para tanto, fôra fixado o valor do *mínimo* que estivesse vigorando na data de início da vigência da lei hostilizada.⁴⁹⁷

Ocorre que, como argutamente propõe MENDES, *uma redução do âmbito da aplicação da lei pode ser operada, igualmente, mediante simples interpretação conforme à Constituição*.⁴⁹⁸ Ao que conclui, finalmente, que *não se pode afirmar com segurança se, na jurisprudência do Supremo Tribunal, a interpretação conforme à Constituição há de ser, sempre, equiparada a um declaração de nulidade sem redução de texto*.⁴⁹⁹

como se o texto carregasse, de forma reificada, o seu próprio sentido (esta é, pois, a tese da reprodução de sentido, traduzida pela expressão *Auslegung*).” (STRECK, *Da interpretação de textos...*, op. cit, *passim*).

⁴⁹⁵ MENDES, *Jurisdição constitucional*, op.cit., p. 345. Nada obstante, em termos hermenêuticos entende-se mais adequado se a referência fosse à *declaração de inconstitucionalidade de um dos sentidos* possíveis de ser atribuído a partir do texto legal.

⁴⁹⁶ ADIN 2655-1 do Mato Grosso (saite oficial do STF): http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=ADI&processo=2655&origem=IT&cod_classe=504.

⁴⁹⁷ Notadamente diante da vedação constitucional da utilização do salário mínimo na condição de indexador: art. 7º, IV, *in fine*, da CF/1988.

⁴⁹⁸ MENDES, *Jurisdição constitucional*, op.cit., p. 345.

⁴⁹⁹ MENDES, *Jurisdição constitucional*, op.cit., p. 346.

Em realidade essa dificuldade da doutrina de lidar com questões que, do modo por nós enfocado no capítulo inicial, envolvem a linguagem, já era suposta, consistindo na própria motivação que nos provoca a enfrentar a problemática ora exposta.

Veja-se que a própria *interpretação conforme a Constituição* é alvo de inúmeras digressões e, não raro, restrições e advertências por parte da doutrina tradicional, a qual teme por sua *deturpação* com possíveis reflexos negativos à estrutura da separação de poderes.⁵⁰⁰

Aliás, o estabelecimento da *interpretação conforme a Constituição* se deu motivado justamente na premissa da separação de poderes, pois tal seria uma *técnica* que preservaria o máximo possível o diploma legal provindo do legislador, tendo em vista que ele nada mais desejaria senão representar a vontade do povo.⁵⁰¹ Agregada à *interpretação conforme* veio a célebre disputa entre subjetivistas (que viam na “intenção do legislador”, o ponto fulcral do acerto da interpretação) e os objetivistas (inspirados no “espírito da lei”, ou seja, no texto como sendo o caminho do único significado correto que garantiria a manutenção da legalidade), ambos os grupos preocupados com a segurança jurídica promovida pela separação de poderes.⁵⁰²

O aspecto negativo dessa discussão é que ela fica empobrecida por não pautar a questão da *diferença ontológica* (a diferença entre texto e sentido do texto), ou seja, segue-se buscando a segurança de uma resposta correta e definitiva ao invés de começarmos a laborar com questões mais complexas que possam estabelecer um paradigma mais adequado ao enfrentamento dos problemas sociais contemporâneos.

⁵⁰⁰ “Não deve por consequência esse método servir para alterar conteúdos normativos, pois ‘isso é tarefa do legislador e não do tribunal constitucional’ ...” (BONAVIDES, *Curso*, op. cit., pp. 520/521).

⁵⁰¹ “Com efeito, na medida em que o método confessadamente se emprega para manter a lei com o máximo de constitucionalidade que for possível nela vislumbrar, em face de situações ou interpretações ambíguas, não resta dúvidas de ele não só preserva o princípio da separação de poderes como reconhece ao legislador uma posição de hegemonia no ato de concretização constitucional, o que está de todo acorde com o princípio democrático encarnado no legislativo.” (BONAVIDES, *Curso*, op. cit., p. 523).

⁵⁰² STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 456, BONAVIDES, *Curso*, op. cit., p. 521, GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional*. V. I. Coimbra: Almedina, 2005, p. 659 e MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, pp. 313/314, dentre outros.

Esse aspecto negativo, entretanto, não neutraliza os aspectos positivos da discussão acerca da *interpretação conforme*.⁵⁰³ Tanto é que a esta discussão, no mínimo, é possível atribuir a necessidade de maior desenvolvimento das seguintes questões: a) a de que existem sim sentidos múltiplos⁵⁰⁴ que são possíveis de se atribuir a partir de um mesmo diploma normativo,⁵⁰⁵ o que, naturalmente, passa a viabilizar um *terreno fértil* para o desenvolvimento da *hermenêutica filosófica*; b) faz perceber que a Constituição deve ser vista como uma totalidade que não pode ser compartimentada em sentidos autônomos/independentes,⁵⁰⁶ diferentemente, portanto, do que habitualmente ocorre nas *áreas de conhecimento humano* em tempos de modernidade; c) põe a descoberto a questão da criação do Direito, habitualmente temida pela tradição jurídica pátria.⁵⁰⁷

Esse último aspecto encontra-se praticamente superado em termos de atuação jurisdicional do Supremo tribunal brasileiro, haja vista que os antigos argumentos que atribuíam à Corte suprema a função de “legislador negativo”, ou seja, que não admitiam uma função criadora por parte do Poder Judiciário,⁵⁰⁸ restaram não apenas fulminados pela doutrina jurídica que já admite ao menos uma

⁵⁰³ Para STRECK a interpretação conforme *assume uma condição privilegiada no plano hermenêutico* e, por conta disso, ele destaca a interpretação conforme como sendo um *salto paradigmático que rompe com as concepções tradicionais de interpretação constitucional e com a própria concepção de separação de poderes de Estado*. (Jurisdição constitucional..., op. cit., p. 481).

⁵⁰⁴ “No caso de polissemia de sentidos de um acto normativo, a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a constituição. (...) é um meio de o TC (e os outros tribunais) neutralizarem violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do acto normativo com a Constituição.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 958/959).

⁵⁰⁵ “Qualquer resposta tem de tomar em consideração esta realidade heterogênea.” (MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade...*, op. cit., p. 387).

⁵⁰⁶ “‘Interpretação conforme a Constituição’ coloca não somente a questão sobre o conteúdo da lei a ser examinada, mas também a questão sobre o conteúdo da Constituição, à qual a lei deve ser aferida.” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional*, op. cit., p. 75). Neste sentido, também: “O que interessa é que tenham como parâmetro de validade imediata, não a lei (<<outra lei>>), mas a Constituição; e as mesmas razões funcionais valem tanto para a fiscalização abstracta quanto para a concreta.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 145).

⁵⁰⁷ “Os limites entre a interpretação e a criação do direito são fugazes, inseguros, movediços, passando-se às vezes quase imperceptivelmente da interpretação declaratória para a interpretação constitutiva, e por via desta – o que é mais grave – para a interpretação *contra legem*.” (BONAVIDES, *Curso*, op. cit., p. 523).

⁵⁰⁸ Nesse aspecto é bastante grave e delicada a postura adotada pela realidade jurídica brasileira. Através da cultura de verbetes (súmulas), já se possui uma criação/alteração/modificação da legislação pátria por parte do Poder Judiciário. Esta cultura é aceita há muitos anos, não provocando maiores digressões doutrinárias, ainda que essas transformações adotadas pelo Poder Judiciário eventualmente sejam até passíveis de ilegalidade/inconstitucionalidade (STRECK, *Súmulas vinculantes...*, op. cit., p. 189). Entretanto, quando algum órgão do Poder Judiciário atua positivamente segundo demande o caso concreto, ainda que a partir de um sentido constitucionalmente adequado, o clamor doutrinário é intenso e as críticas são duramente voltadas para a *potencialização do arbítrio judicial* em detrimento do princípio da separação de poderes. Esse registro é relevante para que se aponte a existência de um *falso paradoxo*. Pensa-se que, em realidade, a *criação sumular* mais do que uma performance hermenêutica possui uma similitude muito grande com a forma de agir do *senso comum teórico*. Ou seja, objetiva-se um determinado sentido e a partir dele todos passam a lançar mão de mais uma fórmula de solução “enlatada”. Esta postura é totalmente compatível com o paradigma

característica de *correção* por parte da atuação jurisdicional sobre o legislativo,⁵⁰⁹ como também ratificados pelo próprio Poder Legislativo, por meio de novel diploma legal a respeito do tema. Segundo a nova legislação advinda do Parlamento brasileiro, alguns *mecanismos de atribuição de sentido* foram instituídos como parte integrante do processo e julgamento do controle de constitucionalidade *abstrato* a ser adotado pelo Poder Judiciário (ADC e ADIN).⁵¹⁰

De qualquer sorte, após estes breves esclarecimentos, permite-se retomar a questão fulcral, ponderando-se que habitualmente a doutrina não tem enfrentado diretamente o mecanismo de que tantas vezes lança mão o Supremo Tribunal Federal, qual seja a *nulidade parcial sem redução de texto*. Corriqueiramente, ao contrário, a questão é tangenciada ao ser contraposta com a questão da *interpretação conforme* como já referido, valendo-se da constatação de MENDES.

Ocorre que, como já é consagrado pela doutrina, a interpretação das normas tem seu modo-de-ser condicionado ao *horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito*, portanto, referir que se está interpretando conforme a Constituição é dizer o óbvio. Dito de outra maneira, interpretar conforme a Constituição não significa meramente estar se valendo da aplicação de uma *técnica jurídica*, vez que na verdade a *interpretação conforme* consiste em um princípio imanente ao sistema jurídico constitucional. E a Constituição não é, senão, em sua unidade.⁵¹¹

Essa reflexão, que é desenvolvida por STRECK, acerca da imanência do princípio da *interpretação conforme a Constituição*, é tão relevante que traz consigo a conseqüência de se poder

moderno que a todos envolve e, por conseguinte, este é o nosso entendimento da razão pela qual a atividade sumular não vem despertando reflexões hermenêuticas (ver a respeito da manutenção do *sensu comum teórico* como condição para que as decisões não despertem perplexidade em STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit. 474).

⁵⁰⁹ “A anulação por inconstitucionalidade visa sancionar uma <<rebeldia>> ou uma objectiva contradição, não tem sentido para uma falha normativa superável por uma correção em tudo análoga à que a teoria da interpretação jurídica já hoje dominante admite em geral. Nem a particular dignidade da normatividade constitucional sairá deste modo ferida, já que é essa mesma normatividade que através da correção se afirma e sem que a situação normativa que a justifica tenha a intencional ou objectiva gravidade que a sanção da inconstitucionalidade se propõe prevenir.” (NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 196.).

⁵¹⁰ Art. 27, da Lei 9.868/99. Nesse sentido: “Dito de outro modo, com a edição da Lei, o *Parlamento brasileiro admite que a função do Poder Judiciário não é tão-somente a de, no plano do exame da constitucionalidade, agir como ‘legislador negativo’*, tese que exsurge do próprio conceito dos institutos sob comento, formas claras que são de intervenção e redefinição do papel do Direito no Estado Democrático de Direito.” (STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 444).

⁵¹¹ “Interpretação conforme a Constituição de leis é, por conseguinte, em sua repercussão sobre a interpretação constitucional, interpretação conforme a lei da Constituição. Ela mostra-se, nisto, um outro – por se assim dizer, indireto – princípio de interpretação constitucional pelos tribunais. Simultaneamente, esse efeito confirma a correlação

afirmar que uma vez negada a sua aplicação (que a doutrina tradicional tem por uma das diversas técnicas jurídicas utilizáveis) os juízes e tribunais estariam contrariando a própria Constituição.⁵¹²

Assim, estando assentado que a *interpretação conforme a Constituição* não é um mecanismo, mas, antes, o próprio modo de ser da *interpretação jurídica*, fica evidenciada a necessidade de enfrentarmos efetivamente a questão da *nulidade parcial sem redução de texto*.⁵¹³

Em MEDEIROS, o que conhecemos por *nulidade parcial sem redução de texto* é denominado de *redução parcial qualitativa*, o que se menciona apenas para fins de esclarecimento. O que realmente releva destacar é que essa maneira de controlar a constitucionalidade seria diferente da *interpretação conforme a Constituição*.

O referido autor aponta com sendo uma diferença existente entre a *nulidade parcial* e o princípio da *interpretação conforme* o fato de que quando o julgador se vale da *interpretação conforme* ele não está destacando necessariamente uma inconstitucionalidade, ao passo que na *nulidade parcial sem redução de texto*, embora igualmente não haja supressão do texto normativo, é

estreita entre Constituição e lei e, com isso, a idéia da unidade da ordem jurídica.” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional*, op. cit., p. 75).

⁵¹² “Entendo que, alçada à categoria de princípio, a interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela. Desse modo, em sendo um princípio (imanente), os juízes e tribunais não podem (continuar a) (só) negar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição.” (STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 443).

⁵¹³ Registra-se, outrossim, que por acolhermos a lição de STRECK acerca da *interpretação conforme a Constituição*, há uma questão em que se suscita uma reflexão que traz um ponto discordante quando o autor afirma a possibilidade de aplicação da *inconstitucionalidade parcial sem redução de texto* em sede de controle difuso sem que com isso haja a obrigatoriedade da suscitação de um incidente de inconstitucionalidade (*Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 522). É que entendemos que ainda que ambos os mecanismos possuam a similaridade de serem voltados para a manutenção do texto legal (não há expunção de texto), eles não podem ter sua utilização equiparada até mesmo em razão da diferença entre as funções que cada qual propicia (enquanto um destaca um sentido constitucional o outro extirpa um sentido inconstitucional). Como salientado, toda interpretação deve ser *conforme a Constituição*, não significando que a aplicação deste *princípio imanente* necessariamente conduza a um caso de *declaração de inconstitucionalidade* (por isto não suscita, necessariamente, o incidente). De outro canto, a *inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, quando acolhida, tem-se por invariavelmente resultar em uma *declaração de inconstitucionalidade*. A diferença em relação a outros modos de prestação jurisdicional em sede de controle de constitucionalidade é que ela elimina um *sentido*, ao invés de expungir o *texto* (ou parte dele) do diploma legal em enfoque. Desta maneira, não vemos como *discriminar* esse *modo-de-ser da declaração de inconstitucionalidade*, reduzindo sua importância em relação às demais formas de declaração, vez que entendemos que a extirpação de um determinado *sentido* (dentre vários, é evidente), possui importância idêntica a das demais formas de *declaração de inconstitucionalidade*. Tanto o é que adiante, quando se for observar a questão do *efeito vinculante*, o mesmo será admissível em relação ao sentido extirpado pela *nulidade parcial* (op. cit., p. 505) e incabível na atividade de *interpretação conforme* (op. cit., p. 511).

exercida uma atividade de identificação de um ou mais sentidos que maculariam a Constituição, eivando de vício de inconstitucionalidade o ato baseado neste(s) sentido(s).⁵¹⁴

Aliás, quanto à confusão comumente realizada entre o princípio e o novo modo-de-ser do controle de constitucionalidade, leciona o autor que a afinidade existente, a qual consiste no fato de que ambas as manifestações visarem à oposição às inconstitucionalidades, não sustenta uma suposta identidade.⁵¹⁵

Além do que, MENDES bem observou que a equiparação da *intrepretação conforme a Constituição* a uma *técnica* de declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato despertaria sérias repercussões ao ser realizada por juízes ou tribunais inferiores, cujas decisões não possuem força vinculante geral. O raciocínio do autor leva em consideração o fato de que os órgãos do Poder Judiciário possuem o dever de produzir *interpretações conforme a Constituição*, entretanto, existem reflexos diversos com relação aos efeitos das decisões de cada órgão judiciário. De modo que a equiparação entre a *nulidade parcial sem redução de texto* e a *intrepretação conforme a Constituição* não deve ser fomentada sob pena de essa diferença poder produzir equívocos no âmbito de incorporação, pelo sistema, das decisões dos órgãos judiciais (enquanto as decisões do STF possuem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, a decisão de um juiz singular estadual possui o tradicional efeito *inter partes*).⁵¹⁶

Para nós, outrossim, o que impõe ressaltar é que enquanto a interpretação conforme a Constituição é condição de possibilidade de qualquer interpretação jurisdicional em um sistema constitucional, a nulidade parcial sem redução de texto identifica um sentido interpretativo que o julgador reputa inconstitucional, ou seja, dentre várias possibilidades de interpretação, uma delas é

⁵¹⁴ “A lei ou a parte da lei objecto de uma interpretação conforme à Constituição não é, por isso, uma lei inválida: a decisão interpretativa não se traduz numa decisão de inconstitucionalidade (ainda que parcial) da lei, limitando-se a afastar o sentido ou sentidos resultantes da adopção de um determinado processo de interpretação da lei. Daí que, enquanto na inconstitucionalidade parcial qualitativa as diferentes normas que se extraem da disposição <<podem operar *contemporaneamente*, pois regulam *fattispecie* diversas ou determinam efeitos independentes>>, já na interpretação conforme à Constituição <<as diferentes normas que resultam das interpretações contrastantes estão destinadas a operar *alternativamente*.” (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 318).

⁵¹⁵ “A tese da identidade entre a decisão interpretativa e a anulação parcial qualitativa de uma lei não merece, em nossa opinião, acolhimento. Pelo contrário como dissemos atrás, as afinidades que existem entre as decisões interpretativa que envolvem simultaneamente o repúdio de um sentido inconstitucional da lei e as decisões de inconstitucionalidade parcial qualitativa não legitimam a confusão entre os dois tipos de decisão.” (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 318).

⁵¹⁶ MENDES, *Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 354.

identificada e declarada inconstitucional, de modo a manter-se a integridade do diploma legal analisado ao mesmo tempo em que respeitada a unidade constitucional do ordenamento jurídico.

Assim sendo, parece estar devidamente explicitada a ausência de identidade entre o princípio da *interpretação conforme a Constituição* e a *nulidade parcial sem redução de texto*, inclusive sendo esta a tendência no âmbito da prática atual do Supremo Tribunal Federal em consonância com as novas disposições legais que as identificam separadamente.⁵¹⁷ Dessa maneira, pensa-se que estamos autorizados a tratar das peculiaridades que o modo-de-ser deste último *mecanismo* de controle de constitucionalidade passa a representar na estrutura jurídica brasileira.

3.3.2 A questão da (in)constitucionalidade do efeito vinculante diante do novo modo-de-ser da prestação jurisdicional constitucional.

Os reflexos de um novo enfoque do modo de ser da prestação jurisdicional (incorporação da *nulidade parcial sem redução de texto* pelo sistema jurídico pátrio) não cessam apenas com o reconhecimento de uma identidade própria deste *instituto*, visto que ele põe em evidência conhecidas discussões de há muito travadas pela doutrina constitucional.

Diante da força transformadora do sistema jurídico que é viabilizada a partir da amplitude de uma tal decisão seria forçoso questionar se realmente um precedente jurisdicional da maior Corte do país teria *efeito vinculante* (conforme prescreve a Lei 9.868/99, art. 28, parágrafo único) diante do novo modo-de-ser da prestação jurisdicional.

De pronto cumpre salientar a lição de MENDES no que se refere à eficácia *erga omnes*, a partir da qual ele põe em pauta a questão da discutibilidade de uma dada aferição de constitucionalidade em sede de Supremo Tribunal Federal. Segundo o entendimento por ele esposado parece possível referir que restam misturadas as noções de coisa julgada e efeito vinculante ao que o autor aduz não serem tão relevantes ao afirmar que *independentemente de se considerar a eficácia erga omnes como simples coisa julgada com eficácia geral ou de se entender que se cuida de instituto especial que afasta a incidência da coisa julgada nesses processos*

⁵¹⁷ MENDES, *Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 355 e 356.

*especiais, é certo que se cuida de um instituto processual específico do controle abstrato de normas e, portanto, que, declarada a constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal Federal, ficam também os órgãos do Poder Judiciário obrigados a seguir a orientação fixada pelo próprio guardião da Constituição.*⁵¹⁸

Identificando semelhante questão, entretanto, partindo de outro enfoque, MEDEIROS tem por relevante a explicitação da ausência de consenso acerca dessas questões mesmo no âmbito do Direito tedesco de onde as mesmas trazem as maiores influências.⁵¹⁹ Outrossim, o autor não deixa de fazer o registro de que as decisões *erga omnes* - que refere como tendo “força de lei” - não são senão em oposição à noção de *coisa julgada*, que somente tem valor entre as partes do processo, enquanto que o *efeito vinculante* possui a peculiaridade de ser dirigido apenas aos órgãos do poder público, distinguindo-se, portanto, da “força de lei”, que naturalmente dirige-se a todos.⁵²⁰

Nesse aspecto, parece que a postura mais cautelosa de MEDEIROS é mais adequada às peculiaridades da questão, mormente diante dos importantes reflexos que noções tão distintas podem trazer ao Direito. Aliás, como é percebido pela preocupação de CANOTILHO em explicitar o que se quer dizer com “força de lei”, tendo em vista a *atecnia* desta expressão que é ligada à explicação da eficácia *erga omnes*.⁵²¹

A *coisa julgada*, por seu turno, tão debatida, principalmente no âmbito do processo civil, quanto complexa, por si só suscita inúmeras questões aos operadores do Direito. Trata-se de referir que, apesar de consistir em uma opção política, ela está conectada com o princípio da segurança jurídica e, portanto, mais voltada para uma proposta de estabilização social do que propriamente

⁵¹⁸ MENDES, *Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 354.

⁵¹⁹ “... não existe ainda clareza suficiente sobre o significado e alcance destes três conceitos – caso julgado, vinculação e força de lei – e sobre a relação recíproca existente entre eles.” (MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade...*, op. cit., p. 769).

⁵²⁰ MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade...*, op. cit., p. 774.

⁵²¹ “(...) (ii) força de lei, porque as sentenças têm valor normativo (como as leis) para todas as pessoas físicas e colectivas (e não apenas para os poderes públicos) juridicamente afectadas nos seus direitos e obrigações pela norma declarada inconstitucional. Note-se que a força de lei neste sentido não significa que as sentenças declarativas da inconstitucionalidade ou da ilegalidade tenham exactamente a mesma natureza das leis; elas são << semelhantes às leis >> quanto a alguns efeitos, mas não são formalmente actos legislativos nem criam normas jurídicas. Precisamente por isso não há possibilidade de requerer a declaração de inconstitucionalidade das próprias sentenças nem o próprio TC pode eliminá-las como pode o legislador fazer em relação às leis que edita.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*, op. cit., pp. 1009/1010).

vinculada com aspectos pertinentes à *justiça*.⁵²² Esta constatação já induziria a uma percepção voltada para a incompatibilidade da coisa julgada em relação ao controle de constitucionalidade, dada a característica dinâmica inerente ao constitucionalismo.⁵²³

Com efeito, impende esclarecer-se que o princípio da segurança jurídica não deve ser tido aprioristicamente como o *vilão* das dificuldades do Direito, mas sim contextualizado segundo o caso concreto. Desta maneira, para viabilizar-se o alcance deste intento, convém explicitar as duas características que compõe a coisa julgada: a *irrecorribilidade* e a *indiscutibilidade*. Estas duas *situações especiais que alcançam a sentença* são comumente identificadas por coisa julgada formal (irrecorribilidade) e coisa julgada material (indiscutibilidade), portanto, *à materialidade é essencial o trânsito em julgado, consistindo este um prius à formação daquela*.⁵²⁴

A partir dessas premissas, pensamos ser mais compatível com a estrutura constitucional pátria optar por considerar adequada à prestação jurisdicional em sede de controle concentrado de constitucionalidade, apenas o *efeito preclusivo*, afastando o aspecto material (em caso de desacolhimento da inconstitucionalidade), em razão da possibilidade de *fechamento de sentidos* que a *indiscutibilidade* ocasionaria com a potencialização de graves repercussões para o ordenamento jurídico pátrio.⁵²⁵

Na realidade, a controvérsia da questão envolvendo todas essas noções estaria na *desacolhimento da inconstitucionalidade*. Ao passo que o acolhimento simplesmente suplantaria do ordenamento jurídico o sentido considerado inconstitucional, não havendo mais que se discutir

⁵²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*. In: Temas de Direito Processual. Primeira série, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 99.

⁵²³ STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 613.

⁵²⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*. In: Introdução ao Estudo do processo civil – primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: SAFE editor, 2004, p. 202. Este autor ainda acrescenta que deve ser superada a noção de *coisa julgada formal*, reconhecendo-na como efetiva *preclusão*, fins de clareza acadêmica: “Cogitamos, portanto, somente de coisa julgada (em sentido próprio, somente quando ocorrente decisão que toque o objeto litigioso) e preclusão (quicá lhe adjetivando de ‘máxima’, fins de clareza). Estamos, pois em superar o conceito de ‘coisa julgada formal’, abandonando-o, posto que designação ‘contraditória’ (de vez que a ‘coisa’ não fora, na espécie, de fato ‘julgada’), apta ‘somente para confusões’.” (Op. cit., p. 203).

⁵²⁵ “Eis aqui uma diferença fundamental entre as decisões que acolhem a inconstitucionalidade e as que a desacolhem: *as primeiras fazem coisa julgada material; as segundas têm força meramente de coisa julgada formal*, não impedindo sequer que o mesmo requerente solicite novamente a apreciação da inconstitucionalidade da norma anteriormente ‘declarada’ (*sic*) constitucional...” (STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 613).

acerca de questão afastada do ordenamento jurídico.⁵²⁶ Para CANOTILHO não há sequer em se falar em *coisa julgada*, em tais circunstâncias, vez que não se está tratando de um processo com *carácter contraditório*, sendo possível a reedição de intento idêntico por outros legitimados.⁵²⁷ Nesta esteira STRECK agrega argumentos hermenêuticos que obstaculizam uma tal interpretação de eficácia ambivalente que *objetificaria* outros sentidos.⁵²⁸

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro essas ponderações remetem a inúmeras discussões que têm sido fomentadas principalmente em função da previsão legal referida inicialmente, a qual é diretamente relacionada com a já salientada questão da ambivalência dos efeitos e da própria previsão expressa da ação declaratória de constitucionalidade.

Nada obstante, neste momento o que releva salientar é a questão dos efeitos advindos de uma dada decisão de *inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*. Nesta circunstância, parece inadmissível a previsão do *efeito vinculante*, sob pena de incidirmos, para dizer o mínimo, em *erro de raciocínio lógico*. Ora, a partir do momento em que se estabelece estar trabalhando com *os sentidos* de um texto, se tem que necessariamente admitir que o que importa em uma *nulidade parcial sem redução de texto* é o caminho trilhado e não o mero resultado advindo de sua aplicação,

⁵²⁶ “A força de lei vale, indiscutivelmente, para as decisões de inconstitucionalidade. Mas não é pacífico que a mesma conclusão se aplique às decisões de não inconstitucionalidade. Há quem sustente que a declaração da validade de uma norma, ainda que tenha força de caso julgado *inter partes* e efeito vinculativo, não tem eficácia *erga omnes*, não impedindo os particulares que não foram partes no anterior processo de questionar ulteriormente a constitucionalidade da norma.” (MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade...*, op. cit., p. 775).

⁵²⁷ “... enquanto a *declaração* de inconstitucionalidade determina a nulidade *ipso jure*, eliminando a possibilidade de recursos por via incidental, a *não declaração* carece de quaisquer efeitos purgativos, sendo admissível a repositura de uma ação directa (fiscalização abstracta) por outras entidades, constitucionalmente legitimadas, e a interposição de recursos em via incidental. Por outro lado, a fiscalização abstracta de normas não tem qualquer carácter contraditório nem supõe um <<feito concreto>> submetido a julgamento, motivo pelo qual não se pode falar, em rigor, de *força de caso julgado* da decisão de não declaração; mesmo no caso de declaração de inconstitucionalidade, a questão não pode ser novamente apreciada sobretudo pelo facto de as normas deixarem de vigorar...” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*, op. cit., 1022/1023).

⁵²⁸ “A expunção da lei impedirá a reconstrução, de qualquer modo, do texto nulificado, questão que não encontra resistência em qualquer sistema jurídico. Embora possa o Tribunal ter rejeitado um dos sentidos atribuídos à lei, a nulificação da lei tem carácter expunso. Nada resta da lei no sistema. O mesmo não acontece na sentença que rejeita a inconstitucionalidade. Por isso, há que se ressaltar que, quando o Tribunal rejeita a inconstitucionalidade, recusa um determinado sentido atribuído na ação pelo autor. É cediço que um texto normativo admite vários sentidos, que surgem em contextos diversos. Afastar esse sentido significa dizer, tão-somente, que a lei não é inconstitucional por aquele fundamento. Simples, pois!” (STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 607).

de modo que a vinculação de seu resultado importaria até mesmo em retrocesso diante da recepção desse novo modo-de-ser da prestação jurisdicional.⁵²⁹

Desse modo, a questão deve ser observada a partir de um horizonte apropriado para tanto, ou seja, considerando que um determinado sentido fora reputado inconstitucional, estamos autorizados a afirmar que o ordenamento jurídico pátrio passa a trabalhar com sentidos múltiplos. Desta feita, não é mais possível olvidar a necessária correlação entre sentido temporalidade e historicidade. Acaso não se adotasse tal postura, que não se coaduna com o *efeito vinculante* da declaração de constitucionalidade, a característica de *movimento* da Constituição seria prejudicada, bem como o arbítrio é que seria passível de ser recepcionado (supremacia do Tribunal sobre a Constituição), o que não é admissível em face do horizonte de sentidos (Estado Democrático de Direito) em que estamos inseridos.⁵³⁰

Assim estando assentado, salvo melhor juízo, ressalvada a vinculação ao sentido inconstitucional reconhecido e atribuído a partir de um texto normativo, não há como se reputar admissível a outorga de *efeito vinculante* de constitucionalidade a todos os demais possíveis sentidos (do mesmo diploma legal) não maculados pela inconstitucionalidade. Até porque estes sequer foram considerados pela decisão proferida em sede desse controle concentrado de constitucionalidade.⁵³¹ O que não seria admissível, segundo nosso entendimento, nem mesmo em

⁵²⁹ No precedente antes identificado dos “mil salários-mínimos” não se poderia deduzir nenhuma proposição genérica e abstrata, característica buscada por quem atua em termos de ciência natural (dedutivismo ou empirismo), mas meramente que o Tribunal identificou naquele caso concreto o sentido que tornava inconstitucional o diploma legislativo, momento em que ele fora destacado e expungido de modo a viabilizar a manutenção do texto que resta aberto aos sentidos que infindavelmente dele possam exsurgir.

⁵³⁰ “... se o Tribunal Constitucional pudesse declarar a conformidade da norma com a Constituição, estaria <<a tornar estáticos e rígidos normativos abertos à variação do devir e cujas previsões e estatuições se adequam ou desadequam com mudança natural das coisas>>. A atribuição de força obrigatória geral à declaração de constitucionalidade dificultaria assim uma interpretação constitucional evolutiva – capaz de adaptar o texto da Constituição às situações históricas mutáveis e susceptível de atender a toda a riqueza inventiva da casuística. (...) ... a atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão de rejeição conferiria ao Tribunal Constitucional – cujas decisões não podem ser corrigidas por nenhum outro órgão do Estado – o poder incontrolável de decidir infalivelmente da constitucionalidade da lei, tornando-o num árbitro irresponsável da vida do Estado e em dono, em vez de servo, da Constituição. E *quis custodiet custodes?* Se a declaração de constitucionalidade tivesse força obrigatória geral, uma decisão do Tribunal Constitucional que concluísse erradamente pela conformidade à Constituição de uma determinada norma envolveria, inevitavelmente, uma alteração da Constituição. A decisão teria o valor da norma constitucional que serviu de parâmetro e só poderia ser corrigida através de uma revisão formal da Constituição. A recusa de atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão de não inconstitucionalidade permite, pelo contrário, remediar, através de nova decisão, os possíveis erros precedentemente cometidos na apreciação da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional.” (MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade...*, op. cit., p. 836/837).

⁵³¹ “Não é demais repetir que uma decisão de inconstitucionalidade (em sede de ADin) é vinculante pela simples e singela razão de que o texto assim declarado é expungido do ordenamento. Logo, ao ser retirada a eficácia (validade) do

âmbito de *processo ordinário* por configurar o caso de não composição (de todos os sentidos) do *objeto litigioso* da demanda original,⁵³² acaso já não fossem suficientes todos os argumentos retro alinhavados.

3.3.3 A nulidade parcial sem redução de texto e a contribuição desta questão para a consagração da diferença entre texto e sentido do texto: a abertura de possibilidade para o salto paradigmático.

As constatações propiciadas pela *nulidade parcial sem redução de texto* e, antes, o ingresso das questões dela advindas, que já são uma realidade na Corte constitucional brasileira, revelam importante alteração da forma como se tem observado o Direito. No momento em que um julgador passa a ter de lidar com uma postura tão diversa da idéia de *cognição exauriente* e da *busca pela certeza* como o é a questão da identificação dos *sentidos inaplicáveis a partir de um mesmo texto*, pensamos estar autorizados a afirmar que este julgador não poderá mais se furtar de observar a questão da *diferença ontológica*.

Ao observar a *diferença ontológica*, ou seja, a diferença entre o ser e o ente, ou, melhor esclarecendo, a diferença entre o texto e o sentido do texto (a norma), ao intérprete será necessário que ele rompa com o paradigma da hermenêutica clássica (observação limitada ao sujeito em relação ao objeto) e passe a lidar com questões bem mais sofisticadas como as mencionadas no capítulo inicial e que dizem respeito ao ser-no-mundo, ou seja, a se preocupar em como se dá a compreensão no homem (o ser-aí).⁵³³

texto normativo, a vinculação é pura decorrência. Não há residual no sistema. Já na hipótese de rejeição de ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo, nada é retirado do texto (e, portanto, do ordenamento). Impossível, nesse caso, ocorrer o efeito vinculativo.” (STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 505).

⁵³² “... os limites objetivos da coisa julgada, assim como colocados, jamais poderão ir além do objeto litigioso do processo, sendo vedado seu alcance a questões que não se encontrem resolvidas e que não possuam pertinência com o mérito examinado ou, ainda, que por si só se constituam suficientes a suportar nova ação de direito material (assim entendido o objeto litigioso). (...) ... a problemática que envolve a eficácia preclusiva da coisa julgada, no fundo, é a mesma que anima a identificação do objeto litigioso (da ação material, como entendemos). Se determinadas questões compõem o quadro que integra o mérito, quedam afetas à incidência do art. 474, CPC; por outra, se se ostentam como pretensões materiais diversas, a elas não se estende a eficácia preclusiva da coisa julgada.” (MITIDIERO, *Coisa julgada...*, op. cit. pp. 211 e 225).

⁵³³ No seio dos juristas brasileiros podemos identificar em STRECK como sendo o pioneiro nesta complexa empreitada de propor o novo olhar propiciado pela *hermenêutica filosófica* para um grupo reconhecido pela tradição como é o composto por juristas, senão vejamos o que leciona este autor acerca dessa questão: “Uma reflexão que aponte para a superação desse imaginário não prescinde dos pressupostos hermenêuticos, que apontam para a superação do esquema

Nessa senda de assertos, a busca da certeza por meio da cognição exauriente a ser declarada ao final de um *processo de conhecimento* não consistirá nada além do que uma *equação* insuficiente para lidar com o homem enquanto ente, cujo ser já desde-sempre-é em dada tradição.

Como leciona STRECK, é extremamente complicado para quem está habituado a lidar com *dualismos próprios dos paradigmas metafísicos objetificantes*, consistentes nos esquemas clássicos *consciência e mundo, linguagem e objeto, sentido e percepção, teoria e prática, texto e norma, vigência e validade, regra e princípio, casos simples e casos difíceis, discursos de justificação e discursos de aplicação*,⁵³⁴ partir para um outro modo de observar a realidade. Trata-se de trocar a sensação/ilusão de segurança transmitida pelo esquema de observação sujeito-objeto por uma postura que exige o abandono desse apego cientificista.

O problema é que o fenômeno da existência, o modo não compartimentado nem regrado da vida, do mundo, é que são a verdadeira razão de a dogmática tradicional vir tendo dificuldades teóricas em lidar com *mecanismos de controle de constitucionalidade* que, por terem surgido a partir das dificuldades concretas dos julgadores e que, por não serem propostas naturalmente *entificadoras*, ou seja, por não serem meramente novas abstrações passíveis de aplicação pela *técnica de subsunção*, passam a se revelar em um verdadeiro “buraco negro teórico”. E, o mais curioso, é que ao invés de se passar para questionamentos a respeito da insuficiência do sistema jurídico vigente, opta-se pelas tentativas classificatórias, ou seja, volta-se para o velho esquema sujeito-objeto segundo a solução obtida em um ou outro caso concreto a ser adotado, novamente, de modo genérico.

Note-se, entretanto, que as dificuldades são apenas *teóricas*, visto que principalmente o mecanismo de controle de constitucionalidade que pusemos em evidência tem servido a exaustão à

sujeito-objeto, assim como dos diversos dualismos próprios dos paradigmas metafísicos objetificantes (clássico e da filosofia da consciência). Consciência e mundo, linguagem e objeto, sentido e percepção, teoria e prática, texto e norma, vigência e validade, regra e princípio, casos simples e casos difíceis, discursos de justificação e discursos de aplicação: *esses dualismos se instalaram no nosso imaginário sustentados pelo esquema sujeito-objeto*. E a tarefa de um discurso crítico é a de mostrar essa incindibilidade e que há sempre algo que nos antecede, que é a dimensão da linguagem, que é condição de possibilidade. Para que o ôntico nos apareça, há um algo (pré)-ontológico que nos antecipa o sentido. *Aí está a pré-compreensão, e esta é impossível de negar, mesmo que obedecemos a todos os procedimentos necessários para a conformação de uma verdade consensual*. No ser-no-mundo, no mundo prático, está a superação do paradigma epistemológico. *Afinal, é exatamente por isso que interpretar e aplicar são coisas incindíveis.*” (STRECK, *Da interpretação de textos...*, op. cit, *passim*).

⁵³⁴ STRECK, *Da interpretação de textos...*, op. cit, *passim*.

prática jurisdicional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. De maneira que arriscamos afirmar que dificilmente essa Corte constitucional conviveria hodiernamente sem que pudesse lançar mão dos referidos “mecanismos anti-subsunção” quando de seus julgamentos.

Essa constatação é apenas uma confirmação de que a *nulidade parcial sem redução de texto* é na verdade uma *aberração* se vislumbrada à luz da estrutura jurídica tradicional que fora desenvolvida dentro de uma concepção racionalista.⁵³⁵ O destaque não é excessivo, haja vista que na doutrina autorizada se identifica uma tendência à manutenção do *status quo ante* mesmo que diante dessas novas formas de lidar com o Direito, o que se afirma a partir de referências ainda voltadas para a existência de uma *expressão literal do texto* (objeto). Isto, mesmo estando-se diante de um mecanismo que atesta que os sentidos são infinitos e temporais, portanto, não vinculados ao texto em si.⁵³⁶

Essa questão é sintomática e permite confirmarmos novamente que o paradigma volta a mostrar sua força de onde menos se espera. Tal afirmação é corroborada pela leitura que a dogmática tem feito desta *nova forma* de agir do Tribunal constitucional, adotando-se um discurso crítico de que a Constituição passou a ser aquilo que *os juízes dizem que ela é*.⁵³⁷

Denota-se, com isso, que ainda que a realidade e o modo-de-ser do homem a todo o momento surpreenda a estrutura jurídica tradicional continua a negar/desafiar esta característica da *natureza humana*. A incapacidade de *superarmos* o paradigma racionalista revela-se cada vez mais robusta, optando-se por uma postura de crítica a partir do senso comum, atribuindo-se aos juízes um *discurso arbitrário* contra o qual não seria possível nada ser contraposto. Diferentemente, para além das críticas superficiais, se entende que um *olhar hermenêutico* possibilitaria *desnudar o julgador e*

⁵³⁵ WARAT, *O direito e sua linguagem*, pp. 61/62.

⁵³⁶ “A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada *intenção do legislador*, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto.” (MENDES, *Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 350).

⁵³⁷ “... o direito constitucional é aquilo que os juízes dizem que é. O fenômeno não é novo e há muito que os americanos sintetizam esta idéia na célebre fórmula, atrás citada, do juiz Hughes – ‘a Constituição é o que os juízes dizem’ – ou, se preferirmos o texto inglês, ‘*we are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is*’. Não sendo nova esta tendência, ela é uma experiência de *living constitution* relativamente recente na Europa e está relacionada com a institucionalização de tribunais constitucionais em grande número de países. (...) O conhecimento das sentenças principais sobre cada problema converte-se em instrumento ineliminável da formação do jurista constitucional. Conheçam-se os *leading cases* resolvidos pelos tribunais constitucionais se quisermos conhecer a constituição viva.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*, op. cit., p. 26).

as partes,⁵³⁸ de modo que, a partir da identificação de seus preconceitos, o quanto possível, fossem diminuídas as possibilidades de *interpretações inautênticas* ao mesmo tempo em que a relação/responsabilização do julgador para com a decisão por ele prolatada ficaria a cada momento mais evidente.⁵³⁹

Essa postura crítica, entretanto, como dito alhures, não se identifica como possível de ser alcançada por meio de um *método abstrato e genérico* em que habitualmente vêm se baseando os estudos dogmáticos.⁵⁴⁰ O que verificamos ocorrer na prática cotidiana do Direito é que a cada obstáculo novo que se apresenta, a resposta dada é sempre a de uma atividade classificatória inicial para, em seguida, se restabelecer a atividade subsuntiva, ou seja, são impostos aos intérpretes, mesmo que de forma imperceptível, principalmente na formação do jurista,⁵⁴¹ essa forma de agir que acaba diminuindo a capacidade de reflexão frente aos problemas concretos da comunidade.⁵⁴²

⁵³⁸ “Mas também o velamento pertence à ação e ao falar próprios dos seres humanos, pois o discurso humano não transmite apenas a verdade, mas conhece também a aparência, o engano e a simulação. Há um nexó originário, portanto, entre ser verdadeiro e discurso verdadeiro. A desocultação do ente vem à fala no desvelamento da proposição.” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. 2ª ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004, p. 46/60).

⁵³⁹ Em se tratando de direitos sociais a questão fica mais evidente: “... são caracterizados pelo fato de que não têm natureza, por assim dizer, puramente normativa; eles são ‘promocionais’ e projetados no futuro, exigindo para sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado. Na proteção de tais direitos, o papel do juiz não pode, absolutamente, limitar-se a decidir de maneira estática o que é agora legítimo ou ilegítimo, justo ou injusto; ao contrário, constitui freqüente responsabilidade do juiz decidir se determinada atividade estatal, mesmo quando largamente discricionária – ou a inércia, ou em geral dado comportamento dos órgãos públicos -, está *alinhada* com os programas prescritos, freqüentemente de maneira um tanto vaga, pela legislação social e pelos direitos sociais.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?*, op. cit., p. 22).

⁵⁴⁰ “O paradigma formativo convencionalmente apelidado de ‘orientação acadêmica’ justificará o freqüente recurso à *teoria* e à *dogmática*. (...) A dogmática constitucional procura auxiliar o jurista constitucional, fornecendo-lhe esquemas de trabalho, regras técnicas, modos de argumentação e de raciocínio... (...) A teoria visa proporcionar uma reflexão sobre o modo e a forma como o direito constitucional e a ciência do direito constitucional compreendem o seu objeto de estudo e cumprem as respectivas tarefas nos planos pedagógico e científico. (...) Por outras palavras: a fuga para o céu dos conceitos e teorias pode acarretar a diminuição da capacidade de reflexão do direito relativamente aos problemas concretos das mulheres, dos homens e de todos os seres vivos da nossa comunidade. Um ‘direito ex cathedra’, um direito reduzido a teorias abstractas, esquece que os problemas dos homens e da *polis* se situam no terreno da experiência humana e não nas alturas abstractas de um ‘saber sábio’ do direito.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*, op. cit., p. 18).

⁵⁴¹ “Não devemos alimentar esperança de conquistar algum progresso real na busca de um serviço judiciário eficiente e de boa qualidade, se não extirparmos o dogmatismo de nossa formação universitária. Esta será a condição inicial que nos dará acesso a uma perspectiva crítica do Direito. Será um primeiro passo, indispensável, para recuperar nossa autonomia crítica. Simultaneamente, havemos de renunciar ao sonho Iluminista de transformar o Direito numa ciência abstracta e formal, construída com puros conceitos, com vocação, como todo conceito, para a eternidade.” (OVÍDIO, *Processo e ideologia*, op. cit., p. 265).

⁵⁴² Na área da educação, em geral, o problema da *reprodução do discurso* (objetificação em lugar da produção), já tem encontrado eco em destacadas vozes: “... novas teorias, que, a propósito, não existem para serem recitadas, mas para serem utilizadas como pontos de partida/ancoragem em direção à compreensão de diferentes fenômenos, os quais ficariam submersos na obscuridade...” (VITÓRIA, Maria Inês Corte. *Trabalho de conclusão: para além de tarefa*

Nessa seara de observação da dificuldade de assimilação da *nullidade parcial* relacionada com a formação do jurista, pensa-se ser prudente destacar a importância de se perceber o poder como estando presente no discurso,⁵⁴³ em suma, na linguagem. É nesse momento que a questão da compreensão do homem enquanto existência, enquanto ser que não é de forma *objetificada*, abrirá espaço para o modo-de-ser hermenêutico, condição de possibilidade para que a circularidade da compreensão passe a ser compreendida como projeto. E não como verdade a ser encontrada a partir do método científico que domina as mentes de todos nós com formação jurídica.⁵⁴⁴ Nesse passo, as funções persuasivas devem ser restabelecidas e reconhecidas tanto em sua ideologia quanto em conta de historicidade (situações de preconceito que devem vir à tona), de modo que uma retórica, por certo criteriosa e não desacompanhada da razão, venha a ser percebida a ponto de o discurso jurídico não mais ser tido apartado do mundo sensível, deixando de servir de mero instrumento para alcance de interesses outros que não os da sociedade.⁵⁴⁵

O que se quer ressaltar com essas ponderações é que se é certo que o Poder Judiciário não está acima da Constituição, em nenhum momento pode-se defender a idéia de que ela é o que dizem os juízes. Ao passo que igualmente não há como não se perceber que a Constituição enquanto texto-objeto nada produz, ou melhor, o texto em si nada significa, por isso ele não pode ser tido por um *significante fundante*. O que interessa em um texto é o sentido que a partir dele se pode aplicar. Como mencionado inicialmente, não se abre mão dos níveis sintáticos e semânticos da lingüística, apenas impende dar-se conta de que eles, por si só, são insuficientes. Em síntese, se poderia dizer que um texto é um *ente*, ocorrendo, entretanto, que este *ente* não existe em apartado de seu ser. Ora, se o ser é sempre o ser do ente e o homem é o único ente que compreende ser, isso significa que o mundo só existe enquanto abertura da linguagem atribuída a partir do homem.

obrigatória, o reflexo de uma trajetória acadêmica. In: Educação presencial e virtual: espaços complementares essenciais na escola e na empresa. Elaine Turk Faria (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 218).

⁵⁴³ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, p. 17.

⁵⁴⁴ “... há quem leve a vida inteira a ler sem nunca ter conseguido ir mais além da leitura, ficam apegados à página, não percebem que as palavras são apenas pedras postas a atravessar a corrente de um rio, se estão ali é para que possamos chegar à outra margem, a outra margem é que importa.” (SARAMAGO, José. *A Caverna*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 77).

⁵⁴⁵ “Todas essas concepções... encontram-se comprometidas com uma filosofia científica que devota um culto obstinado e cego a certas concepções míticas sobre a verdade. Desta forma, todo enunciado que não possa ser relacionado com o critério de verdade carece de sentido. Assim, através desta obsessão pela verdade, ficam marginalizadas as funções persuasivas e ideológico-normalizadoras das linguagens científicas. A retórica é desprezada como atividade. No entanto, é através deste desprezo que a concepção de ciência positivista torna-se mais eficiente, pois consegue introduzir no campo discursivo uma nova fonte de estereotipação: o discurso axioático ausente de sua prática histórica.” (WARAT, *O direito e sua linguagem*, pp. 15/16).

Assim, o texto de uma lei não se deduz do texto constitucional, mas, antes, esse texto constitucional somente é enquanto resultado de uma interpretação, ou seja, a Constituição é a compreensão limitada a um tempo histórico definido. Por isso que se diz que o fundamento é sem fundo,⁵⁴⁶ cujo sentido somente é segundo a temporalidade, a qual é condição de possibilidade para qualquer interpretação constitucional.

Não é adequado, portanto, lançar mão de críticas estigmatizadas de que a Constituição *é o que os juízes dizem que ela é*. Ao contrário, deve-se refletir a respeito de que interpretar é *aplicar* e, sendo assim, não havendo um significante fundante, pois o significado obtido é segundo o intérprete e o contexto que o *reprojeta* constantemente. Dessa maneira é desarrazoado fazer uma crítica cuja premissa é a de que a Constituição teria um significado original e que os juízes o estariam arbitrariamente monopolizando. Olhando-se o âmbito jurisprudencial o raciocínio utilizado deve ser o mesmo, de modo que a crítica é válida igualmente à leitura *objetificada* que se faz dos precedentes, visto que os *precedentes não são significantes primordiais-fundantes (de cariz aristotélico-tomista), nos quais estariam contidas as “universalidades” de cada caso jurídico, a partir das quais o intérprete teria a simplista tarefa de “subsumir” o particular ao geral/universal.*⁵⁴⁷

Pensa-se, portanto, que a *nulidade parcial sem redução de texto* hermeneuticamente estruturada não admite arbitrariedades, desde que se esteja consciente de que o intérprete/aplicador da Constituição, possui limites de sentidos forjados em um universo de *pré-juízos verdadeiros*.⁵⁴⁸ A partir desses *pré-juízos*, que são um *reprojetar* do intérprete enquanto ser-no-mundo, é que resulta um sentido, ou seja, é contingencial que o homem em sua compreensão promova uma *parada entificadora*,⁵⁴⁹ *in casu*, uma decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal acerca

⁵⁴⁶ A cilada elaborada pelo homem, contra o próprio homem, é essa obsessão que a metafísica elaborou atrás de um fundamento primeiro. Esse fundamento primeiro não existe (senão em termos divinos), desde que o homem possui inerente a sua condição de ser-no-mundo o fato da finitude (o homem morre). Uma vez afastados dessa idealização do fundamento primeiro, poderemos compreender porque a questão da espiral do círculo hermenêutico é tão elucidativa e o porque a Constituição não *é uma simples categoria ou um significante-primordial-fundante que não pode ser entendida como um simplestopos conformador de uma atividade subsuntiva, atuando como um repertório de conceitos abstratos à espera de uma coplagem proveniente da infraconstitucionalidade.* (STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 446).

⁵⁴⁷ STRECK, *Da interpretação de textos...*, op. cit., *passim*.

⁵⁴⁸ GADAMER, *Verdade e método*, op. cit.

⁵⁴⁹ STEIN, *Aproximações*, op. cit., p. 58.

de um caso concreto. A grande dificuldade da dogmática jurídica conceituar⁵⁵⁰ esse modo de agir da Corte constitucional brasileira é que para ela, desde sempre, a *parada entificadora* é definitiva, enquanto que para a *hermenêutica filosófica* ela faz parte do *acontecer hermenêutico* (o reprojeter que só cessa com a finitude).

Pode-se afirmar, com isso, que apenas se deve temer interpretações *contra legem*⁵⁵¹ acaso não seja compreendida a questão hermenêutica. A partir dela fica evidente que está posta nas mãos dos intérpretes/aplicadores a responsabilidade pelos sentidos por eles *atribuídos com o texto* (seus preconceitos e sua consciência efetual passam a serem palco de reflexões em conjunto com a mensagem do texto), ao contrário da postura dogmática, que atribui ao legislador ou ao texto legal a responsabilidade pelas decisões proferidas.

Em STRECK, inclusive, é defendida a alteração da terminologia da *interpretação conforme a Constituição para atribuição de sentido conforme a Constituição*⁵⁵², desimportando eventuais classificações acerca da interpretação (aditiva, modificativa etc.),⁵⁵³ pois a interpretação é una, trata-se de uma atividade de aplicação, em que sempre se constrói um sentido, vez que *não existe interpretação constitucional independente de problemas concretos*.⁵⁵⁴ Ao intérprete incumbe *adjudicar sentido a partir de seu ser-no-mundo, numa dada situação hermenêutica*⁵⁵⁵ a partir de sua consciência efetual, o que parece ser mais conveniente considerar, tendo em vista a ineficiência dos métodos que em realidade iludem sem que representem reais indicadores do *significado unívoco do texto*.⁵⁵⁶

⁵⁵⁰ Existe uma dificuldade teórica de conceituação que não se verifica na prática de aplicação da *nulidade parcial sem redução de texto*, ou seja, é necessária sua utilização, porque ela adequa-se ao mundo na forma que as coisas se dão, muito embora teoricamente não tenha sido “definida” pela dogmática jurídica.

⁵⁵¹ BONAVIDES, *Curso*, op. cit., p. 523.

⁵⁵² STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 448.

⁵⁵³ “... o conceito de ‘decisões interpretativas’ perde importância, se entendido a partir dos pressupostos da fenomenologia hermenêutica... (...) a noção de sentenças interpretativas terá somente um caráter ‘metodológico’, para apartar tais decisões daquelas consideradas dogmaticamente como ‘não problemáticas’, isto é, daquelas no qual o sentido não causa perplexidades no seio da comunidade jurídica, donde nunca é demais referir que *o sentido de um texto somente é claro quando há um determinado consenso acerca do mesmo*.” (STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 479).

⁵⁵⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional*, op. cit., p. 62.

⁵⁵⁵ STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 449.

⁵⁵⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional*, op. cit., p. 58.

Acaso realmente seja percebida a inexistência de significados unívocos do texto, a *nulidade parcial sem redução de texto* passa a ter sentido em um ambiente jurídico inóspito para que ela se desempenhe autenticamente, de maneira que estaremos autorizados a afirmar que a partir da consagração desse modo-de-ser da prestação jurisdicional o Poder Judiciário passa a contar com uma importante atividade constitucionalizante, a qual se entende será mais bem recepcionada pelo sistema jurídico pátrio acaso lance-se mão definitivamente de uma *hermenêutica filosófica* apta a conduzir o operador do Direito a um novo paradigma adequado à realidade social do povo brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“A hermenêutica é, pois, algo mais que um método das ciências ou o distintivo de um determinado grupo de ciências. Designa sobretudo uma capacidade natural do ser humano.” (Hans-Georg Gadamer)

À luz da pesquisa realizada, permite-se afirmar que ao intérprete não é mais dado lançar mão de artificios dicotômicos apenas para reduzir a complexidade das questões sociais, colocando-se como que em posição de superioridade em relação ao sistema jurídico posto. Com efeito, um dos maiores ardis propalado a partir da experiência do operador do Direito diante da realidade social e da estrutura jurídica de que ele se serve, reputa-se ser a diferença entre teoria e prática.

Dentre as inúmeras reflexões que foram propostas, pensa-se que especificamente uma unificou a todas as demais, qual seja a de que o distanciamento entre teoria e prática não é adequado para o enfrentamento das dificuldades sociais por parte do Direito.

Partindo-se dessa premissa se pensa que é inevitável retomar parcela do passado histórico e filosófico que precedeu e que, portanto, compõe a tradição jurídica contemporânea. A partir da *hermenêutica filosófica*, que, como se viu, não é um método, mas antes trata das *questões que determinam todo o saber e o fazer humanos*,⁵⁵⁷ se pretende trilhar um caminho seguro na direção da “verdade”, ou, ainda, de verdades, não como um despir-se da tradição, mas antes, como um *ser-com* e a partir dela.

⁵⁵⁷ GADAMER, *Verdade e Método II*, op. cit., p. 318/369.

O problema identificado na busca pela verdade é que ela tem sido almejada/tratada sob um mesmo parâmetro, seja qual for o ramo do conhecimento que se esteja enfocando, ou seja, está consagrada a ousadia de se procurar constantemente por um fundamento último, que, finalmente, viabilizaria a compreensão total do ser humano. Esta busca, como se viu, é transmutada para o Direito na condição de método: um método ou teoria, com *status* de ciência, que pudesse garantir, sem sombra de dúvidas, um resultado justo e correto.

Essas premissas foram explicitamente incorporadas pela filosofia metafísica e encampadas pelo positivismo jurídico. A partir delas, identificamos o delineamento de um novo e robusto paradigma, que é possível de ser identificado como *racionalista*. A função deste paradigma era dar respostas aos problemas enfrentados pelo homem moderno, explicitados segundo uma política liberal-individualista.

No âmbito do desenvolvimento da linguagem do Direito verifica-se um embate conhecido acerca dessa tendência de busca pelo afastamento de critérios *meramente* ideológicos da ciência do Direito, a partir da qual apenas a sintaxe e a semântica ganham foros de importância, relegando-se papel de menor relevância para o âmbito da pragmática. A *teoria pura* é emblemática para o Direito, nesta perspectiva, podendo-se afirmar ser uma das mais completas estruturas já criadas para fins de materialização dessas concepções modernas.

Ao homem contemporâneo, no entanto, essas questões relegaram problemas ainda mais complexos. Enquanto o homem moderno muito bem se serviu do paradigma criado segundo as dificuldades de seu tempo, o homem contemporâneo vive segundo a estrutura muito bem elaborada por quem o antecedeu. O Direito, principalmente, sofre com tensões constantes por estar muito bem aparelhado contra noções que apontam a inevitabilidade da percepção do poder do discurso, da força política e ideológica que o compõe e, portanto, que compõe o próprio Direito.

Uma prova do êxito do paradigma racionalista é o desenvolvimento tecnológico que impressiona, não apenas pela sua capacidade de informação como também pela eficiência dos resultados que são experimentados/alcançados. A outra face deste êxito, entretanto, é o aumento da complexidade das relações, a massificação da população e o proporcional aumento das exigências de uma sociedade civilizada.

Todas essas considerações, no entanto, estão localizadas em lugar comum, de modo que qualquer discurso científico contemporâneo poderia enquadrá-las com facilidade sem nada modificar suas propostas, mesmo que cada qual constituída de forma completamente antagônica entre si. Este velamento da tradição é o motivo pelo qual se entende ter aumentado a complexidade em relação ao enfrentamento das questões atuais.

No âmbito do Direito, nada obstante ter-se verificado que, de há muito, fora identificada a presença da ideologia no discurso jurídico e que, portanto, ao julgador, não é mais delegado simplesmente fazer o papel da “boca da lei”, tem-se que ainda se segue orientado pelo mesmo *paradigma racionalista*.

O Direito processual civil nos propicia um espaço enriquecedor de exemplos da sobrevivência de premissas racionalistas, que, em um discurso abstrato e, por isso, distanciado da concretude dos problemas, são tidas por superadas. Apesar da identificação de posturas críticas a esse respeito, mormente consagrando a necessidade da umbilical relação entre o Direito e a vida, percebe-se a ausência de um discurso realmente amplo e propiciador do desvelar dessa relação.

Ao verificarmos a existência de um plano material em distinção de um plano processual, ao que se denomina de *teoria dualista* da ação, constata-se que a necessidade dessa diferenciação é tão imprescindível quanto o é a percepção da conexão entre um plano e outro. As conclusões advindas de uma doutrina que se poderia considerar como crítica ao Direito são praticamente intuitivas neste sentido. Nada obstante, tem-se que é a partir da compreensão da *diferença ontológica* que melhor munidos estarão os operadores do Direito para o enfrentamento *do novo*.

Uma reflexão acerca da noção de jurisdição, nesse passo, revela-se insuperável, é a partir da idéia moderna de jurisdição que praticamente todos os ramos do Direito partem a desenvolver o que se considera como sendo “o novo”. A partir da concepção *chiovendiana* da jurisdição, enquanto declaração da vontade da lei, constata-se a manutenção de importantes concepções até hoje aceitas no *meio jurídico*. O mestre italiano não pode ser olvidado por conta da robusta influência de sua doutrina sobre as mentes dos juristas brasileiros. Daí porque permite-se considerar que enquanto a tradição jurídica não admitir seu compromisso com o passado dificilmente poderá enfrentar problemas cotidianos.

Nesse passo, a *hermenêutica filosófica* mostra sua total pertinência para que se possa enfrentar as angústias experimentadas por quem vivencia as dificuldades do Direito. A noção de tradição, a partir da percepção da inafastabilidade dos preconceitos, positivos ou negativos que a compõe, parece ser fundamental na tarefa relegada ao homem contemporâneo de, além de identificar um paradigma que atenda a seus anseios, primeiramente identificar a atuação oculta do *paradigma racionalista*.

Os argumentos que fundamentam essa necessidade são inúmeros e aparecem a cada momento em que o operador do Direito se vê diante de uma situação nova trazida pelo caso concreto, a partir do qual ele passará a estar submetido ao arbítrio judicial.

A questão fica evidenciada e importa em maiores gravames quando a exceção passa a constituir a praxe cotidiana dos tribunais, de sorte que uma vez estando o jurisdicionado sujeito a um sistema que, por sua ineficiência, pode simplesmente ser sublimado, não há como não perceber a submissão do tutelado ao arbítrio.

A prestação jurisdicional ofertada em âmbito constitucional apesar de já contar com alguma experiência brasileira e larga experiência estrangeira, ainda busca estruturar-se e se afirmar como sendo um modo de ser constitucional imprescindível ao acontecer do Estado Democrático de Direito. O que não afeta a constatação de inúmeras atuações realizadas segundo critérios eminentemente arbitrários e dissonantes do sistema jurídico que os julgadores alegam estarem a se servir.

Não é necessária elucubração extraordinária para se constatar que a separação da *questão de fato* da *questão de direito* tão comumente defendida e aplicada na praxe dos tribunais revela um tributo ao paradigma que não se coaduna com a realidade sensível. A tendência à analogia do procedimento processual do controle concentrado de constitucionalidade com o *processo de conhecimento* é um indício da manutenção inconsciente do paradigma. Outra questão é o apego exacerbado à criação de classificações às normas constitucionais.

Por mais distintas que possam parecer, todas essas questões conduzem a uma mesma reflexão, a de que a tese da distinção entre teoria e prática tem se fortalecido cada vez mais, haja vista que a teoria tem sido concebida para os intelectuais se regozijarem com o brilho e a profundidade de suas construções, ao passo que a eficiência que caracteriza o desenvolvimento das *ciências naturais* não

tem sido proporcional à eficiência das ciências sociais. Ao revés, o Direito, mais especificamente a prestação jurisdicional, com toda a sua respeitabilidade científica e *status* de poder vem cada vez mais sendo alvo de críticas advindas da sociedade, a ponto de ficar descredibilizada junto à comunidade.

O risco maior, no entanto, é o de se verificar atuações individuais de órgãos judiciais que angustiados e sensíveis ao clamor social acabem sucumbindo à tentação de *fazerem justiça*, o que importaria em sedimentar uma postura instituidora do arbítrio judicial, vez que assim como não se crê existir “a verdade”, não é possível se admitir a relativização sem critérios, como tem se verificado quando se altera uma teoria das nulidades por outra apenas porque em determinado caso concreto constatou-se a inoportunidade de sua aplicação em decorrência da já existência de relações estabelecidas segundo uma norma que se reputava constitucional. Trata-se de uma solução metafísica, já que a segunda teoria, ou a terceira, a quarta etc. que virão não podem ser consideradas melhores ou garantidoras da correção de sua aplicação apenas porque em determinado caso concreto justificou-se o afastamento da teoria até então aceita. Enfim, não é possível simplesmente despir-se da tradição e abrir-se a possibilidade de fixação de uma marco nulificador sem quaisquer critérios ou compromissos com a Constituição apenas embasando-se no poder superior da Corte constitucional. Daí porque reside razão com STRECK ao afirmar que se vive em uma realidade dogmático-jurídica em que se desconsidera o *aparecer da singularidade* sempre em prol de uma solução final e definitiva.⁵⁵⁸

A partir dessa complexa problemática, percebe-se a necessidade de lançar-se mão da *hermenêutica filosófica*, cujo enfoque maior é o da compreensão humana, em que a criação judicial passa a ser identificada não mais com a exceção, mas sim com a *regra*.

No momento em que nos valemos de uma matriz teórica que verifica em toda a interpretação um momento de criação, em que o texto não é visto em si mesmo, mas sim a partir do intérprete, tem-se por restabelecível a cientificidade/legitimidade das decisões judiciais criadoras.

⁵⁵⁸ “Subjacente a essa prática está o paradigma metafísico-objetificante, no interior do qual os verbetes, as súmulas e os assim denominados ‘entendimentos jurisprudenciais dominantes’ nada mais são do que tentativas de universalização/generalização conceitual, como que buscando alcançar *essências*, *desconsiderando o aparecer da singularidade*. Conseqüentemente, o ato de aplicação do jurista resumir-se-á na subsunção do caso àquele significativo, produzindo uma ‘perfeita’ simetria entre o dito ‘universal’ e o fato singular a ser ‘subsumido’...” (STRECK, *Hermenêutica...*, op.cit., 5ª ed., p. 296).

Os parâmetros, neste momento, deixam de ser simplesmente arbitrários para passarem a ser identificáveis segundo as noções hermenêuticas. Assim, o julgador deixa de ser uma entidade abstrata, passando a estar diretamente comprometido com as opções adotadas em seu julgamento.

Aliás, de há muito a linguagem jurídica tem captado essa insuficiência do agir do Poder Judiciário, o qual acaba refém do próprio discurso jurídico ao tentar limitar a linguagem aos planos da sintática e da semântica. O maior e mais bem elaborado tributo a essa concepção provavelmente seja a *Teoria Pura*, a qual, por mais genial que se fizesse constituir, não pôde enfrentar a indissociável questão da política e da ideologia que permeia todas as relações humanas, inclusive o Direito. Desta maneira, o plano pragmático que fora subestimado, acabou por motivar a própria sucumbência do sistema jurídico estritamente positivista, de maneira a restar, atualmente, incontroversa a participação criativa da pessoa do julgador (ser-no-mundo) nas decisões dele emanadas.

Essa responsabilização do julgador além de passar a ser evidenciada, igualmente deve possuir correlação com a nova realidade propiciada pela constitucionalização do Estado, afastando-se ainda mais os riscos de uma atividade arbitrária.

Uma vez constatada a função criativa do juiz e, principalmente, sua vinculação com o projeto constitucional, caracterizando a necessidade do exercício pró-ativo da atividade jurisdicional em prol da realização do Estado Democrático de Direito, a percepção hermenêutica parece revelar-se imprescindível.

A noção de Estado Democrático de Direito num plano de enfoque hermenêutico é identificado como um existencial forjado pela tradição⁵⁵⁹, donde não é possível aos agentes sociais despirem-se de sua condição de ser-no-mundo. Por conta disso, pode-se afirmar que o EDD é o horizonte de sentido que envolve a todos que vivenciam a democracia. A opção pelo termo existencial, que tem características referenciais, possui relação com a matriz teórica eleita (hermenêutica filosófica), a qual objetiva se afastar da tradição metafísica tendente a categorizações. A referência a horizonte de sentido, por sua vez, é igualmente uma afirmação imprescindível para esta questão, visto que ela possui a peculiaridade de abertura, enquanto a tradição tem se voltado constantemente aos *fechamentos* conceituais e sistemáticos (o horizonte de sentido abarca tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto, sendo que esta postura enriquece o *conceito* – o existencial EDD –,

haja vista que ao mesmo tempo em que permite a vinculação racional do homem a partir de determinado ponto, antevê a possibilidade de estreitar, abrir, ou mesmo de estabelecer novos horizontes).

Por conseguinte, não é possível deixar de registrar que a existencialidade do EDD está diretamente relacionada com a questão da temporalidade intrínseca ao homem (*Dasein*). Se a Constituição é o resultado de uma interpretação (é a compreensão limitada a um tempo histórico definido) ela é o resultado de seu resultado,⁵⁶⁰ eis que ela é o fundamento sem fundo (temporalidade), visto que ela será condição de possibilidade para qualquer interpretação constitucional. Outrossim, a despeito da referida temporalidade, para que se fixem limites de sentidos, temos que, necessariamente, forjar um universo de *pré-juízos* verdadeiros (autênticos),⁵⁶¹ os quais comporão o que se denomina de *parada entificadora*,⁵⁶² da qual não é possível ao intérprete escapar.

A grande sofisticação propiciada pela *hermenêutica filosófica* de que se vale STRECK,⁵⁶³ é que para a dogmática esta parada (suspensão dos *pré-juízos*) é definitiva, enquanto que para a hermenêutica ela é apenas temporária, de modo que o EDD sob os auspícios da *hermenêutica filosófica* ganha a flexibilidade do movimento que a sociedade exige dele, ultrapassando-se a entificação para optar-se por um *acontecer hermenêutico* (a questão da inexistência de um universo pronto, mas sim da possibilidade de organizar-se o universo mediante um processo descritivo, processo este denominado por Heidegger de *analítica existencial*).⁵⁶⁴

Agregada a todas essas observações está a cláusula de *não-retrocesso*, implícita na Constituição, a qual, entretanto, deve estar contextualizada nesse *acontecer hermenêutico*, evitando-se a interpretação inautêntica que poderia ser gerada acaso fosse considerado o *não-retrocesso* como um significado permanente (entificação) a partir do qual apenas significados *melhores* ou *superiores* poderiam advir. Efetivamente tal não pode ser o intento dessa noção, tanto que o controle de constitucionalidade enfocado (*nulidade parcial*) traz à tona a prestação jurisdicional em termos de possibilidades e de sentidos temporariamente constitucionais, razão pela qual o *não-*

⁵⁵⁹ STRECK, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 106.

⁵⁶⁰ STRECK, *Hermenêutica...*, op. cit, 5ª ed., pp. 305/306 e CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, op. cit., p. 89.

⁵⁶¹ GADAMER, *Verdade e método*, op. cit.

⁵⁶² STEIN, *Aproximações...*, op. cit., p. 58.

⁵⁶³ *Hermenêutica...*, op. cit, 5ª ed., pp. 290 e 301.

⁵⁶⁴ STEIN, *Pensar é pensar a diferença*, op. cit., pp. 159 e ss.

retrocesso deve ser visto como a inautenticidade de se vir a considerar possíveis opções de sentido à revelia do horizonte de sentido propiciado pelo Estado Democrático de Direito.

Assim, fica consubstanciada a razão da consideração de imprescindibilidade da matriz teoria eleita para que se lide com o Direito enquanto ciência que não possui as características das ciências naturais. Esta afirmação fica mais reforçada ainda quando se volta para o controle concentrado de constitucionalidade (a nulidade parcial sem redução de texto), recentemente regulamentado por legislação federal. O que surpreende, portanto, não é a eficiência de um tal modo de ser da prestação jurisdicional que tão bem se ajustou a uma ciência que deve ser tratada a partir da hermenêutica, mas que mesmo assim se identifiquem, tanto na lei como no senso comum teórico, traços nitidamente vinculados ao paradigma racionalista supostamente tido por superado, de maneira que novamente se verifica a pertinência da noção de tradição para lidarmos com o sistema jurídico em desenvolvimento.

Dita ponderação leva em conta o fato de identificar-se nesta mesma legislação, na prática do Supremo Tribunal Federal e na doutrina, posturas nitidamente racionalistas, que dissentem do desenvolvimento de um controle de constitucionalidade cuja peculiaridade é trabalhar especificamente com a multiplicidade de sentidos. Trata-se da *nulidade parcial sem redução de texto*. A partir deste mecanismo permite-se afirmar não apenas a consagração da atividade criativa do Poder Judiciário, mas também a responsabilização deste poder para com a concretização do projeto constitucional.

Um indício mais robusto dessa consideração é a confusão criada na doutrina entre a *nulidade parcial sem redução de texto* e a *interpretação conforme a Constituição*. Esta dificuldade parece ser atribuível à tradição jurídica inautêntica da unicidade da lei, vez que num sistema jurídico democrático e constituído de valores constitucionais, não há como não perceber que a *interpretação conforme* é em realidade condição de possibilidade da legitimidade de toda a prestação jurisdicional e não mera técnica de controle de constitucionalidade. De modo que, afastada a similitude da motivação de suas origens (ambos *controles de constitucionalidade* voltados inicialmente para a manutenção da integridade do ordenamento jurídico), a diferença entre ambos é evidenciável, enquanto a interpretação conforme é condição de possibilidade a nulidade parcial é o modo de ser da prestação jurisdicional que em determinadas circunstâncias opta por declarar a inconstitucionalidade de determinada hipótese de interpretação do texto legal (de um sentido atribuível pelo intérprete), mantendo/admitindo a plurivocidade da lei.

Assim, tendo em vista que a *nulidade parcial sem redução de texto*, admitida e em franca utilização pelos operadores do Direito, sustenta justamente a tese da declaração da inconstitucionalidade de um sentido – logicamente, um dentre os inúmeros sentidos possíveis - atribuível a um determinado diploma legal, tem-se por adequado afirmar que a noção de *diferença ontológica*, ou seja, a diferença entre texto e sentido do texto (norma), passa a ser fundamental para o exercício da atividade jurisdicional.

Dessarte, apesar de se constatar a necessidade de uma profunda mudança no modo-de-ser da tradição jurídica vigente, se vê com otimismo os novos mecanismos que estão sendo impostos ao paradigma racionalista. A propósito disso, registra-se, uma imposição que é considerada qualificada, eis que não advém de um exercício de poder, mas antes, que decorre da própria realidade do modo-de-ser humano, de tal maneira que a hermenêutica, com suas reflexões acerca da compreensão humana, acaba por ser identificada como condição de possibilidade da própria concretização do Estado Democrático de Direito, não como um fim em si mesmo, mas sim como um *reprojetar* contínuo, na própria medida das transformações inerentes ao homem-cidadão em consonância com seu tempo, sua historicidade e sua tradição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura (Coord.) et alli. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005

ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*. In: *Temas de Direito Processual*. Primeira série, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 3ª. ed. Bauru: Edipro, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17ª. Ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

_____. *Teoria do estado*. 5ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BORNHEIM, Gerd A. *Metafísica e finitude: ensaios filosóficos*. Porto Alegre: Editora Movimento, 1972.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

_____. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

_____. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

CARDOSO, Fábio Machado; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CARPENA, Márcio Louzada. *Da (Des)lealdade no Processo Civil*. In: Visões críticas do Processo Civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

CATALANO, Pierangelo. *Império, povo, costumes, lugar, cidadania, nascituros (alguns elementos da tradição jurídica romano-brasileira)*. In: Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*, 7ª ed., São Paulo: Editora Ática, 1996.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, “La idea Romana en el proceso civil moderno”, v. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

COMPARATO, Fábio Conder. *Réquiem para uma Constituição* In: O desmonte da nação: balanço do Governo FHC. Org. Ivo Lesbaupin. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo, “A obrigação como processo”, São Paulo: Bushatsky, 1976.

D’AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais: guia à filosofia dos últimos trinta anos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: Coisa julgada inconstitucional. 5ª. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

DENTI, Vittorio, *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Edizioni di Comunita, 1971

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito processual civil*. V. 01. São Paulo: Malheiros, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

_____. *Verdade e Método II*. 2ª ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

_____. *El giro hermenéutico*. Trad. Arturo Parada. 2ª. Ed. Madrid: Ediciones Cátedra, 2001.

_____. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *El inicio de la filosofía occidental*. Barcelon: Paidós, 1995.

_____. *Los caminos de Heidegger*. Barcelona: Herder Editorial, 2003.

GONÇALVES, Reinaldo. *Distribuição de riqueza e renda: alternativa para a crise brasileira*. In: O desmonte da nação: balanço do Governo FHC. Org. Ivo Lesbaupin. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional*. V. I. Coimbra: Almedina, 2005.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 13ª. ed. Parte I. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Editora Vozes e Universidade São Francisco, 2004.

_____. *Introdução à metafísica*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

_____. *Carta sobre el humanismo*. Trad. Helena Cortés e Arturo Leyte. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

_____. *Que é metafísica?* In: Martin Heidegger: conferências e escritos filosóficos. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. 20ª. ed. alemã. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *El estado como integración. Una controversia de principio*. Estudio preliminar y traducción de Juan Antonio García Amado. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções científicas*. 6ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

LUFT, Lya. *Perdas & ganhos*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*. México: Fundap, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Novas linhas do processo civil*, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000.

_____. *Manual do processo de conhecimento*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2ª ed. México: FCE, 2004.

MICHELASO, José Carlos. *Do um como princípio ao dois como unidade: Heidegger e a reconstrução ontológica do real*. São Paulo: FAPESP/Annablume, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Comentários ao CPC*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004.

_____. *Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*. In: Introdução ao Estudo do processo civil – primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: SAFE editor, 2004.

_____. *A Pretensão de Condenação*, In: Revista Jurídica, nº 292. São Paulo: Nota Dez, 2002.

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

_____. E STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MORRIS, Clarence, “Os grandes filósofos do direito”, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MONTESQUIEU, Barão de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (organizador). *Coisa julgada inconstitucional*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson e Outra. *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NETTO, José Paulo. *FHC e a política social: um desastre para as massas trabalhadoras*. In: O desmonte da nação: balanço do Governo FHC. Org. Ivo Lesbaupin. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. *O Direito hoje e com que sentido?* Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

OHLWEILER, Leonel. *Administração pública e filosofia política contemporânea: algumas projeções do constitucionalismo comunitário*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

OUTHWAITE, William *et alli*; com a consultoria de Erneste Gellner, Robert Nisbet, Alain Touraine. *Dicionário do pensamento social do Século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

PACHECO, Antonio Marcelo. *Sobre o Tempo e o Direito: Conflito no Imaginário Social na Crise da Modernidade*. São Leopoldo. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, 2006.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PESSOA, Fernando Antônio Nogueira. *Poesias*. Porto Alegre: L&PM, 1996.

PLATÃO. *A república*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civi*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Tratado das ações*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoria procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

ROCHA, Leonel Severo. *Comentários sobre a Teoria Pura do Direito*. In: *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2ª. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

_____. *Semiologia, semiótica e teoria do Direito*. In: *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2ª. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

_____. *Da teoria do Direito à teoria da sociedade*. In: *Teoria do Direito e do Estado*. Org. Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

SAFRANSKI, Rüdiger, *Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. São Paulo: Geração Editorial, 2000.

SARAMAGO, José. *A Caverna*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução no direito romano-canônico*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Curso de processo civil*. V. 1, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 5ª. ed. V. 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Curso de processo civil*. V. 3, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Coisa julgada relativa?* In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

_____. *Decisões interlocutórias e sentenças liminares*. In: Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

_____. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

_____. *Seis estudos sobre "Ser e Tempo"*. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas*. In: *Jurisdição e direitos fundamentais*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do ontological turn*. In: RBEP, nº 89, jan-jun. 2004. Belo Horizonte: RBEP.

_____. *Da interpretação de textos à concretização de direitos – a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma.* In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Unisinos. Porto Alegre, 2005.

_____. Et alli; AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do poder judiciário.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. E MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado.* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger.* 10ª. Ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

_____. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna.* São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VITÓRIA, Maria Inês Corte. *Trabalho de conclusão: para além de tarefa obrigatória, o reflexo de uma trajetória acadêmica.* In: Educação presencial e virtual: espaços complementares essenciais na escola e na empresa. Elaine Turk Faria (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem.* 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

_____. *O outro lado da dogmática jurídica.* In: Teoria do Direito e do Estado. Org. Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

_____. *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WATANABE, Kazuo, *Da cognição no processo civil.* 2ª ed., São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno.* 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004.

ZANETI, Hermes Junior. *Processo constitucional: relações entre processo e constituição*. In: Introdução ao Estudo do processo civil – primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: SAFE editor, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.