

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
NÍVEL DOUTORADO

EMERSON DE LIMA PINTO

GADAMER E A CONSTITUIÇÃO:
O DIÁLOGO HERMENÊUTICO ENTRE O OBJETIVISMO E O SUBJETIVISMO

SÃO LEOPOLDO

2016

Emerson de Lima Pinto

GADAMER E A CONSTITUIÇÃO:
O DIÁLOGO HERMENÊUTICO ENTRE O OBJETIVISMO E O SUBJETIVISMO

Tese apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor, pelo Programa de
Pós-Graduação em FILOSOFIA da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos –
UNISINOS.

Área de concentração: Filosofia

Orientador Prof. Dr. Luiz Rohden
Coorientador Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2016

P659g

Pinto, Emerson de Lima

Gadamer e a constituição : o diálogo hermenêutico entre o objetivismo e o subjetivismo / por Emerson de Lima Pinto. – 2016.

204 f.; 30 cm.

Tese (doutorado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-graduação em Filosofia, São Leopoldo, RS, 2016.

Orientador Prof. Dr. Luiz Rohden.

Coorientador Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

1. Gadamer, Hans Georg. 2. Constituição. 3. Hermenêutica.
4. Diálogo. I. Título.

CDU: 1GADAMER

Catálogo na Publicação:
Bibliotecário Alessandro Dietrich - CRB 10/2338

Dedico este trabalho à Joseane, minha esposa e amor, por seu estímulo, compreensão, paciência e ternura indispensáveis para nossa vida.

Dedico também e, especialmente, aos meus pais, Sebastião e Maria do Carmo, pelo exemplo, fé, confiança dedicação e amor de sempre, e ao meu sobrinho, Davi.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço ao meu orientador do doutorado, na UNISINOS, Prof. Dr. Luiz Rohden, pelo estímulo e crença neste trabalho. Da mesma forma, agradeço pela amizade e paciência com a qual me orientou, acima de tudo, pelo humanismo, disponibilidade e contribuições críticas, sempre de modo generoso e compreensivo.

Ao Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, coorientador, pela sua compreensão, colaboração e exemplo acadêmico, visto que sempre busca oportunizar espaços mais significativos em prol do conhecimento.

Ao Prof. Dr. Alfredo S. Culleton, Castor M. M. Bartolomé Ruiz, Inácio Helfer e Leonel Severo Rocha pela eterna disposição em auxiliar em eventuais percalços durante o curso.

Aos professores que ao longo do doutorado dispensaram parcela de seu tempo a ensinar.

Aos colegas do PPG em Filosofia Vanessa S. Neubauer, Kherley Barbosa, Filipe Silveira, Rubia Vogt, Eduardo T. e, em especial, ao Leonardo Kussler por toda colaboração ao longo do curso.

Aos meus sócios pela colaboração e paciência, Dani Rudnicki e André Chaves, e, aos meus amigos Jairo L. Silveira, Nilton Veiga, Alexandre Alberton, e ao inesquecível Joécio Toner. Agradeço ao amigo Celso N. da Conceição que incansavelmente esteve à disposição, e tanto colaborou para a construção da presente.

Aos amigos da UNISINOS, que acompanharam nossa travessia e desejaram que ela findasse com êxito. Agradeço ao André Olivier, Guilherme de Azevedo, Tomás G. Machado, especialmente, ao meu amigo Gerson N. Pinto.

Aos meus alunos da graduação, que sempre contribuíram com minhas reflexões.

Por fim, a todos que auxiliaram neste feito, cada um com a sua importância, a seu modo.

RESUMO

Pretende-se, com Hans-Georg Gadamer, concretizar uma aproximação da *hermenêutica filosófica* com a Teoria da Constituição, utilizando-se do modelo do *diálogo hermenêutico* não apenas no intuito de desenvolver a crítica, mas também adotando-o a fim de oportunizar a *compreensão* entre o objetivismo e o subjetivismo na Ciência do Direito. Gadamer desenvolve conceitos críticos aos modelos *objetivistas* e *subjetivistas* da ciência. Com o *diálogo hermenêutico* que propomos, por meio de algumas categorias da Teoria da Constituição, constata-se uma *fusão de horizontes* entre a ontologia da *hermenêutica filosófica* e a *gramática constitucional*. Em relação à *Ciência do Direito*, verifica-se que Kelsen aprofundou a Constituição positivista-normativista e objetivista, de matriz formalista, e Schmitt consolida uma tradição subjetivista decisionista e voluntarista, ambas as percepções com pretensão de racionalidade da ciência moderna a serem efetivadas na jurisdição constitucional. Percebe-se em alguns autores contemporâneos a ambiguidade entre as correntes *objetivista* e a *subjetivista*. Em Gadamer, aprendemos a constituir um *novo agir no diálogo hermenêutico* na Constituição, evitando solipsismo na construção da *Ciência do Direito* e revelando excessos *objetivistas* e *subjetivistas*, bem como suas concepções científicas aplicadas ao Direito. Por derradeiro, propomos a superação das tradições que se expressam na compreensão da Constituição, na medida em que a aproximação da *hermenêutica filosófica* com a Teoria da Constituição terá evolução se: primeiro, o acontecer da *linguagem*, enquanto *medium da linguagem*, ensejar a superação da dicotomia entre o *objetivismo* e *subjetivismo* contida na tradicional compreensão da *Constituição*; segundo, o *diálogo hermenêutico* se constituir em horizonte concretizado na experiência da consciência do sujeito na resolução dos conflitos, enquanto *compreensão* para uma *gramática constitucional*; terceiro e último, desvelar a *compreensão inautêntica da discricionariedade* da ontologia da decisão judicial do decisionismo subjetivista abusivo.

Palavras-chave: Gadamer. Constituição. Hermenêutica. Diálogo. Decisão.

ABSTRACT

This study aims to achieve an approximation between *philosophical hermeneutics* and the Theory of the Constitution, supported in the works of Hans-Georg Gadamer, using the model of the *hermeneutic dialogue* not only in order to develop the analysis, but also taking it into account in order to create opportunities for the *understanding* of objectivism and subjectivism in the Science of Law. Gadamer develops critical concepts to the *objectivist* and *subjectivist* models of science. Combining the *hermeneutic dialogue* proposed, through some categories of the Theory of the Constitution, it is possible to observe a *fusion of horizons* between the ontology of *philosophical hermeneutics* and *constitutional grammar*. In relation to the *Science of Law*, it can be seen that Kelsen deepens the positivist normative and objectivist Constitution, within a formalist matrix, and Schmitt consolidates a subjectivist decisionist and voluntarist tradition, both perceptions with rationality claims of the modern science to take effect in the constitutional jurisdiction. Some ambiguity between the *objectivist* and *subjectivist* currents can be observed in some contemporary authors. In Gadamer, a *new act* in the *hermeneutic dialogue* is revealed as applicable to the Constitution, avoiding *solipsism* in the construction of the *Science of Law* and revealing *objectivist* and *subjectivist* excesses, as well as their scientific concepts applied to law. At last, the overcoming of the traditions that are expressed in the understanding of the Constitution is proposed as the approach between *philosophical hermeneutics* and the Theory of the Constitution will have developments if: firstly, the role of *language*, as a *medium of language*, gives rise to the overcoming of the dichotomy between *objectivism* and *subjectivism* found in the traditional understanding of the *Constitution*; secondly, the *hermeneutic dialogue* constitutes horizon in the experience of the subject's awareness in conflict resolution as an understanding for a *constitutional grammar*; thirdly and lastly, the *inauthentic understanding of the discretionarity* of the ontology of legal decision-making of abusive subjectivist decisionism is unveiled.

Keywords: Gadamer. Constitution. Hermeneutics. Dialogue. Decision-making.

RIASSUNTO

Si vuole concretizzare con Hans Georg Gadamer un'approssimazione dell'ermeneutica filosofica con la Teoria della Costituzione, servendosi del modello del dialogo ermeneutico non appena nell'intuito di sviluppare la critica, ma anche adottandolo col fine di favorire la comprensione tra l'oggettivismo ed il soggettivismo nella Scienza del Diritto. Gadamer sviluppa concetti critici nei modelli oggettivisti e soggettivisti della scienza. E con il dialogo ermeneutico che proponiamo, per mezzo di alcune categorie della teoria della Costituzione, si constata una fusione di orizzonti tra l'ontologia dell'ermeneutica filosofica e la grammatica costituzionale. In relazione alla Scienza del Diritto, succede che Kelsen va a fondo nella Costituzione positivista normativista ed oggettivista, di matrice formalista, e Schmitt consolida una tradizione soggettivista decisionista e volontarista, entrambe con la pretesa della razionalità della scienza moderna da effettuarsi nella giurisdizione costituzionale. S'intende in alcuni autori contemporanei l'ambiguità tra le correnti oggettivista e soggettivista. In Gadamer, impariamo a formare un nuovo modo di agire nel dialogo ermeneutico della Costituzione, evitando solipsismo nella costruzione della Scienza del Diritto e rivelando eccessi oggettivisti e soggettivisti, così come le sue concezioni scientifiche applicate al Diritto. Infine, proponiamo di superare le tradizioni che si esprimono nella comprensione della Costituzione nella misura in cui l'approssimazione dell'ermeneutica filosofica con la Teoria della Costituzione avrà una evoluzione se: primo, i dialoghi linguistici, in quanto forme di espressione, insegnano a superare la dicotomia tra l'oggettivismo ed il soggettivismo contenuta nella tradizionale comprensione della Costituzione; secondo, il dialogo ermeneutico si forma nell'orizzonte concretizzato nell'esperienza della coscienza del soggetto nella soluzione dei conflitti, come comprensione per una grammatica costituzionale; terzo ed ultimo, ci sia la comprensione non autentica della discrezionalità dell'ontologia della decisione giudiziale del decisionismo soggettivista abusivo.

Parole chiave: Gadamer - Costituzione - Ermeneutica - dialogo - decisione.

No princípio era o grito. Nós gritamos. Quando escrevemos ou lemos, é fácil esquecer que no princípio não é o verbo, mas o grito. Diante da mutilação de vidas humanas provocada pelo capitalismo, um grito de tristeza, um grito de horror, um grito de raiva, um grito de rejeição: NÃO. O ponto de partida da reflexão teórica é a oposição, a negatividade, a luta. O pensamento nasce da ira, não da quietude da razão; não nasce do fato de se sentar - raciocinar - e refletir sobre os mistérios da existência, fato que constitui a imagem convencional do que é “o pensador”. Começamos da negação, da dissonância. A dissonância pode assumir muitas formas: a de murmúrio desarticulado de descontentamento, a de lágrimas de frustração, a de um grito de fúria, a de um rugido confiante. A de um desassossego, de uma confusão, de um desejo ou de uma vibração crítica. [...] Este é o nosso ponto de partida: a rejeição de um mundo que sentimos está equivocado, a negação de um mundo que sentimos que é negativo. Devemos apegar-nos a isso. (HOLLOWAY, 2003, p.9; 11)

Porém reflita-se também no automatismo crescente de todas as formas sociais de vida, no papel, por exemplo, da planificação a cuja essência pertence o tomar decisões a longo prazo, ou seja o determinar a liberdade de decisão. Ou ainda, considere-se o crescente poder da administração que tem dado aos burocratas uma importância que ninguém desejava outorgar-lhes, porém que se tornou inevitável. Cada vez são mais numerosos os âmbitos de nossa vida que se submetem às formas impositivas de processos automáticos e cada vez menos, o próprio homem e seu espírito se reconhecem nestas objetivações do espírito. (GADAMER, 1983, p. 20).

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 KELSEN, O POSITIVISMO NORMATIVISTA E A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO	16
2.1 A CONSTITUIÇÃO AO TEMPO DE KELSEN	16
2.1.1 Compreensão histórica esujeito-objeto.....	16
2.1.2 Atitude teórica do positivismo normativista e a TPD.	22
2.2 HANS KELSEN: AS RAÍZES DO OBJETIVISMO	27
2.2.1 Objeto de conhecimento	27
2.2.2 Linguagem no positivismo normativista	29
2.3 O FORMALISMO DA CIÊNCIA DA CIÊNCIA DO DIREITO	32
2.4 KELSEN E O DOGMATISMO DA CONSTITUIÇÃO.....	36
2.4.1 Kelsen e o formalismo da Constituição.....	36
2.4.2 Princípio dinâmico, estático e a Constituição	37
2.5 A SOBERANIA DE SCHMITT E O DECISIONISMO SUBJETIVISTA	40
2.5.1 Schmitt e suas obras fundamentais.....	40
2.5.2 Poder soberano, Estado de exceção e justificação do poder	41
2.5.3 Normativismo objetivista, decisionismo subjetivista e jurisdição.....	46
2.6 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: ENTRE A OBJETIVIDADE E A SUBJETIVIDADE	46
2.6.1 Constitucionalismo contemporâneo e sua matriz mista.....	46
2.6.2 Constituição patriótica e o sentimento constitucional.....	53
2.6.3 Constituição aberta e Constituição como cultura.....	57
2.6.4 Jurisdição constitucional e ativismo subjetivista.....	65
3 GADAMER E A CONSTITUIÇÃO: ENTRE O OBJETIVISMO E O SUBJETIVISMO DA CIÊNCIA	67
3.1 O HORIZONTE DA CONSTITUIÇÃO COM GADAMER E A CIÊNCIA....	67
3.1.1 Ciência objetivista-formalista e a crítica gadameriana	74
3.1.2 Gadamer, a técnica e a superação do cientificismo	81
3.2 HERMENÊUTICA E A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO FORMALISTA OBJETIFICANTE	90
3.2.1 Hermenêutica filosófica e o horizonte da dogmática constitucional.....	90
3.2.2 A atitude teórica e a reflexividade no Direito	94

3.2.3 A experiência hermenêutica e o dogmatismo no Direito.....	98
3.3 A <i>TRADIÇÃO</i> E A <i>CONSCIÊNCIA HISTÓRICO-EFEITUAL</i> NA CONSTITUIÇÃO.....	107
3.4 OS PRÉ-CONCEITOS PARA A CONSTITUIÇÃO FORMALISTA- OBJETIVISTA NORMATIVISTA.....	112
3.4.1O problema da aplicação para o Direito formalista.....	113
3.4.2 A circularidade hermenêutica como crítica à Constituição dogmática.....	115
4 O <i>DIÁLOGO</i> E A CONSTITUIÇÃO: ENTRE OBJETIVISMO E SUBJETIVISMO NA DECISÃO	121
4.1 <i>OBJETIVISMO</i> E SUBJETIVISMO: A <i>LINGUAGEM</i> COMO <i>MEDIUM</i> DA <i>CONSTITUIÇÃO</i>	121
4.2 O <i>DIÁLOGO</i> GADAMERIANO ENQUANTO GRAMÁTICA CONSTITUCIONAL	138
4.3A COMPREENSÃO INAUTÊNTICA DA DECISÃO DISCRICIONÁRIA	153
5 CONCLUSÃO.....	176
REFERÊNCIAS	184

1 INTRODUÇÃO

A construção da *hermenêutica filosófica* representa um modo de existência que antecede a mera atividade interpretativa, e toda a aplicação no Direito provém de um juízo de adequabilidade a fim de determinar qual o conjunto normativo que, observando o dever de coerência, deve indicar a resolução do problema concreto, sendo aplicável na sociedade enquanto percepção da urgência do *diálogo* (*Gespräch*), pois não é possível imaginar que exista a possibilidade de ser encontrado um método científico puro capaz de dar conta da verdade para aqueles campos de saber.

Com Hans-Georg Gadamer, pretende-se concretizar uma aproximação da *hermenêutica filosófica* com a Teoria da Constituição, utilizando-se do modelo do *diálogo hermenêutico* não apenas no intuito de desenvolver a crítica, mas também o adotando a fim de oportunizar a *compreensão* da *decisão* na jurisdição constitucional entre o objetivismo e o subjetivismo na Ciência do Direito. Além disso, reflete o modelo tradicional sobre as possibilidades da readequação entre a ciência moderna racionalista e uma ciência que esteja a serviço do humano, assim como a resignificação do contexto, que traduz a crise civilizatória que denuncia a incerteza na *Constituição da Sociedade* e possibilita o encontro entre a *Filosofia* e o *Direito*, tendo por *fi*o condutor a Constituição e a Teoria da Constituição.

O Direito tornou-se dogmatizado em seus ‘métodos científicos de interpretação’, os quais se constituem como um fim em si mesmo e inclinam-se por um objetivismo de matriz formalista. Atualmente é imposição humanista refletir sobre as aproximações entre a Filosofia e o Direito e, deste *diálogo*, fazer emergir uma apropriação teórica que abra clareiras na construção de uma Filosofia no Direito. O Direito, a Política e a Sociedade estão em crise, e nós fazemos parte dela, gerando assim a exigência de um *agir ético* na construção de um ambiente. A crise do Estado e do Direito conduz a uma compreensão de uma novo agir capaz de reconhecer e transformar essa realidade. Nesse sentido, também indicar conceitos para a compreensão por parte do jurista da premência do *diálogo hermenêutico* como condição de possibilidade da realização da Constituição na jurisdição constitucional. Uma das possíveis abordagens institui-se por meio da hermenêutica filosófica prenunciada por Heidegger e desenvolvida por Gadamer, a qual nos fornece o embasamento crítico para uma nova compreensão do Direito.

No caminho da construção de um ambiente teórico que aproxime a Constituição e a hermenêutica filosófica por meio do diálogo gadameriano que permita uma fusão de horizontes que verifique os limites estabelecidos por um entendimento da Teoria da Constituição a formalista e dogmático. Deste modo, analisar o *diálogo hermenêutico* e abordá-lo como fio condutor da *Teoria da Constituição* com relação à contribuição de Kelsen (objetivismo cientificista), Schmitt (decisionismo subjetivista) e de autores contemporâneos imersos na tensão entre o objetivismo e o subjetivismo, mas que representam avanço na tradição constitucional a fim de que se produza uma nova tradição constitucional compatível com a abertura teórica exigida no Direito no século XXI. Investigar as matrizes do pensamento gadameriano ao questionar a noção da ciência tradicional e da técnica na produção de uma teoria/ação estratificada e dogmatizada e sua fusão de horizontes com a Teoria da Constituição. E, no caso da Ciência Jurídica demonstrada na jurisdição constitucional no instante de sua aplicação.

Gadamer crê ter assentado, em *Verdade e Método*, que a *compreensão* ponderada deve ser pensada a partir da situação de *diálogo* e a partir da *dialética de pergunta e resposta*, nas quais nos entendemos e dizemos o mundo comum. A percepção do princípio da experiência desenvolve seus traços fundamentais enquanto princípio filosófico, pois a experiência hermenêutica não se circunscreve a um conceito finalizado. Eis por que extrapola na construção de sua identidade, explicitando traços centrais, como sua finitude, sua historicidade, sua não objetificabilidade, sua negatividade, sua ambiguidade e sua abertura. O proceder filosófico gadameriano é concretizado essencialmente a partir da *tradição* e da afinidade entre os sujeitos. Por essa razão, o método gadameriano é o *diálogo* (*Gespräch*) em que as relações interpessoais são valorizadas, conservadas e ampliadas, reacendendo o modo de filosofar socrático e colocando em xeque o modo monológico de construir filosofias.

Introduzir a utilização da categoria do modelo estrutural do *diálogo hermenêutico* de Gadamer como adequado à crítica ao cientificismo, tanto de matriz positivismo normativista (cientificista) quanto do decisionismo voluntarista (subjetivista), formalistas e dogmáticos torna-se essencial a uma nova compreensão da Teoria da Constituição e da jurisdição constitucional. O diálogo hermenêutico é compreendido como modelo capaz de contribuir com a *gramática constitucional*. Na questão que envolve o enfrentamento ao objetivismo científico (ilusão), emerge o *agir do sujeito hermenêutico* que libertou a ciência das inibições ontológicas do conceito de objetividade. Quando o sujeito, buscando *compreender* o mundo circundante,

constitui a hermenêutica em modelo capaz de fazer *jus* à historicidade da compreensão em sua totalidade, dá um passo significativo para sua evolução.

O processo de edificação do saber, que foi influenciado pelo caráter ontológico, tanto sobre o constitucionalismo formalista objetificante quanto o subjetivismo voluntarista, pode trazer novidade no debate atual sobre os mitos do constitucionalismo e do paradigma da ciência racionalista moderna, como também da condição existencial na Constituição. O dogmatismo constitucional consolida uma perspectiva formalista de realização em obter uma espécie de conhecimento verdadeiro limitadora do Direito e da Constituição que pode ser observada tanto no positivismo normativista quanto no decisionismo subjetivista, caracterizadores do contexto contemporâneo da *decisão* na jurisdição constitucional.

Com esse entendimento, surge o *diálogo hermenêutico* como condição de possibilidade para uma abordagem diferenciada frente aos paradigmas fundantes das constituições contemporâneas. Com contribuições nos pressupostos teóricos de Gadamer e, em especial, no suposto método estruturante do *diálogo hermenêutico*, (re)pensam-se a crítica do *positivismo normativista*, construtor da ideia de Constituição de Kelsen, bem como o decisionismo voluntarista (subjetivista) de Schmitt, que tem permeado o ativismo judicial discricionário na jurisdição constitucional quando constituído no formalismo cientificista.

Em Gadamer, com o auxílio de seus preconceitos, rompem-se fronteiras delimitadas por uma visão formalista objetificadora, que encontra, no método, o mito de infalibilidade dos objetos frente ao conhecimento científico. Destaca-se a análise da matriz do constitucionalismo formalista objetificante que deve ser verificada pela hermenêutica filosófica, que, estimula, por sua vez e a partir da apropriação pelo Direito, o *diálogo gadameriano*: uma condição existencial da Constituição como lugar da experiência hermenêutica no caminho entre o objetivismo e o subjetivismo na jurisdição constitucional.

Quanto aos capítulos, o *primeiro* traz a introdução da tese e indica o objeto de investigação, assim como a justificativa para a decisão sobre sua relevância e o impacto, tanto para a Filosofia quanto para o Direito. Em linguagem gadameriana, investiu-se na fusão de horizontes como estímulo a uma interdisciplinaridade que trouxe um intercâmbio de conhecimento a partir de formações acadêmicas distintas. A colaboração da *Escola de Humanidades* e da *Escola do Direito* estimulou uma formação mais completa e humanista no próprio desenvolvimento do objeto de investigação escolhido para a presente tese.

A interpretação é a explicação da relação entre linguagem e mundo, contudo, na *hermenêutica filosófica*, pressupõe-se que em toda a *compreensão* (*Verständnis*) de algo ou de

alguém sobre o qual se produz uma autocrítica. Gadamer exterioriza suas preocupações com o curso que parece ter a humanidade no sentido de que a autodestruição se constitui em ameaça à sociedade. Tal fato deve provocar a conscientização de todos, por isso a opção para dar curso a uma reflexão que aproximou o *diálogo hermenêutico* da jurisdição constitucional.

A discussão com Hans-Georg Gadamer se torna relevante na medida em que esclarece a compreensão e interpretação dos textos como não pertencentes apenas ao domínio da ciência, mas dizem respeito ao conjunto da experiência do homem no mundo. Do mesmo modo, temos uma elevada capacidade de compreensão na medida em que reconhecemos verdades e quando compreendemos a tradição que envolve a linguagem indicadora do objeto de conhecimento e do “método” adequado para a resolução dos conflitos e consensos que envolvem o horizonte de compreender o Direito e a Constituição.

O *segundo capítulo* aborda a tradição jurídica assentada no entendimento da Constituição fundada na formação dogmática, sobretudo no pensamento positivismo normativista kelseniano, herdeiro tanto de um positivismo lógico quanto do imperativo categórico kantiano, de caráter cientificista dogmático (objetivismo cientificista), que se traduz pela Ciência do Direito Positivo. O entendimento de ciência subjacente a esse modelo de ciência evidencia sua influência desde a compreensão de um Direito que se afirma na noção de norma universalmente válida de uma *Constituição* e do *Constitucionalismo*. A suposta pureza natural de um discurso cientificista se expressa na teoria de Kelsen e deixa de lado a importância da moral e do mundo da vida no Direito. A ordem jurídica pressuposta na teoria de Kelsen se justifica com a explicitação de uma Constituição enquanto norma fundamental, sujeita à metafísica revelada na norma fundamental antecedente e superior às constituições, que se evidencia por um cientificismo positivista racionalista discursivo que não admite uma mudança valorativa como forma de reconstrução da Constituição.

Na sequência, investigou-se Schmitt e seu *decisionismo voluntarista* de matriz *subjetivista* e como esse autor relaciona-se com a *situação de exceção* a partir da sua oposição com a ordem jurídica democrática. Ele produz uma teoria que *age* no limite das experiências humanas e teoriza sobre o lugar no qual a extinção do Direito se confunde com sua própria criação. A excepcionalidade é pressuposto de existência da decisão, e a qualidade de soberano é condição de validade dessa solução jurídica na jurisdição constitucional. Para Schmitt, é necessário investigar a relação que ele delineia entre ordenamento, normalidade, soberania e decisão. A norma exige um meio homogêneo que demanda uma configuração normal das condições de vida para que obtenha aplicação do dever soberano que elucida o “estado de

exceção” como mostra da essência da autoridade estatal. Nos séculos XX e XXI, o ambiente social foi repleto de conturbações que geraram teóricos para o Direito Constitucional. O paradigma individualista é hegemônico no pensamento constitucional, contudo, diversas sociedades adotaram uma agenda político-jurídica de Estado de Bem-Estar Social. O normativismo restringiu-se a reforçar a Constituição estatal, o constitucionalismo positivista e o subjetivismo decisionista de Schmitt, que passou a ser mediado por diversos autores constitucionais contemporâneos. Constata-se, pois, a ambiguidade prática entre o *objetivismo* e o *subjetivismo* que engendra uma objetividade científica. A transformação da Constituição pelo constitucionalismo está identificada pela compreensão histórica e a atitude teórica dos sujeitos responsáveis por desvelar o método em curso na Teoria da Constituição.

No *terceiro capítulo*, serão observadas as matrizes do pensamento gadameriano ao questionar a noção da ciência tradicional e da técnica na produção de uma teoria/ação estratificada e dogmatizada. O caminho que torna a hermenêutica exitosa é o que engendra com naturalidade a ideia de totalidade que a caracteriza, que não despreza os instrumentos que podem ser abordados através dos recursos de análises lógicas e semânticas. O método hermenêutico, propriamente dito, enquanto história das ideias apresenta a origem de certos conceitos fundamentais de um campo científico determinado ou da filosofia, nos estimulando a articular e apresentar o imbricamento de certas definições, de tal maneira que, a partir de uma rede de conceitos, conseguimos desenvolver uma compreensão mais totalizante do objeto.

É primordial a compreensão crítica de Gadamer no tocante à ciência e à técnica, bem como o percurso de sua reflexão sobre temas apropriáveis em uma análise do pensamento jurídico filosófico, que se consubstancia na visão da *hermenêutica filosófica* aplicável pelo *diálogo* na medida em que a percepção constitucional está assentada em *mitos e tradições*, que podem ter se estabelecido em uma verdade inautêntica acerca da ideia de Constituição dominante. Em algumas culturas, há monumentos e textos cujo sentido e relevância são questionáveis e sua *compreensão* é insegura e relapsa, institucionalizando um *modo de ser* comunitário. No instante em que esses textos são expostos ao objetivo da hermenêutica, ao serem detalhados, interpretados e inseridos em um contexto, passam a ser compreendidos e percorrem um caminho indicativo de uma nova *tradição*.

O *quarto capítulo* investiga a crítica e as proposições para uma compreensão do Direito por meio da *Constituição* e do *Constitucionalismo*, com a pretensão de explicar o *modelo estrutural do diálogo hermenêutico* na transformação do positivismo normativista objetificante de Constituição por meio de categorias como *linguagem, diálogo e compreensão autêntica*

trazidos por Gadamer. Propõe-se, aqui, a utilização da categoria do modelo estrutural do *diálogo hermenêutico* de Gadamer como adequada à crítica ao cientificismo, tanto de matriz positivismo normativista (objetivista) quanto do decisionismo voluntarista (subjetivista), de matriz formalista e dogmática. O diálogo hermenêutico é compreendido como modelo capaz de contribuir com a *gramática constitucional*. Sobre *hermenêutica filosófica* e sua neutralidade científica, conhecimento e facticidade, percebe-se que não há um conhecimento neutro, o que denuncia a pretensão de neutralidade dos discursos científico-filosóficos, que, ao indicar os preconceitos do pré-conceito de um conhecer complexo e alimentado pela facticidade, também reflete sobre seus padrões revelados na compreensão da *discricionariedade* da *decisão inautêntica* presente no denominado ativismo judicial.

A linguagem cotidiana e a *mediação* cogente à filosofia conferem relevo ao *diálogo filosófico*, assumindo protagonismo reflexivo e originário. O sujeito constitucional que advém dessa percepção hermenêutica possui, por característica, uma identidade que não é totalmente representativa de todos aqueles que orbitam ao seu redor. A *mediação* (*Vermittlung*) emerge, aqui, no sentido hermenêutico, ou seja, em uma transposição, visto que está presente em algo diverso e pode ser, contudo, reconhecida nessa *alteridade* como “aquilo que é”. Além disso, defende-se a pré-compreensão da linguagem como experiência de mundo, tradição e contribuição do *diálogo hermenêutico* de Gadamer na ideia de *Constituição* e do *Constitucionalismo*. A legitimidade e os valores como também o culto à legalidade puramente formal representaram um efeito perverso que afetou a própria legitimidade, que passou a ser compreendida como uma questão de efetividade e não de justiça como formadora do fenômeno jurídico.

A hermenêutica filosófica realiza análise do paradigma positivismo normativista, e o decisionismo subjetivista aproxima-se dos métodos hermenêuticos: o tradicional jurídico e filosófico que se apropria do saber filosófico no uso da *linguagem como horizonte* e faz da *facticidade* o elemento gerador da historicidade do sentido. A história, os pré-conceitos, a tradição e a *linguagem* são indispensáveis para pensar a racionalidade do mundo. Essa é a tarefa que a teoria desempenha, sendo que a ciência moderna não pode ignorar a própria humanidade e a partir da *práxis* da condição humana. O reconhecimento como pré-compreensão pode indicar elementos de uma proposta de nova crítica do Direito.

Na produção teórica de Gadamer, há possibilidade do surgimento de uma nova racionalidade (nem subjetivista e tampouco objetivista) sobre o Direito, de forma geral, e sobre a *Constituição*, de modo singular, pois não é crível imaginar que o Direito se limita em se

instituir como mera decisão emanada pelo Judiciário. O Direito e a Constituição são, em essência, uma construção que vai além da norma positiva, da história judicial e de meras construções de jurisprudências, mas que deve integrar o seu *agir hermenêutico* de forma equilibrada. A decisão judicial autêntica na jurisdição constitucional verifica que a Constituição passa a situar-se no âmbito da interpretação que deve pautar-se por limites epistemológicos definidos pelo *diálogo hermenêutico* entre norma constitucional e Constituição *parametrizada* pela jurisprudência e a doutrina observada na *decisão dos* objetivos do Estado Democrático de Direito.

Por fim, pretende-se, com esta tese, contribuir criticamente com a superação do processo de edificação do saber, o qual é influenciado pelo caráter objetivista do pensamento ocidental, que conduziu a uma progressiva dependência dos imperativos do método das ciências naturais, à racionalidade instrumental e a uma ciência do Direito, consolidando uma perspectiva unívoca de obtenção de conhecimento verdadeiro. Analisou-se a contribuição que a hermenêutica filosófica de Gadamer, mais precisamente a concepção de *diálogo hermenêutico* e sua leitura crítica, tanto sobre o constitucionalismo formalista objetificante quanto sobre o subjetivismo voluntarista, pôde trazer no debate contemporâneo sobre o *diálogo hermenêutico* e sua possível *compreensão como fio condutor* da crítica aos mitos e do paradigma da ciência racionalista moderna e a condição existencial na Constituição como lugar da *experiência hermenêutica*. O Estado Democrático de Direito traz como atribuição essencial garantir o Direito posto e as suas normas. Contudo, a Constituição não deve ser concebida somente como instância jurídica, mas também ético-político.

2 KELSEN, O POSITIVISMO NORMATIVISTA E A CONSTITUIÇÃO

2.1 A CONSTITUIÇÃO AO TEMPO DE KELSEN

A compreensão do positivismo jurídico de Kelsen e seu legado científico conformam o modelo de Constituição e seu *locus* na sociedade contemporânea, que tem como elementos estruturantes, a compreensão histórica, o método, a atitude teórica, o objeto de conhecimento, o tempo, a tradição e a linguagem, a serem analisados nesta tese. A tradição jurídica é assentada no entendimento da Constituição dogmática e, sobretudo, no pensamento positivista-normativista kelseniano, herdeiro tanto do positivismo quanto do imperativo categórico kantiano, de caráter cientificista dogmático, que se traduz pela *Ciência do Direito Positivo*.

O Direito, a Constituição, o constitucionalismo e a teoria do agir dos intérpretes surgem como conceitos a serem repensados, contudo, é inevitável utilizar-se de Kelsen para compreender nossa gramática constitucional. A concepção de ciência racionalista tem influência na formação da ciência jurídica da Teoria Pura do Direito (TPD) na gênese do positivismo normativista de matriz cientificista-objetivista e dogmática, que repercute em seus conceitos de Constituição e Constitucionalismo enquanto objetos distintos. Tal elaboração teórica decorre do horizonte conceitual da formação político-jurídica da Constituição no pensar de Kant, do *Círculo de Viena* e da tradição filosófica positivista. A suposta lógica positiva de um discurso cientificista, racionalista e formalista, da Teoria do Direito defendida por Kelsen, deixa de lado a relevância da moral e do mundo da vida (*Lebenswelt*) no Direito. Do ponto de vista filosófico-político, o que se deseja é dialogar engendrando as condições de superação de um positivismo normativista objetivista e do decisionismo subjetivista.

2.1.1 Compreensão histórica e sujeito-objeto

O positivismo normativista, mesmo aquele anterior à TPD, é de caráter restritivo no âmbito jurídico, constituído na *escola exegetica*, que exerceu influenciado ambiente da Revolução Francesa, e, na consolidação napoleônica, instigou obras dos legisladores franceses na identificação do “real” objeto da Ciência do Direito. (BOBBIO, 2006, p. 83-86). O Estado é uma organização política, conceituado por sua forma de coação sobre o indivíduo, o que resulta na formação da ordem jurídica pelo Estado. Um Estado só se configura como tal na medida em que formula uma organização a fim de obter uma ordem jurídica a partir da divisão estatal. (KELSEN, 1999, p. 200-203). Quanto ao “positivo” e ao que se alude ao positivismo,

compreendem-se como sendo os fatos que indicam circunstâncias que correspondem à determinada interpretação da realidade que traduz somente aquilo que se pode contar, medir, pesar ou, no limite, algo que se deva definir por meio de um experimento. O positivismo significa, então, uma teoria para assegurar o produto que, de forma discricionária, o legislador assentou como o modo de conservar o poder como racionalidade.

No percurso constitucional, compete destacar a forma objetificante e formalista com que Kelsen aborda a indigência jurídica das sociedades primitivas e estabelece distinções entre a Antiguidade e a Modernidade, utilizando-se de princípios universais para análise em vez de compreendê-los como contingentes. Kelsen evidencia sua coerência sobre o tema, pois, quando situa comparações entre ciência e técnica, constata-se que estas ocorrem em razão de sua compreensão da lógica, na medida em que trazem uma pretensão de dar fundamento racional à prática social. Kelsen faz distinção entre estática (descrição) e dinâmica (fundamento); não obstante, a dinâmica amplia um caminho estático, pois tem por finalidade descrever-se como historicamente neutro. Após a superação do jusnaturalismo pela concepção positivista do Direito, um novo modelo teve curso e se presentificou na concepção de Constituição, em que a *Teoria da Constituição*¹ configura-se como *medium* de uma Teoria Política do Direito Constitucional e de uma Teoria Científica do Direito. (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 238-239). De acordo com Canotilho (1998, p. 1246-1247),

É uma Teoria Política porque pretende compreender a ordenação constitucional do político, através da análise, discussão e crítica da força normativa, possibilidades e limites do direito constitucional. É uma teoria científica porque procura descrever, explicar e refutar os fundamentos, ideias, postulados, construção, estruturas e métodos (dogmática) do direito constitucional. A Teoria da Constituição é, porém, mais do que uma teoria política e uma teoria científica do Direito Constitucional.

Com Canotilho (1998), observa-se que as expressões de superioridade constitucional se dão de três maneiras: a) as próprias normas constituem uma lei superior com fundamento de validade em si próprias; b) as normas constitucionais são normas de normas, ou seja, são fontes

¹CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed., Almedina. 1998, p. 1246-7. [...] A Teoria da Constituição é, porém, mais do que uma *teoria política* e uma *teoria científica* do Direito Constitucional. Aspira ainda a ser estatuto teórico de uma *teoria crítica e normativa da Constituição*. Isto num triplo sentido: (1) como *instância crítica* das soluções constituintes consagradas nas leis fundamentais e das propostas avançadas para a criação e revisão de uma constituição nos momentos constitucionais; (2) como *fonte de descoberta* das decisões, princípios, regras e alternativas, acolhidas pelos vários *modelos constitucionais*; (3) como filtro de *racionalização das pré-compreensões* do intérprete das normas constitucionais procurando evitar que os seus prejuízos e pré-conceitos jurídicos, filosóficos, ideológicos, religiosos e éticos afetem a racionalidade e razoabilidade indispensáveis à observação da rede de complexidade do estado de direito democrático-constitucional.

de produção jurídica de outras normas; e c) a expressão fundamenta que a superioridade normativa das normas da Constituição implica a conformidade dos atos do Estado em relação à Constituição. O conceito de Constituição surge como uma espécie de lei, dotada de características particulares, que se insere no lugar hierárquico-normativo elevado em relação às outras normas do ordenamento jurídico, em que (a) as normas constitucionais estabelecem uma *lex superior* que refugia o fundamento de validade em si própria; (b) as normas da Constituição são normas de normas, assegurando-se como uma nascente de produção jurídica de outras normas secundárias; (3) a superioridade normativa de normas constitucionais implica o princípio da adequação de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição. (CANOTILHO, 1998, p.1147).

A *Constituição*² deve ter um caráter material/substancial, porque é constituidora da própria sociedade (afinal, a Constituição é a explicitação do contrato social, é o espaço de mediação ético-política da sociedade e, fundamentalmente, Constituição é constituir). Ao mesmo passo que atualmente a Constituição é o contrato social produzido por alguns em nome de todos a partir de uma estrutura de poder político formal da qual são poucos os iniciados. Deve-se (re)fundar a Constituição ou “constitucionalizar” a Constituição. O problema de uma *Constituição Dirigente* é um problema de concretização constitucional, que deve propiciar tanto a proteção dos direitos fundamentais quanto na repressão cogente aos obstáculos à realização do Estado Democrático de Direito. A *Constituição Dirigente*³, nas palavras do próprio

² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3 edição. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001 p. 39. [...] percebemos a Constituição "como" Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; percebemos a Constituição "como" Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência histórica, nos damos conta da falta (ausência) de justiça social; percebemos a Constituição "como" Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente porque a imensa maioria da população não os têm; a Constituição, é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria de seus dispositivos; percebemos, também, que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos individuais, sociais e coletivos, mas, mais do que isto ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume a sua ausência, desnudando as mazelas da sociedade; enfim, não é a Constituição uma mera Lei Fundamental que "toma" lugar no mundo jurídico, estabelecendo um "novo dever-ser", até porque antes dela havia uma outra "Constituição" e antes desta outras quatro na era republicana, mas, sim, é da Constituição, nascida do processo constituinte, como algo que constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e a vinculação do legislador*. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Almedina, 1994, p. 59-60. [...] mais rigorosamente: a ‘realização constitucional’ é um problema de ‘normação’ ou ‘regulação’ e um problema de ‘aplicação-interpretação’ que se deve captar através de uma ajustada medida constitucional [...] O combate ao positivismo através da radicalização hermenêutica (na linha heideggeriana-gadameriana) conduziu, no seio da metódica constitucional, a uma inversão metodológica e a uma transposição de planos em relação aos quais se fará um breve alerta. Inversão metodológica: o intérprete, o problema e os topos substituem-se à norma; a ‘actividade produtiva’ da jurisprudência quase que se coloca no mesmo plano da actividade ‘produtiva’ da legiferação; a interpretação é mais um ‘veículo da liberdade judicial’. A posição que norteará o trabalho já foi atrás sugerida: colocar a cabeça hermenêutica dos juristas sobre os pés jurídico-constitucionais e firmar o

Canotilho, ainda é o referencial a ser adotado nos países periféricos e instrumento capaz de auxiliar a radicalização de um processo democrático, que amplie substantivamente a presença da sociedade civil organizada por meio de suas organizações, bem como, o cidadão na afirmativa de um Estado que garanta à sociedade uma qualidade de vida superior bem como seja expressão inquestionável de um consenso social material desejado e observado, de forma a expressar a confiança da sociedade em sua sociedade constitucional (CANOTILHO, 1994, p. 59-60).

A Constituição histórica é a norma fundamental que atribui validade a um sistema de Direito Positivo que passa ao longo de uma construção historicista exceto se previsto nesta, em que elege como verdade imutável a norma hipotética fundamental ser fundamento de validade da Constituição. (BOBBIO, 2006, p. 45-52). A Constituição e o constitucionalismo para o positivismo-normativista trilham caminhos diversos, já que se configuram como “objetos distintos” de investigação científica.

Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender. (KELSEN, 2007, p. 130).

Verifica-se que, em Kelsen, a Constituição histórica de determinado país tem a natureza jurídica de uma norma, é a *norma fundamental (Grundnorm)* deste sistema jurídico particular, pois serve de fundamento de validade de todas as demais normas deste. O fundamento de validade deste modelo de Constituição histórica engloba uma espécie de norma, uma norma pressuposta, também designada norma hipotética fundamental. A realidade histórica, enquanto contexto, não é relevante para Kelsen, apenas e tão somente as normas decorrentes de sua pós-estabilização. No seu sistema reflexivo jurídico-constitucional, Kelsen faz distinção entre as normas, instituindo o esquema conceitual que entende a Constituição em dois sentidos: jurídico-positivo e jurídico-epistemológico.

No positivismo normativista de matriz kelseniana é possível identificar que o fenômeno de pura inteligência científicista que forja a *Constituição* e o *Constitucionalismo*⁴ deve ser

processo concretizador da lei fundamental sobre uma metódica estruturante que, sendo pós-positivista, não deixe de vincar bem a sua dimensão normativa.

⁴ GALINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição: A transformação praxiomática da teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 41. [...] o constitucionalismo se refere ao direito constitucional como processo (promulgação e implementação da Constituição, mudanças ou rupturas político-constitucionais, estruturação constitucional do Estado, etc.).

entendido como característica da tradição constitucional, que impõe a formação de uma nova cultura constitucional que se afirme na *sociedade* e que, com ela, torne-se partícipe da construção de uma sociedade humanizada. Na gênese do positivismo normativista, a faculdade de coagir a Ciência do Direito concebida por Kelsen, em sua TPD, possuem áreas de convergência com Kant, já que, no segundo, a lei moral tem início na razão prática, e Kelsen caracteriza-se pela sistematização do Direito por meio de uma unidade do complexo jurídico positivo, que é entendido a partir da teoria de uma norma fundamental à qual todas as demais são remetidas a sujeitar-se na sua validade de eficácia normativa.

A TPD de Kelsen afirma que a supremacia da Constituição decorre da concepção histórica, que se incorporou na consciência jurídica da civilização, e, desse modo, interpreta que há compreensão da Constituição como Lei Fundamental, na qual se caracteriza não apenas pelo reconhecimento da superioridade desta, mas, sim, na edificação de mecanismos que garantam a eficácia dessa supremacia. (CLÈVE, 2000, p. 25). Kelsen priorizava a visão estatal da Constituição em detrimento de outras perspectivas sobre o sentido da *Constituição* e do *Constitucionalismo* que consagrava a tradição conservadora e que pode ser qualificada como uma *trágica tradição inautêntica* no constitucionalismo, que indica textos constitucionais normalizados que devem ser investigados pelos juristas e que têm sido objeto da hermenêutica, que a utiliza como uma espécie de refiltragem constitucional que trilhou caminho do (des)velar mitológico fundado no *sensu comum teórico* liberal individualista e no formalismo de uma visão estática de Constituição. (WARAT, 1995, p.97-98).

O positivismo normativista indica que o Direito se encontra no plano do dever, sendo que, na teoria de Kelsen, o fundamento do dever é um postulado formal, enquanto, em Kant, o princípio do Direito é encontrado *a priori* – na ordem metafísica –, um postulado em que a vontade e a liberdade se reconhecem, surgindo um *dever ser* definido pela lógica, que recebe o conteúdo, aplica na experiência (*dever*) e deduz a conduta (*ser*) justa, independentemente da existência da norma posta. A Constituição é norma objetivamente válida enquanto norma fundamental, na sua descrição de ciência jurídica por analogia a um conceito de teoria do conhecimento kantiana designada como condição lógico-transcendental. (KELSEN, 1991, p.214-215).

O Direito Positivo cientificista compreende a natureza cognoscitiva da jurisprudência de modo declarativo de uma ordem jurídica pré-existente ou criativa, atuando com cinco métodos de interpretação de caráter formalista objetivista textual: léxico ou gramatical, lógico, sistemático, histórico e teleológico. A sentença judicial tem sido aplicada ao Direito como em

uma espécie resultante de um silogismo que decorre logicamente de uma premissa (lei), de modo que tal institucionalização garante uma ordem de convívio humano, cuja meta é a segurança jurídica.

No positivismonormativista vê-se que o objeto desprende-se do sujeito. O objeto da *ciênciajurídica* é a norma, mas não exclusivamente, pois é a única capaz de emprestar um significado que possa ser qualificado de jurídico aos atos humanos. A fundamentação kelseniana permite que se investigue seu vínculo com a teoria de Kant, a partir da consideração de que este exige um Direito derivado da razão, compreendendo que a Doutrina Positiva do Direito poderia denominar-se metafísica do Direito, tornando-se possível a busca pelo fato de que a essência positivista é racional (razão formal). Essa norma é um *dever ser(Sollen)* a respeito de uma conduta humana, em contraposição ao *ser(Sein)* da mesma conduta. E, nesta seara, com Adeodato (2013, p. 82-83), observa-se que

[...] um dever ser (norma) tão evidente o ser (fato) a que se refere, daí a relativa independência do direito em relação aos fatos. Passar causalmente de uma para outra esfera contraria a estrutura do conhecimento, é contaminar a lógica, ainda que *ser* e *dever ser* se encontram na realidade, na qual os valores humanos se mesclam com os fatos. [...] o estudo rigorosamente jurídico (dogmático) deve ser reduzido ao estudo da norma jurídica.

Quanto ao objeto da ciência, parece-nos vital essa distinção entre *ser(Sein)* e *dever ser(Sollen)*, que é um dos pontos centrais da “teoria pura”, ou seja, é a partir dela que se faz outra distinção entre validade e eficácia, levando ao fundamento de validade das normas jurídicas. Kelsen chega à conclusão de que o Direito é uma ordem da conduta humana, um sistema de normas, e, como ordem normativa, procura dar lugar a um determinado comportamento, associando a ausência deste a um ato de força socialmente organizado. Desta feita, encontra-se a diferença, no sistema de crenças de Kelsen, entre o Direito e outros sistemas de normas, a reação à violação do *dever ser* por meio de um ato de força que seja socialmente sistematizado, centralizado e que indicam claramente o predomínio de um modelo.

[...] el paradigma científico del positivismo da un paso decisivo se resuelve en el concepto y éste, a su vez, en el sistema, liberando así una (energía lógica inmanente al derecho), capaz de ampliar y completar el contenido de cualquier institución particular y del sistema mismo. [...] La primera de estas leyes gira en torno a un principio de carácter axiomático para la dogmática: la construcción doctrinal debe aplicarse exactamente al derecho positivo. (PUCEIRO, 1981, 134-135).

Por fim, quanto à análise do sujeito no paradigma científico sujeito-objeto proposta pelo positivismonormativista kelseniano, no item a seguir, indica-se quando a atitude teórica que

envolve o pensar científico que se revela na trama da compreensão do formalismo objetivista que impregna Kelsen e sua perspectiva de Constituição. Pode-se observar que resultam dessa norma fundamental as normas postas, de modo que, em Kelsen, somente a premissa maior, que é uma proposição do *dever ser (Sollen)*, é *conditio per quam* relativamente à conclusão, que também é uma preposição de *dever ser (Sollen)*. Não é uma norma estabelecida através do ato de vontade de uma autoridade jurídica, isto é, uma norma positiva, mas uma norma implicada pelo pensamento jurídico.

2.1.2 Atitude teórica do positivismo normativista e a TPD

A Ciência do Direito de Kelsen está condicionada a descrever o sistema de normas postas no ordenamento jurídico mediante suas proposições e enunciados jurídicos, contudo, sua norma fundamental traz à realidade sua compreensão científico-jurídica com estatuto de ciência verdadeira. O objeto de estudo da ciência jurídica seria as normas jurídicas, pois as condutas humanas, por sua vez, só seriam analisados por essa ciência na medida em que constituem o conteúdo das normas jurídicas.

O sujeito do positivismo jurídico dedica-se a assumir objetivamente uma atitude neutra diante do Direito. Seu agir busca concretizar uma concepção de teoria e não de ideologia, e na continuidade do percurso, o pós-positivismo tem a pretensão de constituir uma técnica alargadora do conceito de Direito para além do positivismo normativista que incide na *discricionariedade judicial*. (STRECK, 2014, p. 115-120). Sujeito e objeto estão isolados neste cenário reflexivo da *Ciência do Direito*. A inclusão da sociedade como protagonista desse processo de legitimação constitucional firma-se como fase superior da tradição que amplia a visão do constitucionalismo. No decorrer de tal situação há condução a refletir sobre os limites da compreensão sujeito-objeto da TPD que transcende Kelsen, pois estão aprisionados em um modelo anterior a viragem linguística, visto que

O positivismo jurídico, da mesma forma, representou histórica e conceitualmente, a antítese do direito natural. Não mais se concebia o fenômeno jurídico como obra da divindade, da natureza ou da ideia, mas como norma positiva e de elaboração estatal. O positivismo afastou as deambulações metafísicas da construção jurídica, não mais sobrepondo entidades abstratas para explicar o Direito. (BORGES, 1998, p. 151).

Kelsen destaca que o imperativo categórico da ética kantiana contraria a irreducibilidade de *ser (Sein)* e *dever ser (Sollen)* por meio da negação da razão prática. A condição de lei prática que Kant atribui ao imperativo categórico se deve ao fato de que ele não é dado na experiência

(como os hipotéticos), mas buscado de forma *a priori* na razão. O juízo *a priori* forma o conhecimento universal que não funda sua validade na experiência, como é o caso das ciências exatas. É possível afirmar, a partir de Kant, que: 1) o juízo determinante gera conceito, por isso, convicção, e é prático ou teórico; 2) o juízo reflexivo gera exemplo, modelo, tipo, e, pelo ponto de vista psicológico, gera persuasão e, com isso, consenso; 3) considerado do ponto de vista lógico, porém, é necessário para que seja aceito. (SALGADO, 2006, p.45).

Na TPD, o estudo do Direito divide-se, basicamente, em dois grandes ramos: 1) a teoria estática do Direito, que se concentra sobre as normas em vigor, reguladoras da conduta humana, e estuda a pessoa como sujeito jurídico, a capacidade jurídica, a relação jurídica, o dever, a sanção, a responsabilidade, os direitos subjetivos e as competências; 2) a teoria dinâmica do Direito, que se agrupa sobre as normas em vigor que regulamentam o processo jurídico, em que o Direito é produzido/aplicado no fundamento de validade da ordem normativa e a estrutura escalonada da ordem jurídica. Na TPD, não se discute a legitimidade e nem a justiça dessa norma mais alta e, tampouco, considera-se como objeto de discussão se a autoridade que a elaborou teria legitimidade e, para tanto, a

[...] jurisprudência dos conceitos e a jurisprudência dos interesses, que a jurisprudência dos valores pretendeu superar, ancoram seus conceitos de justiça em dados da realidade. [...] O decisivo do ponto de vista jurídico não é a comprovação de que certos fatos, situações ou pessoas diferem ou não; o decisivo é o juízo de valor sobre as igualdades e diferenças fornecidas por outros juízos. (BORGES, 1998, p.190-191).

Em Kelsen, não se vislumbra apenas uma única resposta correta, ajustando-se à moldura do quadro delineada pelas normas superiores, defendendo que tal entendimento é uma ficção da doutrina tradicional, que persegue incondicionalmente o ideal de segurança jurídica. Essa preocupação decorre de modo natural e remete o grau de limitação que é imposto aos magistrados e aos legisladores, colocando em evidência a hierarquia a ser seguida na estrutura da *Ciência do Direito*, a fim de evitar percursos desviantes que abandonem a racionalidade científica imperante e evite compreensões ilógicas, avaliando-se o ato jurídico não apenas em atribuição executiva, mas igualmente em sua atribuição criadora, em que a interpretação científica é pura deliberação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. A interpretação feita pelos órgãos jurídicos, não é considerada a criação jurídica, e Kelsen (1991, p. 370) intenta esclarecer do seguinte modo:

[...] uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter Direito novo, é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito.

A interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito. O preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora do Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo [...].

A *Ciência do Direito* é o “conhecimento/saber do Direito”, e, nesse sentido, o Direito existe como objeto à norma. Correa (2000, p. 108) resume a questão de modo que surge uma essencial distinção metodológica na teoria kelseniana, qual seja, a separação entre Direito e *Ciência do Direito*. Não se pode ignorar o fato de que, em Kelsen, o ato da aplicação do Direito constitui-se em determinação da relação entre as normas de um escalão superior e de um escalão que lhe é inferior, de modo que nem sempre é possível concretizar um silogismo completo, sob todos os aspectos, vincular todas as relações. Dessa construção teórica vê-se a noção de moldura na qual o Direito projeta e oportuniza, em situações indeterminadas, várias possibilidades de aplicação da norma. A interpretação jurídica de Kelsen (1991, p. 365-366) é distinta quando protagonizada pela ciência jurídica (inautêntica) e quando desenvolvida pelos órgãos jurídicos (autêntica).

Kelsen entendia que a interpretação era a fixação intelectual do sentido do objeto de interpretar, que cabe àquele que tem essa prerrogativa, utilizando-as de diversas possibilidades de definir o objeto que cabe na moldura, pois não existe método de interpretação específico capaz de determinar ao Direito Positivo qual norma está correta e deve ser aplicada no caso concreto, uma vez que a interpretação científica possui caráter intelectual do sentido que as normas jurídicas indicam. O preenchimento da lacuna do Direito é concretizado por um órgão aplicador do Direito, que se utiliza da interpretação para resolvê-lo. (KELSEN, 1991, p.371). Talvez, nossa tradição jurídica verifique que o Direito Natural tem algo a comunicar ao Direito Positivo, como a entrega de uma resposta adequada em uma situação em que existam duas normas jurídicas em colisão aplicável ao caso. Contudo, ainda em Kelsen, a interpretação correta é uma ficção que a jurisprudência tradicional precisa afirmar para consolidar o mito da segurança jurídica. (KELSEN, 1991, p. 371).

Na análise do paradigma dogmático utilizado na *Ciência do Direito*, por meio da teoria positivista-normativista kelseniana, destaca-se a identidade utilizada no método da Ciência Natural com aquela adotada na TPD como construção jurídica por meio de modificações qualitativas, em que a Ciência Jurídica transcende a uma passividade do saber histórico. E, na mesma direção, assume uma estrutura de saber técnico definido por sua própria capacidade de configuração, de modo que a metáfora naturalista não cumpre outra função senão a de esclarecer o dinamismo das noções lógicas, portanto, um dinamismo que individualiza o resultado de teorização científica. (PUCEIRO, 1981, p.134-135).

A metodologia de Kelsen distancia-se da ideologia política e dos elementos caracterizadores das ciências da natureza e insiste em estruturar-se no

[...] cientificismo [que] foi dado pelo movimento qualificado de Positivismo Lógico. O pensamento filosófico perseguia a sua objetividade, já sob a influência das ciências positivas e se estrutura contra o transcendentalismo. O Positivismo Lógico [...] a decadência dos temas metafísicos da filosofia – incluindo a própria filosofia – e a busca de um saber científico, compreensivo e universal, que exclui o clássico saber filosófico e o absorve. (BORGES, 1998, p. 231).

A concepção positivista, do ponto de vista filosófico, assumiu a relevância de um discurso científico em condição de ciência, e dirigiu positivistas lógicos a investigar o método científico que se caracterizou pelo apogeu do objetivismo. Esses neopositivistas reuniram-se, no Círculo de Viena, constituindo-se em um grupo de filósofos de herança positivista aliados, sobretudo, ao empirismo de Ernst Mach, ao rigor demonstrativo da lógica matemática e à análise da linguagem, que purificava a língua das proposições metafísicas destituídas de sentido, que abrigavam a criação de uma linguagem científica capaz de suplantar as diferenças entre as “duas culturas” e, por isso, unificar as ciências da natureza com as da cultura. (LOSANO, 2010, p. 31-32).

O pensamento objetivista formalista tem se caracterizado por buscar ajustar o objeto a ser investigado e as hipóteses elaboradas como sistemas justificadores dos juízos cognitivos, e, de certo modo, a ligação entre as hipóteses e os objetos se torna contingente, constituindo-se de modo estranho à teoria tradicional. Kelsen utiliza uma metodologia que adota conceitos que partem do princípio da descrição da realidade para a produção de conhecimento científico. A ciência contemporânea se depara com a tarefa de constituir relação comunicativa, por meio da ontologia entre categorias científicas e estruturas de realidade. O positivismo jurídico surge de um esforço em que se procura transformar o estudo do Direito em uma verdadeira e adequada teoria da ciência que venha a ter qualidades como coerência, neutralidade e pureza.

A TPD não possui qualquer conteúdo empírico extraído da experiência jurídica concreta, e como teoria não tem por objeto a análise da dogmática jurídica ou da jurisprudência de algum Estado em particular. O sentido natural não se encontra em nenhum *ente* que lhe tenha acesso protegido, já que é encontrado na *gramática da linguagem*, que pode ser integrada à *tradição constitucional* vigente, na qual sujeito e objeto ainda estruturam-se em dados distintos, segundo a compreensão do Direito cientificista formalista objetivista da racionalidade de Kelsen vista sob o filtro da ciência moderna e da técnica.

A tese da TPD indica que a Ciência Jurídica não precisa ser moral, uma vez que a moralidade não é válida em todos os tempos e em toda parte, pois não é possível a construção de critérios firmes para a ordem social independente de circunstâncias de tempo e lugar, sobre o que é direito(justo) e o que é injusto. (KELSEN, 1991, p. 74). Entretanto, de acordo com Kant (2011), o que é moralmente aceitável ou não é algo dado à consciência dos seres racionais, de modo que a lei moral é, para nós, um dever. Em Sancho (2010, p.64), é possível identificar um contexto de tradição humanista nos conceitos experienciais e históricos, e não simplesmente formais. Assim acontece em Kant, e quem tais aspectos se destinam a uma percepção de sentido de humanidade constituinte de uma experiência humana de vida produtora da tese de

[...] normatividade deve ser compreendida principalmente como um elemento necessário de toda moral. Se existe uma ordem justa e absoluta para os seres humanos, ela deve poder ser aceita na realidade como um comando vinculante. Nesse contexto, a normatividade é apenas uma expressão necessária em virtude de um posicionamento filosófico de absolutismo de valores já assumido anteriormente. (DIAS, 2010, p. 33-34).

O fundamento da *compreensão*(*Verständnis*) do Direito está na distinção kantiana entre o *querer* e o *pensar*, entre a vontade e a razão. Há o entrecruzamento de Kelsen e Kant na crítica ao Direito Natural, uma vez que a tese da normatividade guarda para as afirmações do sistema moral absoluto um carácter deôntico. Essa ordem em que os valores absolutos estão cristalizados deve ser compreendida como comandos dirigidos ao comportamento humano, pois aduz um conteúdo de sentido singular, cuja demonstração é linguística.

Por fim, é notável que há tempo pode-se observar o dualismo que se tem afirmado entre o jusnaturalismo e o positivismo, entretanto, o objeto está assentado a partir do (neo)positivismo jurídico de Kelsen, no qual a autoridade expressa que as normas com o objetivo de validade e eficácia devem partir de uma autoridade competente. O processo de formação do positivismo jurídico e sua investida contra concepções metafísicas se desonera da necessidade de justificar metafisicamente a validade das normas positivas e se restringe a uma atitude descritiva, com exceção, da norma fundamental. Os positivistas resolvem a questão da fundamentação do Direito de modo peculiar, visto que abandonam o problema, por entender que se trata de uma questão *filosófica* e não *científica*. (COSTA, 1999, p. 172).

2.2 HANS KELSEN: AS RAÍZES DO OBJETIFICISMO

2.2.1 Objeto de conhecimento

O objeto de conhecimento da TPD e o modelo de Constituição decorrente dessa forma de pensamento caracterizam um modo de conceber o Direito dentro de uma perspectiva científicistaobjetificante em razão das normas estruturantes do positivismonormativista kelseniano. A norma jurídica, a partir de Kelsen, se institui como um fato que, quando exteriorizado, constitui-se em uma norma, ao passo que tal exteriorização obtém expressão contundente, criando-se nela uma significação e um sentido objetivo que torna tanto o fato quanto a norma compreendidos. Assim, tais fatos constituem-se por possuírem um caráter jurídico, e destes nascem às relações jurídicas que formam a norma que melhor interpreta aqueles atos dispostos, bem como a maneira pela qual se atua em determinadas situações na sociedade. (KELSEN, 1999, p. 2-3).

No início do século XX, a Europa enfrentava rupturas e crises institucionais, e nesse ambiente: “inclusive a própria filosofia do Círculo de Viena, que Kelsen conheceu e supostamente frequentou então como intelectual amadurecido. Tal convívio não influenciou significativamente em seu pensamento o qual permaneceu substancialmente ligado ao kantismo e ao neokantismo”. (CÁRCOVA, 1998, p.139). O debate, de certo modo superado, entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo ainda é sustentado:

[...] los jusnaturalistas de fundar una ética racional, liberada de la teología y encargada de fundamentar la universalidad de los principios de la conducta humana, fue una empresa imponente. Tampoco, puede ignorarse, el enorme valor elucidatorio del positivismo crítico. [...] la pregunta que debería formularse frente a las insuficiencias, inconsecuencias y aporías de ambos modelos, es si los presupuestos epistémicos sobre los que ellos se asientan, son los adecuados. (CÁRCOVA, 2012, p.195).

No sistema autorreprodutivo kelseniano, a partir de sua abstração formalista, se compreende que a criação de outra norma deve levar em conta a norma superior, bem como a norma criada de acordo com esta terá resultado inferior, consolidando uma espécie de pirâmide normativa estática e articuladora de uma realidade jurídica que pressupõe uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A norma fundamental (*Grundnorm*) é o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, a qual constitui sua unidade e, em nosso entendimento, possui uma justificação metafísica, pois

Do ponto de vista jurídico é insustentável. Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem de forma alguma de justificar - quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa - a ordem normativa que lhe compete - tão somente - conhecer e descrever. (KELSEN, 1991, p. 75).

Na “ciência jurídica” a validade das normas promove uma argumentação de tal modo que dá sentido aos atos derivados das autoridades no processo de realização e concretização. O poder decorrente da norma fundamental (*Grundnorm*), compreendida como abstrata e pressupostamente válida, em muito, é inspirada na norma do imperativo categórico de Kant, que serve de fundamento de criação e legitimação de todo sistema jurídico ocidental. A reflexão do positivismo jurídico como ordem normativa é vista por Kelsen que aduz ser o Direito um ordenamento de coerção normativo. Sua essência específica é sua validade, e se institui como “ordem” normativa, pois é o Direito um sistema de normas, em que é necessário distinguir normas gerais e normas individuais, visto que uma norma jurídica geral “vale” e significa que ela deve ser exercida, e se não cumprida, aplicada. (KELSEN, 2010, p. 85).

Em razão das constituições serem concebidas como decorrência das formas de Direito, sendo que no curso do Estado democrático ou autocrático é que se legitimam as regras principais compostas na norma fundamental, e as demais regerão a fórmula de aplicação e origem de todos os outros atos jurídicos dentro de determinada sociedade. (KELSEN, 1999, p. 195-196). É assim que tal afirmação tende a esclarecer que a norma propõe em seu conjunto de palavras, uma demonstração de sentido, um significado que busque a resolução dos comportamentos e atividades humanas frente à sua forma de Direito orquestrado pela Carta Constitucional. O autor tcheco não nega a relação existente entre o Direito, a política, a sociologia e outros ramos das ciências sociais, contudo, procura constituir espaço da *Ciência do Direito* enquanto ciência autônoma, inconfundível com política do Direito, e não deve, portanto, se contaminar por ideologias e confusões subjetivistas e voluntaristas. Por essa razão, inclusive, seu célebre debate com Schmitt sobre a quem cabe o papel de guardião da Constituição. (KELSEN, 2007, p. 264-267).

2.2.2 Linguagem no positivismo normativista

Kelsen torna-se preciso na sustentação argumentativa, do conferir uma autonomia da Ciência Jurídica frente à consecução de seus paradigmas formais de neutralidade e objetividade. Kelsen (1991) observa o fato de que a denominada *Ciência Jurídica* estabelece proposições normativas ao Direito, de modo a não relacionar a ninguém em particular um comportamento, no horizonte da verdade, visto que emanam de uma autoridade competente no plano da técnica

jurídica e integram o horizonte de validade. Tal construção oportunizou o surgimento das proposições jurídicas: o suposto instrumento metodológico que pretendeu constituir o saber jurídico em ciência. A linguagem jurídica positivista proposicional caracteriza-se pela descrição do objeto reservado ao conhecimento (normas jurídicas), portanto, tem por finalidade demonstrar os prováveis significados da norma jurídica de forma neutra e independente de juízos de valores subjetivos. (WARAT, 1995b, p. 43; 62).

Em razão da metodologia kelseniana, justifica-se o fato de que a produção das normas perfaz-se a partir do dinamismo do Direito, mutável no tempo (contingente) e nas necessidades de cada nação. As primeiras, por um processo mais árido e complexo que o de produção das leis ordinárias, sendo, para tanto, definido no próprio texto constitucional, e as segundas por um processo mais simples, como o da elaboração de leis simples ou pelo Direito consuetudinário, destacando que os órgãos legislativos são competentes para a produção das normas gerais e a aplicação se processa por meio dos tribunais e das autoridades administrativas. (KELSEN, 1999, p. 195-196).

A contribuição de Warat(1995b, p. 37) se apresenta “onde não há rigor linguístico não há ciência. Fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo”. E, de certo modo, o problema da linguagem e da interpretação, no capítulo VIII da TPD de Kelsen, é indicado como contraditório por Streck (2011, p. 120-122), quando destaca que se rende aos seus adversários, tendo em vista o fato de que a interpretação do Direito é repleta de subjetivismos originários de uma razão prática solipsista, na qual esse “desvio” é impossível de ser corrigido, visto que

[...] para podermos compreender o positivismo que se desenvolveu no século XX e o modo como encaminho minhas críticas nessa área da teoria do direito. Sendo mais claro: falo desse positivismo normativista, não de um exegetismo que, como pôde ser demonstrado, já havia dado sinais de exaustão no início do século passado. Numa palavra: Kelsen já havia superado o positivismo exegetico, mas abandonou o principal problema do direito – a interpretação concreta, no nível da “aplicação”.

O positivismo lógico assume o rigor discursivo como paradigma da investigação científica, como se nenhuma proposição isolada fornecesse significação efetiva sobre o mundo. Não se pode desconhecer as regras de funcionamento da linguagem da ciência, sob pena de que nosso conhecimento fique obscurecido por certas perplexidades de natureza estritamente linguística. O positivismo lógico alça a linguagem em objeto de sua investigação e como instância fundamental da problemática científica. (WARAT, 1995b, p. 14).

O Círculo de Viena exerceu influência sobre Kelsen, já que a proposta da teoria kelseniana é de um pensamento sistemático visando à construção de uma disciplina a partir de uma unidade principiológica. (OLIVEIRA, 2006, p. 53). Igualmente, a metalinguagem, na concepção kelseniana, é sua *Ciência do Direito*, como espaço de investigação sobre o Direito, linguagem-objeto. (STRECK, 2012a, p. 61). Streck (2012a, p. 101) indicou uma razoável similaridade entre a teoria habermasiana e a kelseniana em relação ao sujeito da relação sujeito-objeto – superada pelo giro linguístico –, isto é, Kelsen, buscando um pretense controle do sujeito solipsista, elabora sua teoria como metalinguagem – com a influência da Escola de Viena – sobre a linguagem-objeto.

No se trata, al formular esta pregunta, de ignorar que, al lado de las cuestiones de esa índole, corren en paralelo las cuestiones de carácter político o, dicho de otra manera, la apreciación que las teorías y doctrinas se realiza en función de las consecuencias que ellas ofrecen en el concreto plano de las formas de su ejercicio, etcétera. (CÁRCOVA, 2012, p. 195).

Kelsen, quando da definição de imputação, trata da dinamização da norma jurídica, em que é verificada a supremacia do *dever ser (Sollen)* sobre o *ser (Sein)*. (ROCHA, 2005, p. 68-79). Warat (1995b, p. 52), da mesma forma, aponta para esse caráter ideológico da teoria kelseniana, ao explicar que quando Kelsen classifica as normas de Direito Positivo, com respeito aos comportamentos, em expressões metalinguísticas, através das quais se pretende dar um sentido objetivo aos atos de interação social, tais normas podem ser vistas como a explicitação metalinguística social predominante das condutas humanas, o que não deixa de ser uma afirmação ideológica. Existe, na reflexão de Kelsen, o sentido da independência lógico-formal entre o *ser (Sein)* e o *dever ser (Sollen)* que fundamenta uma epistemologia jurídica para a *Ciência do Direito*, em que a norma é caracterizada, em geral, como expressão linguística de uma proposição normativa ou um imperativo a ser verificado de forma epistemológica, pois

O nível pragmático de aplicação da norma é analisado por Kelsen através da mediação epistemológica da proposição jurídica (*Rechtssatz*), que é conceitualizada como a descrição de uma norma jurídica na forma de um juízo hipotético de atribuição de certas consequências imputadas pela ordem normativa a certas condições previstas na ordem legal. (SOUZA, 2002, p. 439).

O processo reflexivo que tem por objetivo a interpretação do Direito no pensamento de Kelsen não foi o mais coerente de seu sistema jurídico, visto que seu capítulo VIII da TPD considerava a atividade do juiz como um ato de vontade criador de Direito. (KELSEN, 1991, p. 368). Tal posicionamento difere da forma como foi entendida a interpretação realizada pela

Ciência Jurídica desprovida de vontade criadora, ao contrário do que sustentava a jurisprudência dos valores, na qual o pensamento desligado da realidade não deve ser considerado, na medida em que explica a realidade, não a criação artificial de juízos, em relação à impossibilidade da explicação.(RAMOS, 2015, p. 90-92). No pensamento de Kelsen é perceptível a redução da norma à proposição jurídica por meio pragmático-normativo concordante com suas premissas, de modo que a eficácia é condição de validade da norma, uma vez que é hipotética e pode ser transformada em uma proposição universal.

A norma fundamental (*Grundnorm*) é indicada na TPD de Kelsen, de modo que o plano linguístico funcionaria com o ordenamento jurídico, constituindo a linguagem-objeto, e a *Ciência do Direito* constituiria a metalinguagem, pois o ordenamento jurídico, isto é, a linguagem-objeto, encontra sua condição fundamental de significação na última Constituição histórica. (MÜLLER, 1995, p. 38). Todavia, na *Ciência do Direito*, a metalinguagem possui como sua condição fundamental de significação a norma fundamental pressuposta (gnosiológica), visto que existe a possibilidade de a norma fundamental ser, simultaneamente, o fundamento de validade da linguagem-objeto e da metalinguagem. (ROCHA, 2005, p. 75).

Kelsen indica que o ato de interpretar cabe, em gênese, ao criador das leis (interpretação autêntica), entretanto, pode surgir a obrigação de que a figura de outro intérprete, neste caso o magistrado (interpretação não jurídica), aja na decisão do sentido da norma, uma vez que a ciência “ainda” não produziu norma específica para cada situação do mundo vivido.

A norma fundamental na concepção kelseniana apresenta três designações: a) primeira constituição histórica – que se refere dentro da estrutura hierárquica normativa ao fundamento último de validade do Direito positivo; b) fundamento de validade do sistema normativo – é a norma onde as demais normas da dinâmica pirâmide jurídica vão encontrar seu fundamento último; e, c) pressuposição lógico-transcendental (gnosiológica) – que afirma tautologicamente que é a norma é válida porque tem de ser válida.(ROCHA, 2005, p.75).

Em síntese, a pretensão de pureza metodológica, em Kelsen, é fundada na ausência de juízo de valor, por considerar a justiça um ideal irracional inacessível ao conhecimento humano, em que apenas uma atitude positivista obteria a verdadeira *Ciência do Direito*. Contudo, a ciência positiva do Direito, em Kelsen, se torna libertadora de todos os elementos que lhe são estranhos, constituindo seu princípio metodológico fundamental. A pureza da TPD procederia, portanto, de seu postulado metodológico fundamental, que não faz nenhum tipo de reflexão que não seja unicamente jurídica, nem toma nada como objeto de esboço, com exceção das normas jurídicas. Não é de se estranhar, portanto, que o normativismo

extremo de Kelsen tenha, por ponto de partida da *Ciência do Direito*, a norma e a norma positiva, que se torna vinculada a ele pelo seu sistema, que o condiciona à coerência interna, de modo que garanta ao sistema coerência e integridade. Portanto, constituindo sentido da norma fundamental(*Grundnorm*), para serem investigados de forma mais coerente, com alusão ao plano linguístico, isto é, linguagem-objeto e metalinguagem.

2.30 FORMALISMO DA CIÊNCIA DO DIREITO

A *Ciência do Direito* prescrito descreve a forma como deve ser aplicada a norma jurídica, enunciada frente a determinadas ações humanas, tendo por consequência o resultado previsto pela norma jurídica para o ato ou fato descrito em sua hipótese. Não obstante, Kelsen afirmou que o Direito não deveria ser interpretado como uma ciência do *ser* (*Sein*), tal como as ciências da natureza, as quais são conduzidas pelas leis da física, mas, sim, como uma ciência do *dever* (*Sollen*). (CÁRCOVA, 1998, p. 142-143). Partindo dessa premissa, Kelsen desenvolveu a dinâmica jurídica na qual ele aborda a hierarquia das normas, sem que estas sejam ditas hierarquizadas, sendo, de fato, somente o sistema jurídico ou o Direito. (KELSEN, 1999, p. 50-54).

Kelsen tenta superar o psicologismo verificado na teoria transcendental de Kant, que tem por razão o conhecimento humano, forma, na verdade, um método, que tem por objetivo esclarecer a possibilidade de que juízos indiquem um conhecimento universal não exclusivamente analítico, como um resultado do próprio conceito em que o Direito está no campo da filosofia prática, buscando responder sobre as condutas do homem frente ao universo fenomênico. De certo modo, ao conceber a norma fundamental (*Grundnorm*) enquanto hipótese lógico-transcendental visto que a cognição transcendental não ocupa objetos, mas a forma como podemos compreendê-los, visto que

É uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis – isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade da expressão do pensamento, são garantidas. (KELSEN, 1999, p. 218).

A racionalidade de um positivismo filosófico incide sobre o pensamento jurídico contemporâneo, a partir de Kelsen, que concebeu a *proposição jurídica* como lugar de

conhecimento, que indica o fato de que se uma norma existe ou é válida, ou melhor, se a norma é efetivamente fundada pela autoridade do Direito como sentido (objetivo) de seu ato de vontade (subjetivo) integra e forma uma concepção de Direito Positivo assentado na Ciência do Direito. Portanto, dentro dessas premissas, ela é verdadeira ou falsa. No caso da norma, ela se organiza como um *deverser* (*Sollen*) determinado pela autoridade jurídica, o que significa que o preceito não é verdadeiro ou falso, mas válido ou inválido.

A *Ciência do Direito* é uma ciência neutra, instrumentalizada pelo formalismo objetivista jurídico, de modo que o Direito também é organizado em função de sua estrutura formal, e o ordenamento jurídico apresenta unidade, coerência e completude. (SUMMERS, 2011, p. 241-242). Dessa maneira, a *compreensão* da concepção imperativa da norma jurídica que funda o Direito e, sobre a compreensão técnica subjacente à concepção de racionalidade científica, é possível afirmar que,

A aceitação de teorias (leis e hipóteses) se faz por meio dos processos indutivos: procura-se, sempre, maximizar as probabilidades pragmáticas, sejam estas qualitativas, comparativas ou métricas. Quanto mais verificada, em variadas instâncias, tanto mais corroborada a teoria e maior a probabilidade subjetiva pragmática que lhe conferimos. Em síntese, o que fazemos informalmente é seguir o aumento da probabilidade (nosso grau de crença na verdade pragmática). (COSTA, 1999, p. 211-212).

A relação existente no positivismo normativista e sua objetificação formalista de perfil científico são frágeis, na medida em que insiste na distinção entre *Direito* e *Ciência do Direito*, que surgem em Kelsen (1991, p. 77-78). Ainda sobre essa distinção/aproximação do Direito e a Ciência do Direito, em que a produção do conhecimento não é o capital, uma vez que se constitui em estágio preparatório de sua função que é, não só a condição do legislador como ainda do juiz na produção jurídica, refere Kelsen, em que a *Ciência Jurídica* tem por tarefa conhecer o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Trata-se de um processo de “[...] produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e escrito pela ciência jurídica. É certo que também os órgãos aplicadores do Direito têm de conhecer – de dentro, por assim dizer, primeiramente o Direito a aplicar”. (COSTA, 1999, p. 81).

É possível identificar coerência entre a adoção do uso da linguagem pelo Direito e pela ciência, já que se colocam como representantes de uma mesma unidade, pois “ciência jurídica, apenas descreve o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), prescrever seja o que for”. (KELSEN, 1991, p. 80-81). No tema assentado na investigação de Kelsen, se percebe que as normas reguladoras tendem

a instituir um Direito estático, mas, em outra perspectiva, o processo jurídico, em sua concepção de norma, tem sua aplicação prática frente à conduta humana, que permeia o Direito dinâmico, hierarquizado, constituindo uma espécie de validade formal em lugar da conduta, de modo que a *Ciência Jurídica* constitua-se como uma ponderação de eficácia ou não da norma, mas somente um aspecto formal da aplicação do ato normativo a conduta fática, o que permite concluir sobre a natureza alienante da *Ciência Jurídica* no curso de uma investigação sobre a descrição de fenômeno social. (KELSEN, 2000, p. 179-180).

Na compreensão dogmática que perpassa o pensamento kelseniano, a teoria normativa é formulada de modo a instituir um sistema jurídico escalonado e condicionado por meio de dois subsistemas: do sistema escalonado, segundo o condicionamento jurídico, através do qual o jurídico constitui dois subsistemas. Ao pensar as normas jurídicas, percebe-se que o objetivo é a elaboração de normas jurídicas (regras de elaboração) por normas jurídicas (norma produtora), de modo que aquelas se condicionam a estas, em uma hierarquia normativa graduada. E, por segundo, o sistema rehierarquizado constitui a força derogatória que suporta uma classe de normas jurídicas, sem adentrar em sua substância: norma constitucional, norma legal, norma regulamentar, de modo que, em escalonamento, a norma superior sobrepõe-se à inferior, derogando-a. A ciência não precisa de idêntico postulado para se assentar, mas, em todo caso, não se pode recusar que ele a torna mais eficiente, pois

A ciência é um jogo no qual “apostamos”, sem dúvida aposta racional; se houver regularidades, leis no universo, nós as alcançamos pelo método científico ou, pelo menos, ele constitui nosso único recurso para descobrir a ordem em nosso contorno, na suposição de que ela exista. O princípio geral e apropriado de indução, de índole metafísica, ao a qual nos referimos adiante, sobre a estrutura do mundo, seria o caminho para contornarmos a ausência de certeza na ordem intrínseca do mundo. (COSTA, 1999, 211-212).

Ao analisar as contribuições de Kelsen, é possível ponderar sobre as lições de Kuhn (2001), ao indicar sua crítica à concepção da história da ciência como uma sequência de paradigmas de pensamento que descrevem a dimensão social da ciência, sustentando que a mudança de um paradigma singular para outro não reflete o avanço ordenado de uma racionalidade metodológica, mas importa no êxito de novas proposições de um paradigma assentado na adesão de comunidade científica do Direito. A crítica possível à ciência e à técnica moderna, em razão de seu dogmatismo, serve, em essência, para a compreensão de uma tentativa de nova racionalidade pragmática de um constitucionalismo contemporâneo (que

busca aproximações da *retórica* com a hermenêutica filosófica) e proporciona uma mutabilidade da Constituição que dialogue coma

[...] ideologia cientificista predominante, ao descartar as estratégias retóricas daqueles engajados nas batalhas para redefinir paradigmas como desvios infelizes da elaboração racional que compreende a ciência normal [...] O resultado é a manutenção da bifurcação tradicional do compromisso retórico e do conhecimento racional, ainda que a linha divisória esteja um pouco mais apertada em torno da cidadela da razão, obscurecendo, assim, o *status* positivo da atividade do conhecimento retórico. (MOOTZ III, 2011, p. 55-56).

O “racionalismo” não deixa de se constituir em tradição, que introduziu um tipo especial de ordem e de procedimentos na análise das tradições históricas e, desse modo, lhe desvela a falácia da neutralidade e torna possível avaliar e aperfeiçoar os padrões de racionalidade, na medida em que se adotaum *diálogo*(*Gespräch*) que reconheça a possibilidade de que o “fato” científico pode ser dissolvido por decisões que prejudicam os valores que fazem dele um fato de espécie diferente. A expressão do racionalismo no positivismo normativista tem uma identidade entre o Direito e as normas jurídicas de forma a assegurar a autonomia do Direito e a supremacia da força da Constituição reforçando o entendimento do Direito como sistema de garantias. (FERRAJOLI, 2001, p. 20-22).

O positivismo jurídico envereda por várias tendências, contudo, a prioridade é a de investigar a matriz que envolve o positivismo normativista que entende o objeto do conhecimento do Direito. O objeto é visto nas preposições jurídicas do Direito vigente, limitando a reflexão ao Direito posto e, de modo autônomo, afasta-se de sua valorização, que é metajurídica ou não científica. Observa-se sua ação que se diferencia do positivismo legalista, que é expressão limitada do positivismo normativista caracterizado pelo fato de inexistir Direito fora das regras promulgadas pelo Estado ou garantidas por ele. (BOBBIO, 2006, p. 233-235). Torna-se relevante atentar-se para o fato de que o Direito,

[...] é um discurso que se supõe científico, na medida em que elege um objeto empírico determinado (o direito positivo), um arsenal teórico comum (a teoria geral do direito) e um método específico (métodos de interpretação apresentados por cada escola para proporcionar uma compreensão objetiva do direito positivo). Na medida em que adota o discurso científico, o positivismo aparentemente se liberta do juracionalismo, pois enquanto este precisava *justificar racionalmente a validade das normas* que seus teóricos elaboravam, os positivistas percebem sua função como a de simplesmente *descrever o direito vigente*.(COSTA,1999, p. 172).

A ciência jurídica é constituída não por normas, mas por proposições jurídicas, vale dizer, juízos hipotéticos que se expressam sobpré-condições que devem produzir determinados

resultados. As proposições são expressões ou descrições das normas de *dever ser* – é impossível a derivação lógica entre *ser*(*Sein*) e *dever ser*(*Sollen*) –, por isso, são consideradas proposições de *dever ser*(*Sollen*). Para saber se um ato é criação ou aplicação de Direito, unicamente deve-se procurar saber em que grau o órgão está atuando, assim como se é obrigado pela norma jurídica. Quando o positivismo jurídico é abordado não se pode deixar de advertir a respeito do “senso comum teórico”, haja vista ser-lhe imputado algo mais do que um direito “puro”, “escrito”, entre outros conceitos utilizados pela doutrina.

2.4 Kelsen e o Dogmatismo da Teoria da Constituição

2.4.1 Kelsen e o formalismo da Constituição

A concepção positivista-normativista teve a originalidade e a cientificidade de Kelsen, formulada na primeira metade do século XX, pilarda reflexão que envolve a Teoria do Direito e a Teoria da Constituição até os dias atuais. Compreende-se necessário o estabelecimento de um *diálogo hermenêutico* com o entendimento contemporâneo de *Constituição positivista-normativista* como percepção hegemônica no Direito Constitucional. A Constituição é considerada como sendo o instrumento do Estado que entende a cultura constitucional como dinâmica, na qual a mesma organiza o poder político do Estado. A Constituição sistematiza instrumentos legitimadores para uma democracia substancial e uma abertura constitucional possível em razão da hermenêutica filosófica e sua compreensão do *Ser* (*Sein*), diferente do positivismo normativista.

Mas isso ela tem de – como ciência – ser. Isso não significa que o direito nada tem a ver com valor. A norma do direito constitui, como cada norma, que prescreve uma conduta como devida, um valor, o valor jurídico, específico. As sentenças, que uma conduta é jurídica, uma conduta antijurídica, são sentenças de valor. (KELSEN, 2010, p. 94).

A hierarquia normativa paradigmática assentada na Constituição indica que *anorma fundamental*(*Grundnorm*) constitui a unidade do sistema jurídico que compreende a modificação dos fatos a serem interpretados como criação e aplicação de normas jurídicas válidas. O Direito em Kelsen entende que a norma alude a uma Constituição que é fundada por um ato legislativo ou pelo costume que é eficaz. A *norma fundamental*(*Grundnorm*) justifica a explicitação de um metaprincípio herdeiro de uma metafísica (re)velada na norma fundamental

antecedente e superior às constituições, caracterizadora de um cientificismo positivista racionalista e discursivo.

Finalmente, tanto a reflexão de Kelsen quanto a de Kant indicam uma encruzilhada dogmática, na qual os discursos que abordam o conhecimento jurídico em relação a uma tradição formalista que dá vazão a uma percepção dogmática que não pode colocar em questão a autoridade dos “textos” e, de igual modo, torna dogmático o discurso dos magistrados, que não assentam dúvida sobre a própria *autoridade decisionista*.

2.4.2 Princípio dinâmico, estático e a Constituição

Da racionalidade cientificista kelseniana emerge o fato de que nenhuma ordem jurídica positiva pode abstrair a observância da norma fundamental (*Grundnorm*) que lhe alicerça, consistindo-se em não válida. É o princípio dinâmico que baseia a validade das normas jurídicas do sistema, sendo qualificado pelo fato de que a norma fundamental (*Grundnorm*) pressuposta não tem por substância nada além da instituição de um fato produtor de normas e a atribuição de poder a uma autoridade legisladora.

No horizonte de Kelsen, a norma fundamental (*Grundnorm*) configurar-se-ia em instrumento pré-constituição, de modo que o Estado, abstraído de moralidade que se torna um produtor de normas, legitimador de um agente da atividade legislativa. A norma fundamental (*Grundnorm*) atua assegurando efetividade aos preceitos constitucionais despidos de conteúdo ético, “mas para a teoria jurídica que interessa é a obediência a esse poder, não importa que conteúdo venha a ter a Constituição da ordem jurídica consequentemente, Constituição também entendida em seu amplo sentido material, além do texto formal de uma Constituição escrita”. (ADEODATO, 2013, p. 83).

[...]o sentido subjetivo de um ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objetivo, quer dizer: como normas jurídicas objetivamente válidas. [...] A teoria da norma fundamental é somente resultado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado. Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas. (KELSEN, 2006, p. 224-235).

O princípio estático reúne as normas: vigentes, reguladoras da conduta humana, e estuda o sujeito, a relação, a capacidade, a sanção, a responsabilidade, os direitos subjetivos e as competências. No plano da estática jurídica, a norma constitui-se em objeto central. A

sua estrutura para a ordem jurídica envolve seu conteúdo normativo compreendido como conjunto de normas válidas. Observa-se que, para o princípio estático, são essenciais os conceitos de direito, dever, competências, enquanto que outros sistemas, como a moral, pertencem ao âmbito da dinâmica jurídica. A concepção estática do conhecimento jurídico traz a validade para um campo específico, em que o indivíduo é submetido ao Direito enquanto normas jurídicas, válidas, vinculantes e integrantes de um grupo fechado de normas que ordenam ou proíbem. (DIAS, 2010, p. 274-275).

No que concerne aos dois princípios, o estático e o dinâmico, podem ser apreciados em uma mesma norma, enquanto a *norma fundamental (Grundnorm)* pressuposta se limita pelo princípio dinâmico a atribuir poder a uma autoridade legisladora, constituindo normas pelas quais se prescreve uma determinada conduta dos sujeitos subordinados às normas e à dedução de novas normas, através de uma operação lógica. Trata-se de um recurso retórico de exigir uma visão mais humana e menos formalista do que é o jurídico mantendo o cuidado em dar fundamento lógico-científico ao seu método de compreensão do Direito. (SUMMERS, 2011, p. 255-57).

Em Kelsen, a identificação é exclusiva com a visão estatal da Constituição Material, em detrimento de outras perspectivas sobre o sentido da Constituição e do constitucionalismo que consagra textos constitucionais positivados, deve ser modificada formalmente nos limites da própria Constituição, assim como orisco de ruptura com a norma fundamental e sua hierarquia normativa indicadora de seu princípio estático que indica o horizonte do formalismo objetivista positivista onde as fronteiras entre a *Ciência Jurídica* e a *Moral* ficam claramente indicadas. Essa visão fica mais evidente nos debates de Kelsen sobre o curso das pretendidas modificações da Constituição da Áustria, em razão do contexto político do início do século XX: *Apressão pela reforma da constituição* (1929) e *As linhas fundamentais da reforma constitucional* (1929). (KELSEN, 2007, p. 213-236).

O método de Kelsen pressupõe uma visão formalista que advém de uma perspectiva de aplicação linear, plana, diversamente de Gadamer, em seu *círculo hermenêutico*. (ROHDEN, 2002, p. 163-164). Não obstante a formulação da *ciência jurídica pura silogística* de Kelsen, não há uma única forma de interpretação, pois o *Capítulo VIII da TPD* revela que a interpretação jurídico-científica tem de evitar com precaução a ficção de que uma norma jurídica somente admite, em todos os casos, uma só interpretação “correta”. Portanto, é uma ficção de que se vale a jurisprudência tradicional na plurissignificação da maioria das normas jurídicas, uma vez que

esse ideal apenas é realizável aproximadamente. (KELSEN, 1991, p. 369). Vale destacar o que sustenta Streck (2014, p. 21) sobre essa “qualidade” atribuída a Kelsen:

Kelsen nunca afirmou que os órgãos aplicadores do direito tinham o dever – moral – de decidir segundo as regras vigentes. O comando que determina a redução da atividade do jurista à descrição das normas jurídicas, adequadas a uma norma hipotética fundamental pressuposta, é de natureza epistemológica e aplica-se, como tal, apenas à ciência do direito.

O positivismo jurídico, de modo geral, bem como o positivismo normativista, se tornou uma espécie de guardião da ideologia e da racionalidade formalista, na medida em que, por meio de um ideal de perfeição racional e científica, travaram o embate para consagrar um modelo de Direito que não se constituiu em metafísico, derivado de uma percepção metafísica quando se apresentava o Direito Natural. Compreende-se a insuficiência da teoria de Kelsen, em razão de sua inclinação excessiva à perspectiva normativa, sendo a norma o prisma explicativo da realidade essencialmente jurídica, ignorando as modificações que acontecem no sistema normativo. (GUERRA FILHO, 2009, p. 162).

O positivismo normativista de Kelsen contribuiu para a descoberta de parâmetros que disciplinam a aplicação constitucional frente à hierarquia das normas, pois, seja qual for a corrente, se impõe a existência de uma norma fundamental (*Grundnorm*), pois esta estabelece as diretrizes centrais; caracteriza-se como o núcleo composto de normas gerais dentro do ordenamento jurídico que procura dar estabilidade à sociedade por meio da ordem jurídica. Há reabertura no processo de análise da interpretação no Direito para possibilidades interpretativas que indicam o fato da impossibilidade da única resposta correta para a interpretação de uma norma infraconstitucional ou da Constituição, assim como a língua, que está em transformação e revela sua experiência do mundo. Quando a aplicação da norma à jurisprudência buscou superar contradições da TPD, de fato, sublinhou-as em razão do artificialismo do valor que empregou em seus juízos valorativos.

Por fim, dentro desse horizonte constitucional dogmático, vê-se que, na fusão de horizontes, quanto mais abertos à participação social mostrarem-se o processo de interpretação e a aplicação da Constituição, mais consistentes e eficazes serão as decisões da jurisdição constitucional, enquanto respostas hermenêuticas, conhecendo o protagonismo aos intérpretes da Constituição. (HÄBERLE, 1997, p. 38-40). Na tradição positivista é possível a construção de objetos que indiquem Constituição, constitucionalismo, jurisdição constitucional e dogmática-jurídica que impliquem a entificação de conceitos que envolvam a falácia de sujeitos-objetos distintos na seara de uma técnica que se confunde com Ciência Jurídica, cujo objeto representa

uma limitação ontológica de condições justificadoras de um formalismo jurídico objetificante.(WEINRIB, 2011, p. 268-270).Além disso,em Kelsen, há o afastamento do voluntarismo e subjetivismo que se apresentou tanto no jusnaturalismo quando no decisionismo do início do século XX.

2.5 A SOBERANIA DE SCHMITT E SEU DECISIONISMO SUBJETIVISTA

2.5.1 Schmitt esuas obras fundamentais

Ao tratar de temáticas como soberania, Estado de Exceção, decisionismo e legitimidade, pode-se compreender a relação que Schmitt sustenta, em suas obras, pois a relevância da *Constituição de Weimar* e a perda do poder do Estado,em que a existência de um soberano, mesmo não legitimado, *age* como mediador, comprometeu significativamente o ambiente democrático necessário à realização do Estado de Direito. A partir da obra *O Guardiã da Constituição*, datada de 1931, aborda-se a crítica ao conceito de neutralidade trabalhado pelo autor – a delimitação entre a política e a justiça, da influência dos juízos de valor nas decisões políticas – contextualizado no período do Reich alemão, em que o cientificismo assume espaço destacado, aliando a um decisionismo voluntarista exercido pelas autoridades do Estado.

Elucida-se o problema da neutralidade da política interna no Estado partidário pluralista, bem como a insuficiência da maioria das neutralizações junto à plurivocidade dos conceitos de neutralidade e despolitização, além de um grave panorama que advém dos diversos significados e funções do conceito de neutralidade política interna do Estado no ambiente do Reich. Apesar da distância temporal e das dificuldades oriundas das realidades constitucionais e políticas, ressalta-se a relevância de tal tema, visto que este é essencial para a discussão e formação dos modelos político-jurídicos que exigem, pois,

A Constituição em sentido positivo contém somente a determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia e decide a unidade política. Esta forma se pode trocar. [...] Porque sempre há um ato constituinte um sujeito capaz de trabalhar, que realiza a vontade de dar uma constituição. Tal constituição é uma decisão consciente em que a unidade política, através do poder constituinte, adota por si mesma e se dá a si mesma. (SCHMITT, 1992, p. 46).

Dentro desse ambiente é que surge a problemática de estudo com a defesa da ditadura, do Estado autoritário e do repúdio à democracia liberal, bem como a rejeição aos aparelhos ideológicos do Estado como mediadores da sociedade. É indispensável verificar a Constituição

como uma unidade a conservar, em vez de um sentido absoluto de Constituição e, paralelamente, não desconhecer a relatividade das distintas Leis Constitucionais. A distinção entre Constituição e lei constitucional é possível porque a *essência da Constituição* não está contida em uma lei ou em uma norma. (LASSALE, 2000, p. 36-40). Com essa racionalidade, as obras *Teologia Política* e o *Guardião da Constituição* servem para reflexões sobre o destino das sociedades atuais. As sociedades obrigam várias formas de gestões políticas que estão no caminho do antagonismo com a democracia substancial e utilizam a jurisdição constitucional como instrumento de concretização de seu programa ideológico.

2.5.2 Poder soberano, Estado de exceção e justificação do poder

Schmitt desenvolve, no segundo capítulo de *Teologia Política*, sua posição *decisionista* com relação ao conceito de soberania, conceito que, costuma modificar-se de acordo com os acontecimentos políticos. A partir daí, faz uma crítica sobre o conceito de soberania de pensadores políticos normativistas, como Kelsen (1993), e cooperativistas, tais como Heller (1968), para sustentar sua posição. De todos, Kelsen é o mais criticado por Schmitt, uma vez que compreende o Direito como uma realidade puramente normativa, sem considerar as condições reais de determinada decisão. (SCHMITT, 2001, p. 190-191). Nesse sentido, a máxima competência não é conferida a uma pessoa ou a um complexo de poder sociopsicológico, apenas à própria ordem soberana da unidade do sistema normativo, a partir da qual emerge a crítica ao objetivismo formalista, que institui como alternativa da solução dos conflitos pela via judicial, pois

A exceção é aquilo que não se pode reportar; ela subtrai-se à hipótese geral, mas ao mesmo tempo torna evidente com absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico: a decisão. Na sua forma absoluta, o caso de exceção se verifica somente quando se deve criar a situação na qual possam ter eficácia normas jurídicas. Toda norma geral requer uma estruturação normal das relações de vida, sobre as quais ela deve encontrar de fato aplicação e que ela submete à própria regulamentação normativa. (AGAMBEN, 2010, p. 22-23).

Para Carl Schmitt (2006, p. 7), “Soberano é quem decide sobre o Estado de exceção”. Interpreta o que é “estado de exceção” e os problemas que envolvem esse conceito. O “estado de exceção” não é qualquer ordem de necessidade ou “estado de sítio”, mas um conceito geral da Teoria do Estado, adequado apenas a uma situação específica, na qual se impõe uma intervenção. Após o soberano, único que tem o poder de intervir nesse caso, diante de uma decisão, criar uma situação de normalidade, deve se afastar, devolvendo a liberdade à nação.

Agamben (2010, p. 22) busca aclarar o sentido da concepção schmittiana acerca da soberania como aparente contradição:

O paradoxo da soberania se enuncia: “o soberano está ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico”. Se o soberano é, de fato, aquele no qual o ordenamento jurídico reconhece o poder de proclamar os estado de exceção e de suspender, deste modo, a validade do ordenamento, então “*ele permanece fora do ordenamento jurídico e, todavia, pertence a este, porque cabe a ele decidir se a constituição in toto possa ser suspensa*”.

O conceito de “Estado de exceção” é a *suspensão* de toda a ordem jurídica vigente, identificando concretamente a própria existência em nome do Estado, com o fim de preservá-lo quando este é ameaçado. Em outras palavras, trata-se da *suspensão* do Estado de Direito através do Direito Positivo. A ideia desse conceito é de que é indispensável suspender a Constituição em tempos de crise, ou seja, pode-se ponderar o “Estado de exceção” naqueles casos em que a legislação prevê que o indivíduo não pode recorrer à própria legislação para abrigar-se. (SCHMITT, 2001, p. 220-222). Em Schmitt, a classificação de soberania como um conceito-limite, em si mesmo, surge na medida em que não está adequado em uma situação natural, habitual, mas, sim, em uma situação-limitada de possibilidade de estabilização em

[...] estado de exceção, [em que] o Estado suspende o direito por fazer jus à autoconservação como se diz. Os dois elementos do conceito de ordem jurídica defrontam-se e comprovam se a autonomia conceitual. Assim como no caso normal, o momento autônomo da decisão pode ser repellido a um mínimo; no caso excepcional também permanece acessível ao conhecimento jurídico, pois ambos os elementos, a norma e a decisão, permanecem no âmbito jurídico. (SCHMITT, 2006, p.13).

Na ótica de Carl Schmitt, uma *situação* de exceção não pode descobrir respostas na jurisprudência, já que está voltada para questões coloquiais, portanto, precisar-se-ia de um poder ilimitado. Nesse caso, o “Estado de exceção” seria o modo de se fazer valer essa competência ilimitada, fazendo com que a *decisão* não exibisse condicionamento normativo. Contudo, o “Estado de exceção” não seria uma anarquia ou o caos, mas buscaria a ordem social para a conservação do próprio Estado. Para o autor citado, poder soberano é aquele que tem a condição de decidir a situação não amparada na ordem jurídica e encontra condições de equacionamento do problema da estabilização diante da exceção.

A exceção é aquilo que não se pode reportar; ela subtrai-se à hipótese geral, mas ao mesmo tempo torna evidente com absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico: a decisão. Na sua forma absoluta, o caso de exceção se verifica somente quando se deve criar a situação na qual possam ter eficácia normas jurídicas. Toda norma geral requer uma estruturação normal das relações de vida,

sobre as quais ela deve encontrar de fato aplicação e que ela submete à própria regulamentação normativa. (AGAMBEN, 2010, p. 22-23).

Schmitt lida com a situação de exceção a partir da sua oposição do que é natural, ou seja, do que está normatizado nos distintos sistemas legais. Ele lança-a a um plano fora do alcance das experiências humanas, ao caso-limite. Trata-se de pensar o lugar no qual a extinção do Direito se confunde com sua própria criação. A excepcionalidade é pressuposto de existência da *decisão*, e a qualidade de soberano é condição de validade desta. Para entender esse conceito do jurista alemão, é preciso investigar a relação que ele delineia entre ordenamento, normalidade, soberania e decisão. A norma exige um meio homogêneo, demanda uma configuração normal das condições de vida para que obtenha aplicação segundo os pressupostos legais, por isso não existe norma que seja aplicável ao caos, e a ordem deve ser restaurada para que a ordem jurídica traga sentido. Isso é do dever soberano que elucida que o “estado de exceção” mostra, ao máximo, a essência da autoridade estatal por meio do decisionismo, uma vez que

É preciso criar uma situação normal e soberano é aquele que decide de modo definitivo se este estado de normalidade reina de fato. Todo direito “é direito aplicável a uma situação”. O soberano cria e garante a situação como um todo na sua integridade. Ele tem o monopólio da decisão última. (AGAMBEN, 2010, p. 22-23).

Uma das propriedades centrais da situação de exceção, em Schmitt é a extinção/suspensão temporária da Constituição, que deve retornar após instaurada a normalidade. Para tanto, é perigosa a probabilidade de se instaurar um poder ilimitado diante de uma situação específica de exceção, cujo poder tende a permanecer no governo e aniquilar a liberdade de ação, impondo apenas os seus conceitos de certo e errado como verdadeiros, como uma ditadura. (BOBBIO, 1985, p. 63). Para Schmitt, a “exceção” versa sobre a questão da validade do Direito, porque não existe norma que se possa aplicar ao caos, pois é preciso que a ordem seja colocada para que a ordem jurídica tenha um sentido. O que restabelecerá a ordem da situação é a última decisão soberana, portanto, a decisão sobre um “estado de exceção” é, para Schmitt, a origem, o fundamento de todo os Direitos, ou seja, o Direito só se realiza por emanar de um ato decisório soberano.

Agamben (2004) aponta para os últimos séculos em que a “exceção” abordada por Schmitt se tornou uma prática normal de governo, entretanto, indica que quando surge a obrigação de uma decisão soberana, torna-se essencial agir contra tais promessas, modificando as leis ou suprimindo-as. Schmitt interpreta a soberania no sentido de que assume condição

especial na “exceção” e propicia a esse soberano uma decisão absoluta, que liberta de toda obrigação normativa o corpo político que lhe é sujeito. (BERCOVICI, 2004, p. 66-68). Essa decisão, em “estado puro”, suspende as normas vigentes e é justificada a fim de que garanta o direito de autopreservação do Estado. Ao apropriar-se do *decisionismo* junto ao caráter de “exceção” do *Estado de exceção*, o Poder Judiciário tende, ao longo dos tempos, a desenvolver um ativismo judicial que desconstrói tanto da democracia formal quanto da substancial.

Para Schmitt, é Hobbes o interlocutor que dá a justificação racional do poder ilimitado do Estado soberano, característica essencial do decisionismo, através da sua oposição entre “verdade” e “autoridade”. Para Hobbes, a ordem jurídica é determinada não a partir da “verdade” de uma ordem esculpida na natureza, de uma “verdade” implícita a essa mesma ordem, anterior à decisão soberana e sua orientadora na instauração do estado civil, mas a partir da autoridade “pura” daquele que a decide. (SCHMITT, 2006, p. 31-32). Na perspectiva deste, é a própria decisão soberana que estabelece o critério que determina seu conteúdo. Bobbio finaliza observando que: “Soberano é o Juiz da conduta do seu súdito, mas a conduta do soberano é julgada por ele próprio” (BOBBIO, 1985, p. 108). Aparece um poder soberano como um poder essencialmente ilimitado, que pode decidir uma exceção à ordem jurídica, a razão de ser desse direito supremo do Estado só encontra razão a partir da argumentação hobbesiana. Com essa afirmação, Bobbio fundamenta explicando que:

Em outras palavras, o vínculo que os súditos têm com relação às leis positivas não é da mesma natureza do que pretende o soberano às leis naturais. Se o súdito não observar as leis positivas, poderá ser obrigado a isso pela força do poder soberano; mas se o soberano não observar as leis naturais, ninguém poderá constrangê-lo à sua obediência; ninguém poderá puni-lo (pelo menos neste mundo). (BOBBIO, 1985, p.107-8)

Schmitt não aborda esse pensamento hobbesiano explicitamente em sua obra devido o paradoxo que envolve esse assunto. O Estado soberano, no seu poder ilimitado, existe em função dos indivíduos, e não o contrário, no entanto, se ele surge como condição possibilitante de uma vida pacífica em comum por parte destes indivíduos, ou seja, como pilar da sociedade, tal quer dizer que o Estado, apesar do seu poder ilimitado, aparece, na argumentação de Hobbes, como subordinado a essa mesma sociedade. A decisão de Schmitt é uma releitura a partir das ideias de Hobbes, concebida como eliminação da desordem presente no *Estado de Natureza* com a fundação da ordem estatal a partir do soberano. Schmitt estrutura sua teoria também nas considerações de Bodin sobre a distinção entre soberania e ditadura para fazer do conceito de

soberania o centro de suas considerações sobre a relação entre política e direito e, explicar o estado de exceção como amplo problema da filosofia política contemporânea.

O poder soberano não pode ser dividido, não pode ser retirado e não pode ter limite, pois cabe ao soberano decidir o que é melhor para o Estado que representa, e, para isso, não pode estar sujeito às próprias leis para poder revogá-las quando achar conveniente, do mesmo modo que defende Bodin (2006, p. 09-10). Afinal, compesar observa-se, na modernidade brasileira, que vários integrantes do Poder Judiciário têm se apropriado do pensamento tanto de Hobbes quanto de Schmitt para “agir como soberanos” em um permanente *Estado de exceção*. (MORO, 2004, p.254).

Em consequência, enquanto as leis positivas constituem para os súditos comando que precisam ser obedecidos absolutamente, as leis naturais são, para o soberano, apenas regras de prudência, sugerindo-lhe um determinado tipo de conduta, para alcançar um certo fim; não lhe impõem necessariamente um comportamento determinado. (BOBBIO, 1998, p. 107-108).

A decisão, em Schmitt, é uma releitura a partir das ideias de Hobbes, intitulada como eliminação da desordem presente no “estado de natureza” com a fundação da ordem estatal a partir do soberano. Schmitt baseou-se nas considerações de Bodin sobre a distinção entre soberania e ditadura para fazer do conceito de soberania o centro de sua compreensão sobre a relação entre Política e Direito e explicar o *Estado de exceção* como sério problema da filosofia política contemporânea. (BERCOVICI, 2004, p.171-172; 180). Para Schmitt, não é suficiente que o soberano exerça o poder por toda sua vida, ele é legítimo proprietário do poder, pois detém, de maneira originária, sem qualquer condição. A ditadura soberana é o verdadeiro problema, pois é ela que se institui nos momentos de colapso, quando as normas já não ditam o que fazer, pois, por absoluto, entende-se que não há ninguém superior ao soberano, com exceção de Deus, a quem o soberano deve reverência e reconhecimento.

Recorde-se que, para o autor, o *Estado Legiferante* define-se como determinado tipo de Estado que tem por característica ver a supremacia e decisiva expressão da vontade comum residir em normatizações, pois é um Estado regido por normatizações com conteúdo mensurável e determinável. Nesse Estado, lei e aplicação da lei, legislador e aplicação da lei, existem separados entre si. São as leis que regem, e não os indivíduos, as autoridades ou instâncias superiores. (SCHMITT, 2007, p. 20-21). Exerce o poder e o domínio, age com base em uma lei ou em nome da lei; elas fazem valer, com legitimidade, uma norma vigente. Tal processo normativo, em *Legalidade e Legitimidade*, evidencia a análise de Schmitt sobre a presença dos “três legisladores extraordinários” em Weimar. (SCHMITT, 2007, p. 91-93).

O que parece ter fugido ao conceito de Schmitt é que esse soberano, liberto de qualquer valor, que comanda o comportamento dos legisladores, só poderia se consolidar como um terrível tirano. Assim, chama-se a atenção para uma devida prudência ao analisar o pensamento desse jurista, pois a interpretação oferece risco a um pensar que recorra a recursos extremos da vida política e à jurisdição constitucional.

2.5.3 Normativismo objetivista, decisionismo subjetivista e jurisdição constitucional

Kelsen, com seu normativismo, tende a negar a possibilidade de um soberano e eleva ao ordenamento a competência de regular o “estado de exceção”, ou seja, descrever o caso no qual o Direito suspende a si mesmo. Schmitt critica essa concepção normativista, questionando-se como pode ser logicamente possível que uma norma tenha validade com exceção de um caso concreto que ela não pode compreender completamente segundo pressupostos normativos. (SCHMITT, 2006, p. 20-22). É justamente nessa concepção de sistema normativo fechado que Schmitt contesta a teoria de Kelsen, porque, se em uma decisão real houvesse alguma situação excepcional que esse sistema normativo não pudesse resolver, então, estaria isolado da realidade.

Na crítica que Schmitt faz ao Tribunal Constitucional e suas funções, inclusive de seu poder de cassação, que, para o jurista alemão, caracterizaria um Estado Judicialista, Kelsen alegava que o controle de constitucionalidade difuso diferenciaria-se apenas no plano quantitativo, pois anularia a lei inconstitucional no caso concreto, enquanto o controle concentrado dos Tribunais Constitucionais anularia para todos os casos. (SCHMITT, 2007, p. 81-83). A unidade política seria racionalizada pela sua própria existência, e não na conveniência da justiça das normas. Schmitt (2006, p. 19-20) critica a TPD de Kelsen, que equiparava a Constituição à Lei Constitucional. Considerava sua teoria liberal, pois, sendo todos os atos do Estado normas, não havendo atos do governo, todos seriam passíveis de revisão por parte do Judiciário.

Para Schmitt, o Estado seria anterior à Constituição, enquanto que, para Kelsen, seriam simultâneos. Ou seja, a Constituição não seria substância da unidade, mas mera forma, definida posteriormente a ela. A caracterização da soberania, em Schmitt, aponta para uma formação específica do Estado baseado na decisão da unidade política, do soberano. De acordo com Schmitt (2006, p. 20),

Essa unidade jurídica é da mesma natureza que a unidade do sistema como um todo, compreendido universalmente? Como pode ser que muitos dispositivos positivos possam ser remetidos a uma unidade com o mesmo ponto de imputabilidade, quando o que se tem em vista não é a unidade de um sistema de Direito Natural ou de uma doutrina jurídica geral teórica, mas a unidade de uma ordem positivamente válida?

Para Schmitt, a proposta dos *normativistas*, sem elevar a soberania ao Direito, é negar a obrigação de uma decisão diante do caso concreto que necessita impor a norma. O Direito não consegue efetivar-se por si só, quando o caso concreto implica a sua aplicação, logo, se faz necessária uma pessoa ou uma instância competente para aplicá-lo. Sem a decisão que efetiva a lei, esta é um nada, uma pura e simples abstração. A sua crítica aos normativistas é a desvinculação da decisão que efetiva a norma e partilha da mesma concepção quanto à distinção radical do Direito, por um lado, e, por outro, o exercício arbitrário de um poder desvinculado. O Direito não pode ser meramente a vontade de um poder para instituí-lo, porque, nesse caso, a aplicação do Direito seria igual ao exercício de violência, perderia seu princípio de justiça e racionalidade para dar lugar a uma vontade arbitrária e tirânica. (SCHMITT, 2006, p. 22-23; 25). Trata-se da

[...] essência da soberania estatal, que, portanto, não deve ser propriamente definida como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão, onde o termo decisão é usado em um sentido geral que deve ser ainda desenvolvido. O caso de exceção torna evidente do modo mais claro a essência da autoridade estatal. Aqui a decisão se distingue e (para formular um paradoxo) a autoridade demonstra que não necessita do direito para criar o direito. (AGAMBEN, 2010, p. 22-23).

À reivindicação da racionalidade do Direito dos normativistas, Schmitt também adere, no entanto, através das exigências de que essa racionalização signifique a determinação do poder que o institui como um poder essencialmente limitado, ou seja, a norma ou lei não pode deixar de surgir como limite para o próprio Estado enquanto poder soberano que a constitui. O *decisionismo* schmittiano evidencia que a decisão do soberano é a condição de maior relevância, não somente em casos habituais, mas também diante do imprevisível. O soberano tem autoridade política para suspender direitos a fim de realizá-los, como forma de

[...] uma regularidade uniforme que surge do exercício repetido e do raciocínio técnico que, em razão de sua uniformidade e previsibilidade, passa para a terceira forma racionalista, ou seja, uma plenitude surgida de necessidade de trânsito ou, também, dos interesses de uma burocracia formada juridicamente e voltada, tecnicamente, para a previsibilidade. Esta é dominada pelo ideal do funcionamento sem atritos. (SCHMITT, 2006, p. 27).

Ao observarem-se as argumentações de Schmitt com *o decisionismo jurídico*, percebe-se a crítica a toda forma de legalismo e normativismo jurídico em favor de um conceito político de lei, a recusa do constitucionalismo e do conceito liberal do Estado de Direito (SCHMITT, 2007, p. 158-159). Para Schmitt, o Direito é válido não porque tem conteúdo racional, mas porque foi sancionado pelo soberano para estabelecer tranquilidade, segurança e ordem. Trata-se de um *decisionismo moral e teológico*, que seria a negação da possibilidade de fundamentação racional de normas e valores morais às normas. A principal questão versa sobre quem terá a presunção de se considerar com poderes ilimitados, frente a uma situação não normatizada, a ponto de ter o monopólio da decisão? E o que pode ser definido como caso de extrema necessidade? A discussão, aqui, é sobre o conteúdo e a competência, logo, Schmitt (2006, p. 8) responde:

Não pode ser indicado com clareza tipificável, quando se apresenta um estado de necessidade, nem pode ser enumerado, substancialmente, o que pode ocorrer quando se trata, realmente, de um estado extremo de necessidade e de sua reparação. Os pressupostos são, aqui, como conteúdo da competência, necessariamente, ilimitados. Portanto, no sentido jurídico-estatal, não se apresenta nenhuma competência. No máximo, a Constituição pode indicar quem deve agir em tal caso.

Verifica-se que o jurista alemão, com sua tese schmittiana, defende a ditadura, afastando-se da viademocrática, e, com sua teoria, pretende justificar tal regime político-jurídico, de modo que não avalia corretamente o risco que a “excepcionalidade” e seu *decisionismo subjetivista* representam à defesa da liberdade como referência da vida comunitária. Argumenta-se que o guardião da Constituição deveria ser independente e politicamente neutro. Ao rechaçar a possível atribuição da guarda da Constituição ao Judiciário, aduz-se que se a justiça fosse compelida a rever todas as tarefas e decisões políticas para as quais fossem desejadas a independência e neutralidade político-partidária, ela receberia um encargo insuportável. E mais: essa situação teria como obstáculo o princípio democrático. (SCHMITT, 2007, p. 31-32).

A percepção de Schmitt do processo decisional se dá por outros meios. Define *decisionismo* como elemento *puro de decisão – filosofia da consciência* –, que não é derivado do conteúdo da norma. (STRECK, 2010a, p. 58-59). E esse caráter decisionista seria mais evidente em casos nos quais seria incumbência de uma instância – como a constitucional –, cuja principal tarefa é a de resolver dúvidas, incertezas e divergências de opinião. A decisão se transforma por inteiro em uma manifestação decisionista, e sua valoração não se funda em uma argumentação, mas em uma autoritária eliminação de dúvidas. (SCHMITT, 2006, p. 27).

Carl Schmitt expõe sua teoria de modo que a violência é justificada segundo a teologia política – o que abre espaço para um poder soberano autoritário. E, com esse ambiente teórico, verifica-se que o juiz deveria sempre decidir com base na lei, e, no Estado de Direito, exigiria justiça somente como sentença judicial com base em uma lei. Ocorre que em toda decisão judicial existiria um elemento de pura decisão que não poderia ser derivado do conteúdo da norma, isto é, certa margem de *discricionariedade* reservada ao juiz ao decidir um caso concreto, mesmo quando se tratasse apenas de subsunção do fato ao tipo legal. (STRECK, 2014, p. 47-49). O autor referia-se a essa situação como *decisionismo*.

[...][em] uma jurisprudência [...] o normal é aquilo que é reconhecível, sendo todo o resto um incômodo. Diante do caso extremo, ela fica perplexa, pois nem toda competência extraordinária, nem toda medida de política no caso de necessidade ou decreto lei considera-se Estado de Exceção. (SCHMITT, 2006, p.12-13).

Ao verificarem-se as justificações de Carl Schmitt para sustentar seu *decisionismo jurídico* traz como atributo seu pensamento crítico em relação a toda forma de legalismo e normativismo jurídico em favor de um conceito político de Lei evidenciado em sua rejeição tanto ao constitucionalismo quanto ao conceito liberal do Estado de Direito. Para Schmitt, o Direito é válido não porque expresse em seu conteúdo racionalidade, mas porque foi sancionado pelo soberano para providenciar (caráter religioso) tranquilidade, segurança e ordem. Portanto, torna-se mais fácil compreender seu equívoco na formulação de seu *decisionismo moral e teológico*, que seria a negação da possibilidade de fundamentação racional das normas e valores morais as normas de modo a coloca-lo em conflito com os normativista além dos comunitaristas. O conteúdo dessa lei, por sua vez, é derivado de uma decisão já contida pela lei, pela norma. Essa decisão anterior não caberia ao juiz, e sim ao legislador. Schmitt mostra que o problema do garantidor da Constituição se revela. A lei mais fraca não pode, obviamente, guardar ou garantir a mais forte. Mas inversamente, por exemplo, deve a lei dificilmente emendável guardar a lei ordinária? Com isso, tudo seria transformado em seu oposto, pois se trata da proteção e da guarda da norma constitucional, mas não da lei ordinária, e o problema é exatamente proteger a lei dificilmente emendável contra alterações por uma lei ordinária. O problema não surgiria caso a norma pudesse se autoprotger normativamente. (SCHMITT, 2006, p. 60).

Schmitt considerava que a justiça deveria ter vinculação material à lei, e, para isso, lei e sentença judicial deveriam ser diferenciadas. Ele se posicionava com a seguinte frase: uma lei não é uma sentença judicial, e uma sentença judicial não é uma lei, mas, sim, decisão de um

caso com base em uma lei. (SCHMITT, 2007, p. 56). Na opinião de Schmitt, qualquer decisão de um juiz tem que ser fundada na lei, o que é primordial para a existência do Estado de Direito. Schmitt afirma que a posição especial do juiz é de objetividade, independência, inviabilidade, e seu posicionamento é acima das partes, portanto, deve ele decidir com base em uma lei, mas, nesse caso, considerá-lo objetivista guarda muita distância da realidade, visto que é elevado seu subjetivismo.

Schmitt (2007, p. 31-32) reconhecia no Poder do Judiciário alemão do início do século XX, através dos tribunais, “um papel importante no exame da constitucionalidade das leis ordinárias através do exercício de um controle difuso que decide sobre a aplicabilidade ou não destas normas no caso concreto”. A eles caberia, então, um mero exame judicial material, não controlando a validade ou não da lei, mas apenas a sua aplicabilidade. Os tribunais com jurisdição civil, penal e administrativa não são guardiões da Constituição, entretanto, são normalmente confundidos com tais por examinarem as leis ordinárias. Por consequência, o Tribunal do Reich foi ocasionalmente denominado de Guardiã da Constituição. O Judiciário é decisão e não justiça. (SCHMITT, 2007, p. 19-20).

A primeira condição de uma jurisdição constitucional seria um conceito de divergência constitucional que a distinguisse das demais lides. O exame judicial material resultaria de infrações à Constituição ou de casos de dúvida, e, nesse caso, não se trataria de justiça, mas de uma relação indefinida entre legislação e parecer jurídico. Esse seria o motivo pelo qual não se pode exigir dos magistrados funções que ultrapassem a subsunção do fato à norma, pois eles estariam vinculados ao conteúdo a conferir decisões em caso de dúvida. O segundo tema para caracterizar a jurisdição schmittiana seria o próprio conceito de Constituição. Se fosse compreendida como contrato, divergências constitucionais seriam aquelas entre as partes do contrato ou acordo sobre o conteúdo de suas estipulações. O terceiro tema desenvolvido no *Guardião da Constituição* destina-se a qualificar a jurisdição constitucional enquanto elemento pluralista. A Constituição seria o produto do acordo entre as diversas organizações sociais de poder. (SCHMITT, 2007, p. 193-228).

Schmitt conclui explicando objetivamente que, quando o tribunal decide sobre a inconstitucionalidade, dá o conteúdo da lei e decide normativamente a questão, manifestando-se como constituinte em função altamente política. O autor nega a capacidade do Judiciário em constituir-se em real ente capaz de guardar a Constituição, pois ele estaria distante da unidade política, o que o levaria a uma irresponsabilidade, no sentido de não poder ser responsabilizado pela sua ação, pois ele não decide, mas apenas aplica a lei.

Por fim, Carl Schmitt se contrapõe a Kelsen em relação à noção normativista monista e ao seu objetivismo científico na compreensão do processo que envolve a compreensão do Direito, da Constituição e do Sujeito constitucional. Isso o torna, então, distante da unidade política, incapacitando-o como guardião da Constituição em razão de sua imparcialidade com a “política” uma vez que a compreensão é justificável no *Estado de exceção* e sua atitude decisionista, aplicável tanto na política quanto na jurisdição constitucional, se impõe em razão de um *interesse público* superior assentado em seu processo deliberativo de teor subjetivista no plano científico. A técnica se expressa na jurisdição constitucional pelos tribunais de modo objetivo no plano da ciência.

2.6 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: ENTRE A OBJETIVIDADE E A SUBJETIVIDADE

2.6.1 Constitucionalismo contemporâneo e sua matriz mista

As décadas iniciais do século XX foram repletas de conturbações sociais que geraram significativos referenciais teóricos para o Direito, a Filosofia e a Política. Desde os ambientes liberais, o paradigma individualista é hegemônico no pensamento constitucional e precisa ser tensionado reflexivamente em alguns de seus pressupostos. O normativismo de tal processo restringiu-se a reforçar a Constituição estatal e o constitucionalismo positivista. E, de certo modo, sendo suficiente sua ação sobre o Estado como reação ao subjetivismo inadequado de Schmitt. A Constituição tornou-se objeto de análise por parte de observadores neutros (discursivamente) afastando-se de constituir-se em sujeito-objeto adequado à (in)corporação ativa de um ambiente de transformação na sociedade.

Questiona-se, por exemplo, no século XXI, em particular sua crença na unidade e exclusividade do Estado na concretização da Constituição. Uma sociedade de indivíduos livres e iguais que satisfaz o sentido de representação social e o mito que envolve seus poderes autolimitados que engendram o modelo de Constituição que é autônoma da ética e da política, pois adere ao modelo normativista em relação ao texto que engendra mediante sua “pressuposta” objetividade científica.

As concepções de Constituição material que Sampaio assevera concretas ignoram o sentido normativo e jurídico da Constituição. Consequentemente, ela está ora identificada com o *realismo* constitucional normativo ou com a discussão de conteúdos

normativos *essencialistas*, ora com as forças e decisões categóricas dessas regularidades, com um *puro decisionismo* ou com o realismo constitucional sociológico que

[...] aspira à normatividade, a reger ou dominar os processos políticos decisão. E não ser por eles regida, domada ou deles ser mero produto. Tampouco se pode identificá-la com o lento passar ou progredir das instituições, pois se é verdade que os processos históricos tem importância decisiva na construção da identidade e cultura constitucionais, aconselhando a prudência e a razoabilidade, também indiscutível que os “momentos de ruptura”, ainda que dando continuidade à tradição, elevam o grau de reflexividade constitucional e de respostas mais rápidas a contextos que se alteram a muito. (SAMPAIO, 2004, p. 18).

As Constituições como cultura têm estado inseridas na reflexão de diversos constitucionalistas afirmados por meio de conceitos-força distintos, como: *confiança*, *sentimento*, *patriotismo*, Constituição pluralista, Constituição principiológica, garantismo, Constituição aberta, dentre outros. Contudo, sabe-se de suas diferenças, mas o que as une reflexivamente é a tensão permanente entre o subjetivismo ou o subjetivismo mediado (ponderado) e o objetivismo cientificista ou objetivismo formalista. Essas são constituições que se apresentam como principiológicas, e devem ser concretizadas a cada momento mediante ação dos seus intérpretes. (HÄBERLE, 1997, p. 47-48).

Quanto mais democrática a sociedade, maior a possibilidade de concretização dos direitos nela instituídos. A mudança de interesses e as necessidades mais variadas das sociedades acabaram dotando os Estados de formas distintas de concretização desses pressupostos observando suas tradições, o que torna a *nova gramática constitucional* essencial a refundação constitucional e do constitucionalismo contemporâneo de modo singular para os *países periféricos*. (BERCOVICI, 2004, p. 177-179).

2.6.2 Constituição patriótica e o sentimento constitucional

A Constituição como cultura é dirigente, garantista, pluralista e integradora de diversas realidades pressupostas e postas, de modo a, por meio da *Constituição patriótica*, garantir sua unidade e da sociedade constitucional nela expressa ou implícita. (SAMPAIO, 2004, p. 50-51). A Constituição como cultura constitucional deve perfazer o caminho do óbvio: lembrar que não pode haver dicotomia do Estado versus Sociedade, uma vez que o Estado pertence à

sociedade e existe apenas para servi-la. Entretanto, nossa reflexão destaca a fronteira entre o objetivismo (normatista kelseniano) e o decisionismo (subjativista schmittiano) enquanto representantes de uma forma de compreender o Direito restritivamente.

A Constituição patriótica possui uma ideia de orientação para o futuro, destina-se a um Estado Constitucional de Direito como processo a ser concretizado de modo intergeracional. Em Habermas, esse conceito é quase constitutivo, pois engloba um esforço de construção de uma ideia que desempenharia o papel de uma força motivadora, funcionando como um vetor de consolidação da união de população em sociedades plurais contemporâneas, não assentadas em qualquer forma tradicional de identificação absoluta com a religião, a nação, o território, o idioma ou a história comum. (HABERMAS, 1997b, p.24-25). A forma singular do patriotismo constitucional (*Verfassungspatriotismus*) de Habermas tem como centro o seu caráter universalista, alicerçado nos direitos humanos e princípios republicanos. (SAMPAIO, 2004, p. 50-51).

A concepção contratualista constitucional apresenta limites que devem ser superados, a fim de dotar as sociedades de instrumentos essenciais para a organização das sociedades de modo eficiente, real e impositivo. Ao caracterizar-se desse modo, apresenta-se fixando uma diretriz que estabelece um conceito de Constituição como fenômeno jurídico cuja perspectiva material e formal expresse o *sentimento constitucional*, que é pressuposto da nova cultura constitucional.

O pós-positivismo traz a designação provisória e genérica de um ideário difuso no qual se incluem a definição das relações de valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, editada sobre o fundamento da dignidade humana e, dentro de uma visão de valorização dos princípios, sua incorporação explícita e implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética. (BARROSO, 2003, p. 290-291). Como consequência desse processo desenvolvido pelo *constitucionalismo*, que inclui parcela do *neoconstitucionalismo* ou *pós-positivista* (de caráter progressista), é definido um sentido para a Constituição Contemporânea que tenha um caráter *dialógico*. No atual estágio civilizatório, frente às profundas transformações na sociedade global “pós-moderna”, convém apreciar as antigas lições sobre o sentimento constitucional em períodos de crise que Loewenstein (1983, p. 199) legou:

[...] los fenómenos psicológico-sociales y sociológicos del existencialismo político más difícil de captar. Se podría describir como aquella conciencia de la comunidad

que, trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes político-partidistas, economicosociales, religiosos o de otro tipo, integra a dentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad.

O Direito constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. (VALAURI, 2007, p. 263-264). Portanto, compete ao Direito constitucional realçar, despertar e preservar a *vontade de Constituição*, que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. (VERDÚ, 2004, p. 88). Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pela Teoria da Constituição, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado e da sociedade constitucional a partir da abertura da própria Constituição. (HÄBERLE, 2002, p. 293-295).

De viés mais historicista, Ackerman pensa o Direito Constitucional unido com a Teoria Política e com os estudos de história americana. Mootz III (2011, p. 137-146) aborda sua compreensão de modo a reconstruir a prática constitucional americana, nas decisões da Suprema Corte, agudizando seu compromisso com uma teoria constitucional inscrita na história. A questão da participação do povo na construção da Constituição americana está presente na medida em que advoga a tese do *procedimentalismo*, que envolve a concretização de direitos básicos a partir da participação em um processo político deliberativo que determina o conteúdo substantivo dos direitos, que caracteriza uma profunda conexão entre “revolução” e “Constituição”, tanto quanto processo de mobilização política como mudança constitucional. (HABERMAS, 1997b, p. 45-46).

Isso o afasta de um normativismo positivista científico (objetivista) e lhe remete ao seu “constitucionalismo patriótico”, que lhe assegura a possibilidade de modificar legitimamente seus compromissos políticos e constitucionais, em que a virtude e a moral ocupam papel que não pode ser ignorado. Portanto, trata-se de mais um teórico que traz a questão do subjetivismo de configuração silente, porém, existente no seu modo de conceber a Constituição e seus intérpretes que devem *compreender* o Direito enquanto exercício da democracia, pois

O meu modelo de economia da virtude não acabou com a presença massiva dos cidadãos passivos nas eleições. Mesmo durante a política normal, ela previa tipos de organização mais ativos, organizando e estimulando projetos consideráveis de renovação política e de redefinição. A linha de divisão entre processo de criação da lei ordinária e da norma constitucional deve ser traçada de forma súbita. (ACKERMAN, 2006, p.376).

Conceito como *patriotismoconstitucional*(*Verfassungspatriotismus*), que se expressa em uma espécie de *sentimento* ou *vontade* de Constituição, podem expressar o interesse de todos em favor da “permanência móvel” da Constituição. Sampaio reconhece na Constituição como princípio normativo o elemento basilar na sociedade contemporânea, e apresenta simetria com nossa *compreensão*(*Verständnis*) de Constituição como ciência da cultura ou Constituição aberta. A sua designação é de outra “natureza/denominação”, pois é normativa e simbólica, concretamente realizável por meio da ação de seus cidadãos,adequada tanto ao Estado-nação quanto a outros modelos alternativos “possíveis” no Espaço Pós-nacional. (NEVES, 2009, p. 115-156). Essa Constituição pluridimensional é polissêmica ereaproxima as dimensões formal-material, impõe uma cultura normativa que exige a vontade de todos os intérpretes, ajusta-se às exigências do Estado-nação e do pós-nacional, além de estar associada à abertura espacial, temporal, semântica e pluralista de Constituição.

[...] tem a ver com as suas quatro aberturas: a) ao espaço - abrindo ao interior (ordenamentos sub ou infraconstitucionais) e ao exterior (ordenamentos supraconstitucionais); b) ao tempo - pois é resultado de operações pretéritas, mas se nutre da esperança dos homens ainda sem rosto que ocupam o futuro. [...];c) ao mundo dos sentidos - pois que é aberta a concretização pela ação patriótica; e d) aos projetos de vida boa - porque define pouco da substância axiológica, disponibilizando-se a contextualizações e procura do bem comum e individual. (SAMPAIO, 2004, p. 54).

No entanto, como afirma Moreira (2001, p. 316-326), antes de adentrar aos caminhos do *futuro da Constituição*,que são complexos e desafiadores, e ainda refletir acerca do *sentido da Constituição*, é preciso saber para que ela serve, ou melhor, para quem ela deve destinar-se.(VERDÚ, 2004, p. 250-252). A questão da confiança e a erosão da consciência constitucional têmse apresentado com intensidade por uma sociedade que não (re)conhece a autoridade de sua própria história,pois exige soluções que deem certo em outras realidades, que não as próprias.

A Constituição ao se afirmar como espaço privilegiado da ciência da cultura, terá o condão de (re)agrupar os diversos segmentos sociais integrantes de um determinado território (unidade nacional), incluindo-os a partir de suas convergências e, apesar de suas diferenças de forma a (re)legitimar a própria noção de *consenso fundamental* indispensável à vida em comunidade e, de alguma maneira, espera-se a partir de uma cultura fundada nos *Direitos Humanos* venha evitar o agravamento do processo autofágico de tribalização contemporâneo em curso. Esta (re)fundação constitucional pressupõe um Estado Constitucionalizado ativo e

dirigente e uma sociedade civil organizada, que expresse uma *cidadania ativa*⁵ que vá além dos limites da democracia formal e torne-se positivamente “cosmopolita”, e que tenha possibilidade de incidir na condução da própria sociedade constitucional.

Por fim, a falta de credibilidade das instituições não é um fenômeno brasileiro e latino-americano, ela é global, uma vez que os problemas têm a abrangência universal, reflexos mundializados, entretanto, as soluções em diversos casos são localistas. A Constituição não pode ser considerada como metáfora desvinculada de certas implicações estruturais, e, isso é essencial para *compreensão* da adequada decisão para o *sujeito hermenêutico*. Cabe uma contribuição crítica acerca do seu agente e destinatário, *o povo*⁶, uma vez que o futuro do constitucionalismo não pode deixar de ser determinado de forma segmentada em dissonância com uma evolução na Constituição, desde a sua origem, atravessando os diversos ambientes,

⁵ MÜLLER, F. **Quem é o povo?** 2.ed. São Paulo : Max Limonad, 2000. p. 76-7. [...] função do povo, que um Estado invoca, consiste sempre em legitimá-lo. A distinção entre direitos de cidadania e direitos humanos não é apenas diferencial; ela também é relevante como vistas ao sistema. Não somente as liberdades civis, mas também os direitos humanos enquanto realizados são imprescindíveis para uma democracia legítima. O respeito dessas posições, que não são próprias da cidadania no sentido mais estrito, também apoia o sistema político e isso não apenas na sua qualidade de Estado de Direito. Isso se acerca novamente, dessa vez a partir de um outro ângulo, da idéia fundamental não realizada no sistema de dominação: “one man one vote”: do ângulo da idéia do povo como totalidade dos efetivamente atingidos pelo direito vigente e pelos atos decisórios do poder estatal - totalidade aqui entendida aqui como a das pessoas que se encontram no território do respectivo Estado. [...] o corpo de textos de uma democracia de conformidade com o Estado de Direito se legitima por duas coisas: primeiro lugar, procurando dotar a possível minoria dos cidadãos ativos, não importa quão mediata ou imediatamente, de competências de decisão e de sancionamento claramente definidas; em segundo lugar e ao lado desse fator de ordem procedimental, a legitimidade ocorre pelo modo, mediante o qual todos o “povo inteiro”, a população, a totalidade dos atingidos são tratados por tais decisões e seu modo de implementação. Ambas, a decisão (enquanto co-participação “do povo”) e a implementação (enquanto efeitos produzidos sobre “o povo”), devem ser questionados democraticamente. Os dois aspectos são resultantes da cultura jurídica desenvolvida, assim como o é a correção, nos termos do Estado de Direito, da observância, por parte do Estado, das circunstâncias de fato de inibição da ação estatal bem como de prestações estatais diante das pessoas atingidas. Podemos denominar essa camada funcional do problema o povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado, como “povo-destinatário”.

⁶HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 36-8. [...] “povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania no sentido do art. 33 da Lei Fundamental. [...] os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (Beteiligtenkreis). Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição! Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, v.g., na estruturação do setor econômico público (...) Isto não quer significar “destronização” ou deposição do Povo. [...] Não se deve esquecer que democracia é formada pela associação de cidadãos. Democracia é o “domínio do cidadão” (Herrschaft des Bürgers), não do Povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular”.

passando por detecção das linhas de força do seu desenvolvimento de nova tradição constitucional permeado de uma movediça subjetividade.

2.6.3 Constituição aberta e Constituição como cultura

A Teoria da Constituição como *ciência da cultura*⁷ resgata os valores sociais significativos de uma comunidade e, a partir de seus referenciais, alarga o espaço de atividade política de forma ativa e direta, constituindo, sempre que possível, a ampliação das instituições e de sua possibilidade de atuação como organismos avançados de uma espécie de mediação ativa entre o Estado e o indivíduo, e, garantidora dos direitos fundamentais.

A cultura como um dos elementos estruturantes essenciais, e em conflito como valor primitivo da Constituição, teve resgate em Bonavides e Häberle, que demonstram generosidade em seus pensamentos e detêm originalidade na contribuição sobre a (in)corporação da Ciência da Cultura como formador da Teoria da Constituição. Os autores procuram refletir integrando a sociedade à Constituição de modo concreto, e não apenas abstrato-representativo enquanto gênese de uma Constituição aberta, e isso pode representar um *subjetivismo decisionista* que coloca em risco a democracia. (HÄBERLE, 2000, p. 159). Para Bonavides, verificam-se indícios da *Constituição aberta*, que coloca no cenário teórico jurídico-constitucional o debate acerca da legitimidade dirigida para o constitucionalismo da liberdade e da justiça igualitária de orientação social, assentada na autoridade decorrente da vontade nacional e popular, que é a decadência das formas representativas e provém ainda substancialmente de fatores éticos que

⁷ SALDANHA, Nelson. **A Tradição Humanística**: ensaio sobre filosofia social e Teoria da Cultura. Universidade Federal de Pernambuco. Editora Universitária. Recife, 1981. “ A cultura, quer no sentido sociológico e antropológico - conjunto integrado de elementos que perfazem o patrimônio vital de determinado grupo -, quer no histórico, como entidade portadora de um padrão existencial próprio e figurando como protagonista da evolução humana, cultura é sempre uma totalidade e é sempre algo ligado a valores : algo cujo “ser, ou cujo “significado” pode encontrar-se expressado em elemento materiais mas não se confunde com a materialidade destes” p. 37. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Editora Mestre JOU. São Paulo: 1968. p. 56-7 “ O objeto da Ciência da Cultura é, pois, aquela parte do mundo físico que podemos considerar como formação humana para um fim. Nem toda a realidade que o homem põe em prática interessa aos Estudos das Ciências da Cultura, mas tão somente a que nos permite descobrir na mesma a marca da ação humana. (...) Este compreender característico das Ciências da Cultura constitui uma espécie singular da apreensão do objeto, e a sua singularidade consiste em que as transformações que tem lugar no mundo são concebidas do ponto de vista dos fins do homem. “Compreendemos a cultura só porque nós mesmos somos uns pedaços de cultura.”; HÄBERLE, Peter **Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura**. Madrid: Editora Tecnos. 2000. p. 24-25. (...) Según una hoy ya clásica definición de E. B. Tylor, se entiende por cultura o civilización un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada. Otras definiciones hablan a su vez de <<legados sociales>>. (R. Linton) o de >>conjuntos de una tradición social>>(LOWIE). Tras someter a debate la citada definición clásica, la investigación antropológica (del ámbito cultural) acuña toda una amplia gama conceptual, como, por ejemplo, los conceptos de cultura superior, cultura popular, subcultura, cultura de casas y cultura parasita entre otros muchos.”

permeiam o procedimento da classe política no poder ou fora deste, em relação aos sentimentos do cidadão e da sociedade. (BONAVIDES, 1996, p.15-16).

No campo do direito, tais questões permanece(ra)m difusas – e essa é uma questão ainda não superada pelos juristas – em um misto de objetivismo e subjetivismo. Se a primeira “etapa” do *linguist turn* foi recepcionada pelas concepções analíticas do direito, o mesmo que não se pode dizer acerca daquilo que se pode denominar de “giro-ontológico-linguístico”. (STRECK, 2010a, p.12)

A compreensão da ciência da cultura como fundamento essencial da Constituição poderá aperfeiçoar a noção de ser um instrumento estatista e uma visão formalistaobjetivista do Estado como protagonista central no mundo em um espaço pós-nacional⁸. Essa compreensão impõe uma (re)engenharia política na sociedade e, paralelamente, uma (re)fundação constitucional que modernize as funções clássicas da Constituição (re)legitimadoras do poder político no Estado Democrático de Direito nas sociedades de capitalismo periférico, revitalizando o Estado e superando o *problema da simbolização* da Constituição. (CANOTILHO, 1998, p. 1262).

O debate sobre Constituição e *simbolização* é influenciado pela teoria de sistemas de Neves, que deu curso a Constitucionalização Simbólica, que incidiria no bloqueio político destrutivo que extingiria a reprodução operacionalmente autônoma do complexo e multifacetado sistema jurídico, trazendo, com isso, a perda da importância normativo-jurídica das Constituições no desenvolvimento das diretrizes das expectativas normativas. E, como “problema estruturalmente condicionado, o desgaste da constitucionalização simbólica poderá conduzir a movimentos sociais e políticos por transformações consequentes em direção a um sistema constitucional democrático efetivo”. (NEVES, 2007, p.125-126).

A perspectiva de Constituição como cultura é trazida, de modo mais formal, por Verdú (1998, p. 272-273), porém, é importante lembrarmos sua descrição para que se possa refletir sobre sua eventual contribuição, influenciada tanto por Häberle quanto por Smend, de modo mais aberto e dinâmico:

⁸ CANOTILHO, J.J.Gomes. “**Branquinhos**” e **Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Editora Almedina: Coimbra, 2006. p. 284. [...] para o mundo das constelações pós-nacionais. O “pós-estadual” e o “pós-nacional” surgem sistematicamente como a marca dos tempos globais. [...] não admira que o Estado Constitucional apareça hoje confrontado com o chamado Direito Constitucional Internacional. Fala-se, com efeito, de “direito constitucional integrado”, “Estado nacionais supranacionais”, de “constitucionalismo pós-nacional”, de “estado constitucional cooperativamente aberto”, de “estados constitucionais abertos”. Por sua vez, as constituições dos estados “supranacionalizaram-se” ou “internacionalizaram-se”. Quer isto dizer, que os Estados se integraram em comunidades políticas supranacionais ou em sistemas políticos internacionais globalmente considerados. Os problemas dos Estados e das Constituições só lograrão reconhecimento jurídico e políticos se integrados no direito constitucional internacional.

La comprensión de la Constitución (Verfassungsverstehen) no se da en un espacio vacío, atemporal, porque es resultado de experiencias históricas que se renuevan.[...] La comprensión (Verstehen) constitucional, se expresa mediante la actuación de principios básicos [...].

Ao resgatar o pensamento de Heller acerca da compreensão da Constituição como Cultura, em sua obra *Teoria do Estado*, auxilia a compreensão do embate entre objetivismo e subjetivismo que se constitui em marco reflexivo dos constitucionalistas e orienta-separa uma Constituição que não seja apenas estatal/estatista. Sobre a cultura e o Estado, Heller sustentava que, de modo algum, tratava-se uma produção de realidade, condicionada unicamente pelo poder de *espírito humano*, mas uma conformação da realidade sujeita às leis psíquicas e físicas do homem e do seu material (subjetivismo voluntarista). Assim, deveria acrescentar-se que o conhecimento das leis pelo homem, a maneira como são utilizadas, em suma, a sua ação social e a sua significação cultural, mudam também com a história e devem ser formadoras da Constituição, de modo que

[...]o criador da norma [possa] se considerar também ligado por certas decisões, normativamente objetivadas, dos seus predecessores. Só mediante o elemento normativo se normaliza uma situação de dominação atual e plenamente imprevisível convertendo-se em uma situação de dominação contínua e previsível, isto é, em uma Constituição que dura além do momento presente. (HELLER, 1968, p. 300-301).

Heller, antecipando Häberle (2002, p. 114), entende, com o que concordamos, que o Estado é uma unidade-pluralidade, o que significa que é a questão da unidade na pluralidade o problema que implica todos os outros à Teoria do Estado e, atualmente, à Teoria da Constituição. O “transconstitucionalismo”, que supõe uma delimitação semântica do conceito de Constituição, ao qual se associam as compreensões de Constituição e de constitucionalismo como construtores de uma sociedade moderna que envolve certos contornos de sentido que impedem uma desconexão entre semântica constitucional e transformações estruturais. Assim, criam condições de relacionar as crises na semântica com problemas emergentes no plano das estruturas. (NEVES, 2009, p. 1-2).

A Constituição como ciência da cultura pressupõe a formação de uma percepção de Constituição que (re)legitime diversos elementos como sendo essenciais à sua manifestação social. A cultura produzida pelas sociedades tem sido um elemento ignorado ao longo da construção da história do Direito, uma vez que apenas é adquirida na medida em que configura um “*direito posto*”, obtido a partir da ação estatal por meio de seu monopólio da produção do

Direito. Quando Neves desenvolve seu “transconstitucionalismo”, a tensão entre o objetivismo e o subjetivismo de como compreender a Constituição e o Constitucionalismo aflora em seu reconhecimento nos limites de observação de uma determinada ordem normativa. Neves (2009, p. 297-298) admite alternativa, afinal, “o ponto cego, o outro pode ver”, já que

Sua identificação é reconstruída, dessa maneira enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. [...] Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de *alter ego*, que “eu vejo o que tu não vês”, cabe acrescentar que o “ponto cego” de um observador pode ser visto pelo outro.

A cultura dinâmica é elemento estruturante primária na formação de valores e princípios que são essenciais das *Constituições contemporâneas*, uma vez que estas devem reconhecer as referências dos novos bens jurídicos a serem reconhecidos, que observam o *transconstitucionalismo* como ambiente de entendimento dentro de uma perspectiva de desenvolvimento no sistema jurídico de níveis múltiplos (hierarquias) entrelaçados, sobretudo se têm a pretensão de construção de comunidades na sociedade mundial. (NEVES, 2009, p. 293). Para Verdú (1998, p. 94-96), a Teoria da Constituição tem evoluído do positivismo para um modelo pós-positivista que, em Heller, já havia se expressado:

b) El positivismo jurídico predominantemente motivó la exclusión de esos enfoques por considerarlos extranormativos y/o metajurídicos. c) si toda teoría se caracteriza por la sistematización construida por el pensamiento que relaciona a determinados hechos, configuradores de un conjunto coherente, de principios y consecuencias válidas, alejadas de la realidad percibida y susceptible de intelección, entonces las incursiones históricas al no ser técnico-jurídicas, no constituirán una concepción teórica aceptable.

Sobre o que se compreende acerca de Teoria de Constituição, precisa-se ampliar os limites delineados por Verdú com valores e princípios dentro de uma perspectiva que critica a influência do *positivismo jurídico* no âmbito da construção da Constituição. Além disso, a centralidade da cultura e sua dupla dimensão, segundo Garretón (2003, p. 22-23), devem preservar o patrimônio acumulado e seus efeitos para os indivíduos e instituições. Ainda em Verdú, percebe-se seu subjetivismo emergindo quando trata de “como compreender a Constituição”, na medida em que adjetiva sua Teoria da Constituição enquanto ciência da cultura e seus fenômenos condicionadores.

[...]la meditación constitucional es consciente que yoda especulación cultural respecto a la Constitución, consiste en la inspiración ideológica, fundada en valores (dignidad humana, libertad, justicia, pluralismo político), que operan en una realidad socio-política.[...] los derechos humanos, reconocidos y protegidos, mediante a delimitación

de los poderes públicos, a una organización estructural normativizada que se apoya en una estructura sociopolítica.(VERDÚ, 1998, p. 21-22).

A Constituição dever ser observada sob um olhar diferenciado frente ao multiculturalismo, aos sujeitos coletivos e também à abertura para (re)afirmação das diferenças que devem ser (re)organizadas dentro de uma plural unidade. O texto constitucional deve conter uma diversidade que garanta um *novo mínimo existencial* a ser aplicado à sociedade de modo a ser (re)dimensionada a normatividade e pós-positivista. Verdú demonstra sua opinião quando faz referência à *compressão* da Constituição que tenha como elemento estruturante de uma diretriz que incorpore a *cultura e os valores*. Em Verdú (1998, p. 39-40), a cultura é a ordenação de todos os conteúdos da vida na sociedade humana, desde o ponto de vista de um valor superior e imperativo em relação a tudo, visto que

[...]le reprochó que las ideas expuestas, en una conferencia, eran subjetivas le respondió: “Naturalmente yo soy un sujeto y no un objeto por eso mis ideas son subjetivas”[...]A lo largo de mis estudios me he ocupado de la relación intrínseca entre la cultura, los valores y el Derecho Constitucional.

Toda compreensão que se efetue a nível constitucional implica uma ampliação que inclua a cultura em sua dimensão científica, horizonte que preenche os conceitos jurídicos até agora existentes, mas sem chegar a substituí-los, mediante o reforço à normatização e à normalidade do Estado, a partir da expressão Teoria da Constituição como ciência da cultura. A *sociedade aberta dos intérpretes* político-constitucionais, que caracteriza o Estado Constitucional de cunho ocidental prestando apoio e desenvolvendo-se, depois, configura-se a partir das consolidações culturais possíveis. (HÄBERLE, 1997, p. 37-40).

Coelho relembra que Häberle tem sido cada vez mais adotado como referencial teórico e que, para o autor alemão, não existe norma jurídica, apenas norma jurídica interpretada, e, do ponto de vista procedimental, para que essa abertura hermenêutica possa gerar frutos segundo a sua espécie, faz-se necessário integrar a realidade no processo de interpretação constitucional, o que só se alcançará se forem adotados mecanismos adequados para captar, filtrar e absorver os anseios de todos os atores da cena social. (COELHO, 2003, p. 17). Quando ingressamos no domínio da aplicação do Direito emergem as

[...]categorías del derecho constitucional, para poder servir como criterio de acción o de juicio para la praxis, deben encontrar una combinación que ya no deriva del dato indiscutible de un “centro” de ordenación. [...] posible sustituir, en su función ordenadora, la soberanía del Estado (y lo que de exclusivo, simplificador y orientador tenía de por sí) por la soberanía de la Constitución.(ZAGREBELSKI, 1999, p. 12).

A relevância da Constituição como elemento de *coesão social*, cuja soberania juridicamente sempre exerceu influência, impõe uma reflexão diferenciada, pois, historicamente, afirmou-se como é hoje. A Constituição torna-se o item fundamental do Estado com a pretensão de *validade* e de *universalidade* sobre a sociedade. (CITTADINO, 2000, p. 204-206). Em Ferrajoli (1997, p. 852), a soberania, no mundo moderno, contém elementos garantistas, pois está sob risco de distanciar-se de uma condição civilizatória:

[...] para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas – es decir, de garantías – que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo.

A respeito da (trans)formação do conceito de soberania, Salomoni (1999, p. 127-128) afirma que a clareza que o conceito possuía desapareceu, uma vez que se assentava na construção dos Estados Nacionais e do individualismo do Direito e a (in)segurança na organização do poder político existente. Além disso, suas *perspectivas futuras* frente à ausência de princípios e instituições novas ou (re)construídas (re)fundem a legitimidade do sistema jurídico. (FERRAJOLI, 2001, p. 26-27). Assim, a relevância na situação de integração, de realizar a construção de um Direito público, basicamente o administrativo, que tende a estabelecer a ação concreta do Estado, é tarefa inadiável do intelectual da Constituição, por meio do *constitucionalismo contemporâneo*, sob o viés pluralista e aberto.

No Estado contemporâneo, a fim de se preservar o Direito ainda mais, deve-se reconhecer que, para que a norma legislativa opere frente a todos os sujeitos de Direito sem distinções, devem ser observadas a moderação do poder, a separação de poderes e a igualdade perante a lei como gênese de uma nova perspectiva de Estado na sociedade constitucional. (HÄBERLE, 1997, p. 55). E, sobre Hesse e sua Constituição aberta, Miranda (2002, p. 346) demonstra o caráter dinâmico que o texto deve expressar o *dever ser (Sollen)* da Constituição:

[...] tem de estar aberta ao tempo, o que não significa nem dissolução, nem a diminuição de força normativa. Ela não se reduz a deixar em aberto. Estabelece também o que não deve ficar em aberto – os fundamentos da ordem da comunidade, a estrutura do Estado e os processos de decisão das questões deixadas em aberto.

A linguagem e os procedimentos do Direito, visto que são dominantes nessa forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um *novo papel* como “única” instância

institucional vocacionada em *interpretar normas*. Müller, diversamente de Häberle, verifica se as condições, possibilidades e limitações da metódica jurídica são integralmente determinadas pela configuração das respectivas funções do ofício, das tarefas e do trabalho interpretativo, visto que a tarefa da práxis do Direito constitucional é a concretização da Constituição por meio da instituição configuradora de normas jurídicas e da atualização de normas jurídicas no legislativo, na administração e no governo. Ela é a concretização da Constituição que controla e, simultaneamente, aperfeiçoa o Direito na jurisprudência, dentro dos espaços normativos, e arbitra sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia. (MÜLLER, 1999, p. 46-47). Em Müller, a norma jurídica é composta por um programa normativo, já que a estrutura da norma resulta dos elementos da norma jurídica, e, nessa condição, verifica-se uma preocupação na formulação de critérios para o processo decisório que decorre da interpretação da norma e, no citado autor, subjetivismo e objetivismo estão na busca de elementos justificadores da decisão.

2.6.4 Jurisdição constitucional e ativismo subjetivista

O papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, adotando a *jurisdição constitucional* como construção de uma real democracia, em um país periférico, como no caso do Brasil, é analisada por Moro (2004, p. 273), que defende uma postura do Judiciário próxima à postura do Judiciário norte-americano, com seu *ativismo judicial* de caráter decisionista e subjetivista. No sentido de cumprir tal expectativa em função do quadro traçado, revela-se que a Teoria da posição preferencial da liberdade de expressão, do Direito à informação e dos direitos de participação encontra apoio na *jurisprudência* da Suprema Corte norte-americana e que ela apresenta sólidos fundamentos jurídico e políticos. (STRECK, 2002, p. 257-260). E, em perspectiva distinta, a judicialização da política é defendida por Viana (1999, p. 22-23).

O novo desequilíbrio dos poderes, típico da transição para um modelo de Estado pós-nacional, representa uma quebra dos paradigmas modernos antes afirmados na Constituição, que fragilizam a ação do Estado Democrático de Direito e a confiança das sociedades em torno deste, o que poderá representar um vácuo nos espaços formais de poder e de governo com os quais Müller (1999) se ocupa. A jurisdição constitucional é aquela que decide sobre a validade constitucional das leis, e são algumas de suas funções: controle da legalidade, da produção normativa do governo e a função criadora do magistrado. A jurisdição constitucional tem colocado, em diversos casos, o juiz e legislador como contendores em razão da natureza das decisões judiciais.

A concretização da norma jurídica, especialmente, da norma constitucional, não pode ser reduzida a uma “interpretação aplicadora” da Constituição, que disponibiliza uma pluralidade de compreensões que indica o *voluntarismo*, em vez de desenvolver uma compreensão assentada na hermenêutica filosófica, pois

A compreensão como “aplicação ou, dito em outros termos, a atualidade de toda a compreensão constitui um ponto de vista central da “hermenêutica filosófica” mais recente. [...] A descoberta do sentido e a aplicação estão inseparavelmente reunidas num processo unitário – num processo, que inclui necessariamente o sujeito compreende e sem o qual o sentido do texto a ser compreendido em poderia ser concretizado e nessa medida completado, embora esse sujeito compreende esteja vinculada a esse sentido do texto. (MÜLLER, 1995, p. 40).

A Constituição é o resultado de sua interpretação, por parte dos sujeitos constitucionais, a partir de uma *sociedade aberta*, visto que uma coisa só é na medida em que é interpretada, da mesma maneira que a Constituição, que somente é um “texto” porque se refere a algo em contexto. (HÄBERLE, 1997). Assim, apesar da importância que o Poder Judiciário assume na sociedade, por meio do *ativismo judicial*, não pode significar uma espécie de reducionismo justicialista que auxilia, mas não tem a capacidade de substituir, afinal, a luta, o compromisso pelos princípios, e pela sua concretização de uma forma mais eficaz do que aquela que se tem à nível dos Tribunais Constitucionais. (MORO, 2004, p. 303-304).

A indeterminação do direito, por sua vez, repercutiria sobre as relações entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da “certeza jurídica”. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de “legislador implícito”. (VIANA, 1999, p. 23).

Em uma tentativa de conquistar uma Constituição que represente seu sentido teórico de constituir uma sociedade, tem-se visto que a cultura apresenta-se como fonte primeira da Constituição. Não se pode deixar de tentar incorporar, assim como uma maior gama de intérpretes de uma *Constituição Aberta* asseguradora de Direitos Fundamentais – como defende Castro (2003) –, a hermenêutica, que tem sido o método mais adequado na contemporaneidade, propugnado por Streck, que demonstra a relevância do *horizonte de sentido* proporcionado pela Constituição e sua principiologia. Dessa forma, estas passam a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico, que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico em que a Constituição não pode ser entendida como um *ente* disperso “no mundo”, em que a Constituição é. A materialização da ordem jurídica do contrato social aponta para a

realização da ordem política e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico. (STRECK, 2001, p. 237-242).

Na análise dos autores citados é perceptível que, no atual estágio da produção do Direito, cabe destacar que inexistente norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, e, do ponto de vista procedimental, para que essa abertura hermenêutica possa gerar frutos segundo a sua espécie, faz-se necessário integrar a realidade no processo de interpretação constitucional, o que só se alcançará se forem adotados mecanismos para captar, filtrar e absorver os anseios dos atores da cena social. O objetivismo cientificista de Kelsen e o subjetivismo de Schmitt constituíram-se em escolas jurídicas no início do século XX, entretanto, os princípios estabelecem os limites para a interpretação que pondera subjetivismo e objetivismo enquanto técnica de decisão para os autores contemporâneos, como Bonavides, Canotilho, Ferrajoli, Häberle, Heller, Neves, Müller, Streck e Verdú.

No *Capítulo II*, procedemos à análise dos pressupostos do pensamento de Kelsen que é a melhor síntese de uma teoria científica que, a partir de seu método de atitude do sujeito, características de seu modelo que explicita um objetivismo cientificista, bem sustentado por meio de sua TPD, de perfil formalista, em que sujeito e objeto surgem como dados distintos e identifica-se o objeto do Direito enquanto norma jurídica. Ao desenvolver o referido capítulo, delineamos elementos de Schmitt, que, ao revelar seu pensar que alia a política e a teologia, traz consequências autoritárias (Estado de exceção) por conta de seu modelo decisionista no Direito, de caráter subjetivista e voluntarista, justificado por meio de sua ciência normativa impregnada de metafísica. Essa ponderação deu início à tese a partir da qual conceitos e autores, ao longo dos séculos XX e XXI, trilham em direção ao *sujeito hermenêutico*, do não radicalismo excludente, ao identificarem-se tanto no objetivismo cientificista quanto no subjetivismo decisionista.

No próximo capítulo, verificaremos a ciência e as percepções acerca do objetivismo e do subjetivismo a partir da essencial contribuição teórica de Hans-Georg Gadamer, que traz a *hermenêutica filosófica* e o *diálogo hermenêutico*, bem como realizarmos uma aproximação com conceitos fundamentais da Teoria da Constituição.

3 GADAMER E A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: ENTRE O OBJETIVISMO E O SUBJETIVISMO DA CIÊNCIA

Desenvolveremos, aqui, uma crítica ao modelo de técnica e ciência tradicionais a partir de elementos concebidos por Gadamer, em *Verdade e Método*: dialética, formalismo, método, consciência fática, tradição e experiência, e sua aplicação na Teoria da Constituição. A obra citada conduz nossa investigação ao desvendar os limites que tanto o positivismo apresenta enquanto modelo científico. A metodologia do positivismo normativista não é o único campo em que residem obstáculos para a cognição da moralidade da verdade no domínio do conhecimento do Direito fundado tanto na Teoria Pura do Direito de natureza objetivista quanto no decisionismo subjetivista de Schmitt, além das alternativas mediadoras do Direito dos séculos XX e XXI.

A *hermenêutica filosófica* contribui para desvendar o Direito ao expor questões de natureza ontológicas e morais que continuam regulando fundamentações de ordem racionalistas, ideológicas ou solipsistas que envolvem a construção da *Ciência Jurídica*. A *hermenêutica filosófica* desvela os excessos objetivistas e subjetivistas, assim como os caminhos que parametrizam essas concepções de ciência aplicadas ao Direito. A herança de Hans-Georg Gadamer propicia um encontro oportuno para a adequação teórica à Teoria da Constituição, de modo a enfrentar, por meio do *diálogo hermenêutico*, as fronteiras do objetivismo e do subjetivismo na *compreensão* da Constituição, além de indicar sua correlação como o modo de pensar tradicional do Direito, senso comum teórico dos juristas, verificável em vários institutos do Direito Constitucional.

3.10 HORIZONTE DA CONSTITUIÇÃO COM GADAMER E A CIÊNCIA

O pensar gadameriano induz a crítica ao perfil da ciência racionalista moderna, visto que o mundo se manipula a si mesmo, ou seja, é manipulado pela mão e pela inteligência do homem que busca objetivar as relações humanas com as *coisas* (*Sachen*). A técnica e a ciência garantem os meios pelos quais o homem, ao menos na aparência, passa a denominar sempre mais o mundo. A humanidade surge quando da origem da autorreflexão na consciência, contudo, prossegue em busca da verdade, na procura do *sentido do ser*⁹. Isso pode ser analisado

⁹ ZILLES, Urbano. **Teoria do Conhecimento**. FILOSOFIA 21. EDIPUCRS, Porto Alegre: 1998. p. 35-6. Tudo isso significa que o pré-saber como condição a priori de possibilidade de pergunta como pergunta tem por conteúdo o Ser e o sentido do Ser dos entes. Para que a pergunta possa exercer-se, devo ter uma pré-compreensão do ser dos entes e de seu sentido como fundamento de todos os entes, embora essa pré-compreensão possa ter formado um

em Gadamer, quando aborda que o método na busca da verdade indica que a ruptura da ciência moderna com o saber grego e cristão ensejou uma obsessão científica na apuração da ideia do método. (GADAMER, 2002b, p. 61).

As reflexões sobre a sociedade no pensamento de Gadamer e as transformações da ciência e da técnica representam um debate controvertido, que é permeado por uma crítica em relação aos rumos da sociedade contemporânea. O apogeu da técnica e da ciência racionalista observada através do filtro gadameriano orienta nossa *compreensão*(*Verständnis*), no sentido de verificá-la em um espaço relevante para a Teoria da Constituição que se volte efetivamente no respeito ao Outro, como o Outro mediado pela experiência hermenêutica que se afasta da entificação da Constituição.(STRECK, 2012a, 135-136).A virada hermenêutica impõe a tarefa de “encontrar o equilíbrio entre o poder do saber dominante e a sabedoria socrática do não-saber em torno do bem”. (GADAMER, 2007b, p.41).

A Constituição se dá no plano do real, e se o real existe, então, possui uma estrutura singular, de modo que sua necessidade conceitual é a parte da filosofia que revela o *pensamento* que propicia a ligação da Constituição a categorias do entendimento. A Constituição não sofre significativas mudanças, mas apenas acomodações em razão de que cada *povo*(cidadania ativa), com seu espírito (*Geist*). Enfim, desta aproximação entre a filosofia e a Constituição, da leitura de Gadamer sobre o *entendimento da consciência humana* destaca-se o fato de que, na construção do *medium da linguagem*, necessário ao *compreender*, não há dissolução conclusiva da história e filosofia, em um fim absoluto do seu movimento, mas, sim, da vida vivida, uma vez que a

[...] conciencia humana, tal y como se presenta al pensador que la observa, vive la experiencia de que no puede mantener sus iniciales prejuicios, como lo es, por ejemplo, el tomar a la certeza sensible por la verdad sin más, y de que se ve compelida a progresar de figura en figura pasado desde la conciencia a las más altas figuras objetivas del espíritu absoluto, en las que el yoy tu son la misma alma.(GADAMER, 1988, p. 89).

pré-saber atemático. Só nesse horizonte do Ser como fundamento dos entes, é possível que eu pergunte, seja por algo singular, se [e o que e, seja pela totalidade, se ela é. [...] em toda e em qualquer pergunta, exercemos ao menos implicitamente, atematicamente, uma pré-compreenda do ser dos entes e do seu sentido. Isso mostra a constitutiva abertura do homem ao horizonte do ser como fundamento de todos os entes, e portanto também fundamento do homem. [...] o conceito de Ser e indefinível. Não pode conceber o ser como ente, pois, não é suscetível de uma definição. [...] podemos concluir que nosso saber é ilimitado e fragmentado. O mundo da vida é mais profundo que as clareiras abertas pelo conhecimento científico. Por isso não cabe opor o mundo da ciência e o mundo da vida, nem separá-los, pois de que adiantara todo o conhecimento científico e tecnológico se não estiver a serviço da humanidade de todos os homens A questão do conhecimento humano e indissociável da questão do ser e do sentido do ser.

Há uma tentativa de ultrapassar o horizonte da teoria moderna da ciência e a filosofia das ciências do espírito, com sua concepção de hermenêutica filosófica, tomando como referência o *modo de ser de linguagem* do ser humano. Esse *modo de ser* adequado a cada época gera um entender específico, visto que o texto forma parte do todo da tradição, decisivamente transcendendo seu próprio autor. A *compreensão* (*Verständnis*) é um comportamento produtivo, e não somente reprodutivo. A crise significa incerteza, acaso, e, na precisão da *dialética*, devemos aguardar seu final para conhecer como se deu o *diálogo* (*Gespräch*) e investigar sua produção. Com Gadamer, o *diálogo hermenêutico*, na fusão de horizontes, sujeitado a ordens rígidas, precisa acontecer para o surgimento de um terceiro horizonte. Quando imerso em uma tradição, se entra em contato com o outro, que também integra a história e pode produzir um acordo. Nessa situação, como afirma Gadamer (2002a, p.405), há uma *fusão de horizontes*, que pode ser remetida à

[...] hermenêutica filosófica, como filosofia prática, no âmbito do saber sobre o homem [e do seu saber sobre si mesmo e sua ação] não resolve o problema moral como Descartes, isto é, solipsisticamente; também não elabora sua ética separando-se do mundo dos fenômenos nem pretende construir um sistema abstrato. (ROHDEN, 2008, p.142).

A reprodução deseja fazer aparecer a obra autêntica, contudo, essa reprodução viva recebe o nome de interpretação. Vê-se que reproduzir é igualmente compreender, mesmo não se reduzindo a isso. O processo que envolve a leitura desenvolve-se de modo distinto, pois a realidade de sentido do que está escrito consuma-se na própria execução de sentido, nada mais acontece. Desse modo, “a consumação do compreender não significa, como na reprodução, a realização em um novo fenômeno sensível”. (GADAMER, 2002a, p.27).

Pero esta dialéctica no constituye la cientificidad de la Fenomenología. Esta dialéctica, que nosotros tejemos en nuestra propia reflexión, representa exclusivamente más bien una mediación que entra incesantemente en juego con los naturales prejuicios de la conciencia. (GADAMER, 1988, p. 88).

Com a contribuição de Gadamer, entendemos que a pretensão da *dialética* consiste em trazer à sua aplicação o cumprimento da tarefa de dar-se evidente a realização da legitimidade de cada pensamento particular, contextualizando-o de forma sistemática em todos os pensamentos. Ao realizar tal ação, Gadamer vai além do silogismo formalista que caracterizava a percepção da ciência por meio de seu método objetivo. (GADAMER, 1988, p.80). O debate

sobre o método e a *compreensão* (*Verständnis*) da totalidade assume espaço relevante, uma vez que

[...]la consecuencia metódica de la “ciencia”, que tiene su razón última en la idea cartesiana de método y se le despliega de la perspectiva de la filosofía trascendental, partir del principio de la autoconciencia. [...]el espíritu ha ganado «el elemento puro de su existencia, el concepto», determina, en consecuencia, el sistema de la ciencia en su totalidad. Esta deducción representa la totalidad de las posibilidades del pensamiento como la necesidad con la que se va determinando, progresiva e incesantemente, la determinación del concepto [...].(GADAMER, 1988, p. 80).

Gadamer, ao visitar Hegel, nos orienta a pensar adotando com dois elementos estruturantes de seu sistema: a) *experiência* e b) o *método dialético*. Esses objetos constituíram-se em estudo de Gadamer, por meio do *diálogo hermenêutico* ou na liberdade e razão, em diversos ensaios, apesar de desvinculados de uma investigação orientada sobre a Constituição e o Direito. Esse fenômeno desloca nossas preocupações na perspectiva de Gadamer, reorientando sua *experiência* e as possibilidades que o *diálogo* (*Gespräch*) pode propiciar, na sociedade atual uma consciência efetual que qualifica a análise dos elementos presentes nos conflitos instaurados na prestação da jurisdição constitucional. As reflexões sobre a experiência hermenêutica reconduzem os problemas a perguntas, que se desenvolvem dialeticamente.

A dialética de pergunta e resposta que descobrimos na estrutura da experiência hermenêutica nos permitirá agora determinar mais detidamente a classe de consciência que é a consciência da história efetual. Pois a dialética de pergunta e resposta que pusemos a descobrir permite que a relação da compreensão se manifeste como uma relação recíproca, semelhante à de uma conversação. (GADAMER, 2002a, p.554-555).

Em Gadamer, problematiza-se a insuficiência da hermenêutica espiritualcientífica, tendo por referência a tradicional hermenêutica jurídica e teológica.(GADAMER 1996b, p. 396-397).Na lógica de perguntas e respostas, a obra é idealizada como um complexo de perguntas que o intérprete provoca, perguntas que surgem da interpelação inicial que o texto concretiza.(GADAMER,1996b, p. 449).Nesse interpelar, inseparávelà natureza do texto literário, ela se põe como linguagem, solo comum em que vivem texto e intérprete. (PINHEIRO, 2009, p.9). Nesse método, destaca-se que a compreensão consiste na condição de que antes não é necessário a cogenialidade para desvelar o que é essencial e o sentido original de uma tradição, potencializando a compreensão de *movimento* estruturante da dialética e de transformação como evolução de seu historicismo primevo. (GADAMER,1996a, p. 18-19).A questão que envolve a

pré-ocupação da experiência na construção de um pensar não formalista abarca a filosofia, que se forma como condição de existência.

[...] a filosofia “tem na formação condição de existência” e nós acrescentamos: com ela, também as ciências do espírito. Porque o ser do espírito está vinculado essencialmente com a idéia de formação. O homem é assinalado pela ruptura com o imediato e o natural, o que lhe é exigido através do lado espiritual e racional de sua natureza. (GADAMER, 2002a, p.51).

Decorrente dessa simbiose urge com a emergência da filosofia sair daquilo que é cotidiano, mas não do mundo e, de certo modo essencial, de uma atitude que transforma a liberdade em relação à ação cotidiana, em que o não vazio propicia a nãoabertura. Assim sendo, há Estados com leis e Constituições que podem fornecer princípios éticos a outros Estados (legitimidade e legitimação), o que reflete o produto de sua cultura e história (consenso fundamental) que coloca em evidência a necessidade da produção de um conhecimento original para a Teoria da Constituição.(CANOTILHO, 1998, p. 1210-1215). Esse conhecimento deve ocupar-se paraalém da pura racionalidade da compreensão da natureza e revele o humano do sujeito que tende a projetar-se universalmente(GADAMER, 1994,p. 224).

Quando Gadamer analisa especificamente o Direito traz ao debate teórico o

[...] sentido da lei, que se apresenta em sua aplicação normativa, não é, em princípio, diferente do sentido de um tema, que ganha validade na compreensão de um texto. [...] A tese é, pois, que também a hermenêutica histórica tem que levar a cabo o fornecimento da aplicação, pois também ela serve à validade de sentido, na medida em que supera, expressa e conscientemente, a distância de tempo que separa o intérprete do texto, superando assim a alienação de sentido que o texto experimentou. (GADAMER, 2002a, p.464-465).

A Constituição foi objeto de Hegel, embora, enquanto realidade histórica e viva pressupusesse uma permeabilidade pela ciência, visto que ela é organização da liberdade (GADAMER, 1988, p. 24-25). Além disso, a Constituição também é organização racional, e pode *estar* e até mesmo *dever estar* abaixo do nível atingido pelo pensamento da sua época compreendida no horizonte de sua experiência.(MATTEUCCI, 1998, p.290-291). Com Gadamer, somente estaremos em condições de libertar o problema da hermenêutica histórica das consequências relativistas do idealismo especulativo se não nos detivermos apenas com uma repulsa irracional a ele, se conseguirmos fazer com que a consciência do efeito da instantaneidade e supremacia da obra volte a se dissolver na realidade reflexiva. (GADAMER, 2002a, p. 507). Para Gadamer, as verdades históricas são realmente verdades, pois toda a verdade das ciências humanas depende da aplicação, uma vez que ela é sempre compreendida

ao menos em parte com distanciamento científico à frente. (GRONDIN, 2012, p.10). De acordo com Gadamer (1994, p. 319), seu objeto proporciona a garantia de conhecimento enquanto *applicatio*¹⁰ do texto, inclusive da própria Constituição.

De acordo com Warat (1995b), opositivismonormativista, que habita o *imaginário dos juristas*, obscurece o pensar sobre o ponto de vista transcendental e se institui como *locus* usual, que evita uma Constituição categorial que aponte para além de uma lógica formal, que se limita a um horizonte interpretativo de meras relações formais de conceito, juízo e raciocínio (silogismo) que trilham um percurso subjetivista e formalista. As possibilidades da *dialética* e do *diálogo* (*Gespräch*) de Gadamer autorizam a crítica da Constituição positivista-normativista por meio de seus mitos e sua dinamicidade. (GADAMER, 1999, p.32-33). A legitimidade filosófica do formalismo desses argumentos da reflexão é unicamente aparente. Na verdade, neles não se reconhece nada, pois essa maneira de argumentar é assentada em pretensa legitimidade. (GADAMER, 2002a, p. 510).

A tensão decorrente da colisão de objetividade e subjetividade pode se instituir no *medium* explorado no Direito a partir de uma *filtragem hermenêutica*, pois representa transformação à *Ciência do Direito* e racionalidade prática de uma crítica profícua à concepção formalista de Direito e oportuniza um repensar lógico na Teoria da Constituição por meio da *hermenêutica filosófica*. (GADAMER, 1998a, p. 218). Em Gadamer, se quisermos um enunciado em sua verdade, não podemos levar em conta apenas o conteúdo que ele apresenta, já que todo o enunciado tem uma motivação. Todo enunciado tem pressupostos que ele enuncia. Somente quem pensa também esses pressupostos pode dimensionar a verdade de um enunciado. (GADAMER, 2002b, p.66-67). Pode-se constatar que a crítica ao formalismo contribuiu para Gadamer elaborar sua *compreensão* hermenêutica, pois “[...] A rejeição à mecanização da vida na existência de massa da atualidade acentua a palavra ainda hoje com uma tal autoevidência

¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **VERDADE E MÉTODO**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. Edição. Petrópolis: Vozes. 2002a, p. 459. Na velha tradição da hermenêutica, que se perdeu completamente na autoconsciência histórica da teoria pós-romântica da ciência, este problema ainda ocupava um lugar sistemático. O problema hermenêutico se dividia como segue: distingue-se uma *subtilitas inteiligendi*, compreensão, de uma *subtilitas explicandi*, a interpretação, e, durante o pietismo, se acrescentou como terceiro componente a *subtilitas applicandi*, a aplicação (por exemplo, em J.J. Rambach). Esses três momentos deviam perfazer o modo de realização da compreensão. É significativo que os três recebam o nome de *subtilitas*, ou seja, que se compreendam menos como um método sobre o qual se dispõe, do que como um fazer, que requer uma particular finura de espírito. [...] o problema hermenêutico recebe um significado sistemático, no momento em que o romantismo reconhece a unidade interna de *inteiligere* e *explicare*. A interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão. Relacionado com isso, está também o fato de que a linguagem e a conceptualidade da interpretação foram reconhecidos como um momento estrutural interno da compreensão, com o que até mesmo o problema da linguagem passa de uma posição ocasional e marginal, para o centro da filosofia.

que mantem totalmente encobertas suas implicações conceituais”. (GADAMER, 2002a, p. 121-122).

A experiência que contém o princípio hermenêutico filosófico foi trazida novamente ao domínio da filosofia por meio de Gadamer, em *Verdade e Método*. Nesse sentido, obtêm-se duas respostas distintas: a pergunta pelo sentido, no curso de um grande acontecimento, e a pergunta pelo caráter planejado do curso. Como a planificação humana não é provável no curso dos acontecimentos, verifica-se que é um pressuposto que não podemos afirmar como princípio metodológico em nossa condição humana presente na história, e nem em relação a uma tradição histórica na qual estão em questão homens como nós. (GADAMER, 2002a, p. 546). A autoridade não é a superioridade de um poder que exige obediência cega, proibindo de se pensar. (WESPHAL, 1986, p. 81-82). Dessa forma, procura-se definir Constituição por uma perspectiva hermenêutica superadora do positivismo normativista do subjetivismo decisionista, capaz de refletir a partir do *diálogo* gadameriano.

Com Gadamer, entendemos não ser adequado dividir o problema hermenêutico na subjetividade do intérprete e na objetividade de sentido que se trata de compreender. Esse método partiria de uma incorreta contraposição que tampouco pode ser superada pelo reconhecimento da *dialética* do subjetivo e do objetivo. A distinção entre uma função normativa e uma função cognitiva faz cindir, definitivamente, o que claramente é uno, constituindo uma *compreensão* (*Verständnis*) entificada da hermenêutica. (GADAMER, 2002a, p. 463-464). Portanto, refletir sobre o conceito de ciência e a adequação do método torna-se vital para compreender a contribuição de Gadamer para a Teoria da Constituição.

Em síntese, analisou-se: primeiro, a relevância que a ciência assumiu em Gadamer e seu desdobramento para o *diálogo hermenêutico*; segundo, a Constituição como categoria do real que lhe permita abertura para compreender o *senso comum teórico* que limita o positivismo normativista ao dilema objetivista-subjetivista. (STRECK, 2014, p. 112-113). Na continuidade da análise, observa-se a crítica desenvolvida na obra gadameriana tanto ao papel que a ciência objetivista formalista exerce na modernidade racionalista, quanto a *compreensão* (*Verständnis*) de técnica e alguns indícios conceituais apresentados para a busca da superação desse modelo cientificista que também está consolidado na Teoria da Constituição.

3.1.1 Ciência objetivista-formalista e a crítica gadameriana

A *hermenêutica filosófica* institui-se como crítica à sociedade técnico-científica, pois o cientificismo objetivista se consolidou nos últimos decênios, o que, de certo modo, pode ser verificado através do método que compartimentaliza a “teoria” e a “prática” em campos distintos do saber. (GADAMER, 1996a, p.136-137). Dessa maneira, é caracterizado o dogmatismo que configura a noção dominante de ciência racionalista na sociedade da técnica especializada que não pode nos alijar das responsabilidades com os *limites das decisões que, como homens, devemos assumir*. (GADAMER, 1998c, p. 120). A contribuição do diálogo (*Gespräch*) de Gadamer para a *compreensão (Verständnis)* desse processo de interpretação do mundo torna-se prudente e eficiente para crítica do objetivismo formalista da ciência moderna que orienta o pensamento jurídico constitucional ocidental.

Gadamer denuncia a ilusão que se apodera da ciência moderna e que supostamente proporciona um saber puro ou verdadeiro sobre seus objetos, além do significado paradigmático que a *hermenêutica filosófica* pode trazer para a hermenêutica jurídica. Da limitação filosófica que a ciência racionalista expressa, assim como a sua relação de amor/ódio, emerge o debate sobre a condição da teoria, da prática e da sua potência instauradora da totalidade entre homem e mundo, quando reorientada no diálogo (*Gespräch*) herdeiro e (re)configurador da *práxis*. (DUTT, 1998, p. 95). A hermenêutica filosófica é se constitui num paradigma que pretende ser universal, assim sendo, tem a intenção de se apresentar como uma filosofia que dê conta de tudo e que pode ser objeto de debate com outros paradigmas, apresentando melhores soluções para as questões que esses paradigmas concretizam. É com esse intuito que a hermenêutica filosófica adentra no universo da discussão da hermenêutica e não apenas na apresentação de alguns aspectos.

Ao desenvolver sua fundamentação sobre as características do modelo hermenêutico que propõe, Gadamer (2002a, p.460) destaca o fato de que se torna essencial

[...] admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido, à situação atual do intérprete. Nesse sentido nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação. Não significa isso voltar à distinção tradicional das três *subtilitates* de que falava o pietismo, pois pensamos, pelo contrário, que a aplicação é um momento do processo hermenêutico, tão essencial e integrante como a compreensão e a interpretação.

Por outro lado, em Gadamer, fica a tensão entre as ciências naturais (*Naturwissenschaften*), originada na resistência da investigação moderna contra o apriorismo da filosofia idealista, além de a vontade do saber se impor às interrogações sobre a fundamentação

apriorística da filosofia que deixava à margem a verdadeira investigação.(GADAMER, 1998c, p. 21-22). Nota-se que, por trás do discurso cientificista, encontra-se uma desvalorização radical do mundo visível. (DOSTAL, 2002d, p.256-257).Mas a humanidade segue em busca da verdade, capaz de conhecer, a procura do *sentido do ser*. No Direito, a hermenêutica jurídica analisada por Gadamer indica um racionalismocientificista que está abarcado na crítica ao modelo de hermenêutica romântica submersa em psicologismo subjetivista. (SCHLEIERMACHER, 2003, p.63-64). De acordo com Ferrajoli (1997, p. 871-872), tal racionalidade pode abertamente arraigar-se na via do positivismonormativista de matrizes objetivista e garantista. Em Schleiermacher, a interpretação institui-se em relação entre o autor original e o intérprete.

A doutrina da ciência não significa a epistemologia, mas a dedução filosófica do saber humano propugna pela complementaridade entre a preocupação que tenciona a filosofia moderna e o resgate da herança do antigo saber da humanidade. A ciência tem sentido de saber e informação, de modo que a prudência aristotélica pavimentava o caminho da razão e a filosofia prática gadameriana. (GADAMER, 1981, p. 79-80).É repreensível a ciência racionalista estar distante de uma adequada aplicação à *práxis*, negando-se a precedência da teoria no interior da própria *práxis*. De acordo com Gadamer (2007c, p. 34), a dimensão hermenêutica, no interior em que acontece o *diálogo(Gespräch)* da humanidade, desde o início dos tempos, e que, hoje, própria abertura, “segundo o critério mundial de nossa cultura da humanidade em seu crescimento conjunto”, está destinada e

[...] procede da *práxis* concreta das ciências, para as quais a reflexão sobre o método, isto é, o procedimento controlador e a falsificabilidade é evidente para todos. Nesse sentido, essa reflexão hermenêutica buscou em todo lugar o aval da *práxis* da ciência. [...] Numa época em que a ciência penetra sempre mais decisivamente na *práxis* social, esta mesma ciência só poderá exercer adequadamente sua função social quando não ocultar seus próprios limites se as condições de seu espaço de liberdade. (GADAMER, 2002 b, p. 509).

Não há nada na natureza da ciência que abandone a variedade cultural, se a ciência for compreendida como pesquisa livre, irrestrita e fundadora, com regras práticas para nos dotarem de *parâmetros para avaliação* de nossa direção que é constituída pelo próprio processo. Seria um equívoco desconhecer a pretensão de dominação que se anuncia nos novos métodos de controle da natureza e da sociedade(BERNSTEIN, 1986, p. 89-90). A forma imediata com que se indicamos instrumentos vivos e cedem espaço a maneira mediatizada de conduzir, de equilibrar, de organizar, e isto é tudo (GADAMER, 1983, p. 19-20).

No século XX, a ciência experimental se afirmou, de modo hegemônico, em uma espécie de saber modelo para as teorias filosóficas. A ciência moderna conduziu uma ruptura entre prática e ciência, e se caracteriza pela sensação de incompletude (universalizante) e a técnica por respostas imediatas (concretização). Há um risco ao qual a superespecialização ou tecnização conduz a sociedade, e é importante o questionamento à concepção hegemônica de ciência e de seus métodos, visto que tem sido compreendida como via única de sua aplicação ao saber. (GADAMER, 2011, p. 42). A verdade das ciências humanas depende da aplicação do diálogo (*Gespräch*) que nos leva à visão de que a verdade histórica transcende as épocas, mas conseguimos interpretar o presente (GRONDIN, 2012, p.17-30). A tarefa exercida pela ciência na evolução humana é analisada por Gadamer, pois

Não se trata apenas de a ciência hoje ter se tornado o primeiro fator produtivo da economia humana. O seu emprego prático criou também, antes, uma situação fundamentalmente nova. Ela não está mais limitada, como era outrora no sentido de *techne*, a preencher as possibilidades de outra constituição deixadas em aberto pela natureza (Aristóteles). Ela ascendeu ao plano de uma contrarrealidade artificial. (GADAMER, 2011, p. 14-15).

Gadamer (2011, p. 25-26) criticava a existência de uma espécie de *institucionalização da ciência* que conduzia um modo de dogmatizá-la ou normalizá-la, o que constitui a formação do juízo que se forma no contexto da vida econômica e social na era industrial, instituidora de uma capacidade racional de julgamento que é ensinada e praticada. Em nome da naturalidade dessa técnica apropriada pelo homem que renuncia a própria liberdade, uma vez que fica absorvido por suas próprias leis, constitui determinada irrenunciabilidade intransponível da “ciência”, que se eleva à outra condição. A experiência prática e a tradição ocupam *locus special* na forma como Gadamer reconhece o modo como a ciência tem sido observada atualmente, visto que

Aquilo que, da maneira descrita, sobre o saber da humanidade é reunido da experiência prática e da tradição fora da “ciência”, não apenas deve ser submetido à comprovação pela ciência, mas, se for aprovado, ele mesmo pertencerá ao campo de análise da ciência. Em princípio, não há nada que, desse modo, não esteja subordinado à competência da ciência. (GADAMER, 2011, p. 11-12).

Grondin (2012, p. 17-30) esclarece que “toda verdade das ciências humanas depende da aplicabilidade”. Na atualidade, os estudos sobre o *espírito* (*Geist*) conduzem a ciência a um sentido diferenciado, sendo possível reencontrá-los. O homem aprendeu a *techne*, e não podemos esquecer-la. Infelizmente, não podemos apreender o conhecimento moral, nem o esquecer, e não ficamos contra ele, como se fosse algo que pudéssemos adquirir ou não, como podemos contrair uma habilidade objetiva, uma *techne*. No entanto, se está continuamente em

uma situação de agir, e, portanto, devemos já possuir e ser capazes de aplicar conhecimento moral. (GADAMER, 2002b, p. 317). A ciência moderna preocupa-se com o ideal de verificação, restrição do saber que pode vir a ser reproduzido.

Na contemporaneidade uma característica intrínseca do interpretar e do compreender é o fato de não poderem ser demarcados como atos absolutamente abstratos. Apenas *entendemos* e *compreendemos* (*Wir Verstehen*) porque já conhecemos, em parte, algo. Igualmente, só podemos perguntar por que já possuímos um conhecimento ou uma vivência prévia, ou, pelo menos, sabemos que não sabemos tudo. De acordo com Gadamer (1998c, p. 118-119), o motivo de tal fato seria a fé que a estrutura da sociedade atual deposita na ciência, na qual emerge soberana a figura do especialista, em que cada um sabe uma parte e procura se unir em uma consciência comum, para não arcar com a responsabilidade, em vez de *compreender* (*Verstehen*) que

O modelo de ciência, que caracteriza o nosso tempo, deveria proteger-nos, também, da tentação de levar a cabo, em construções apressadas, a satisfação da necessidade de unidade da razão. [...] a necessidade de justificação filosófica é um processo que não tem fim. Nele se realiza não só, o diálogo que cada ser pensante trava consigo mesmo, mas também o diálogo no qual estamos todos compreendidos e que nunca cessará, ainda quando se proclame que a filosofia está morta. (GADAMER, 1983, p. 24-25).

Gadamer escreve sobre a primazia da “autoconsciência” e do método que ocupou *locus* significativo no debate filosófico do século XX, ao passo que argumenta sobre o Outro, que é como Eu próprio, um Eu, e esse Eu está inserido em uma sociedade contemporânea tanto com o Direito formalista objetivista quanto com o decisionismo subjetivista. Para o subjetivismo, não há *verdade universalmente válida*, provinda dessa verificação o fato de que ocorre uma restrição da validade e da verdade ao sujeito que julga e conhece, pois é *claro que o bom gosto jamais há de possuir uma real universalidade empírica, pois que o apelo ao gosto dominante ignora a genuína natureza do gosto*. (GADAMER, 2002a, p. 93). Nessa compreensão, a ciência tem se afirmado em uma época *no domínio técnico-científico da natureza* que assumiu grandes proporções, em que o problema transcendental da intersubjetividade é essencial para a filosofia, a fim de reconduzir com prudência

[...] à volta da ciência moderna, há zonas pardas e marginais de meia-ciência ou pseudociência que não satisfazem inteiramente as condições da cientificidade e, não obstante, podem ter talvez algum valor de verdade. Mas, além disso, há uma ampla e fundamental limitação das possibilidades da ciência moderna. Ela está presente em toda a parte onde a objectivação e a metódica objectivação apresentam um inadequado modo de acesso. (GADAMER, 2001a, p. 34).

Essa busca da sociedade por informação, uma tendência evolutiva, faz da figura do especialista um perito, criando uma relação estreita entre o saber e o poder, constituindo-se em espécie de *Monastério dos Sábios*. (WARAT, 1995a, p. 96-99). O especialista da sociedade técnico-científica busca atingir um fim, estipulado de acordo com a consciência e a razão prática, o que o faz entrar em conflito com quem decide. Em geral, a relevância que a experiência científica ocupa na sociedade é superdimensionada, aqui, entretanto, há uma posição diferenciada, e, nessa perspectiva, convém pensar um conceito de ciência cujo modelo não seja aquele que cinde o observador do observado, nem aquele que produz uma análise purificadora do real, já que

[...] ciências tem agora não apenas a preferência de ser passível de comprovação e acessível a qualquer um: com base no seu procedimento metodológico, ela também reivindica ser a única experiência segura e ser o saber, através do qual qualquer experiência seja, primeiramente, legitimada. [...] sobre o saber da humanidade é reunido da experiência prática e da tradição fora da “ciência”, não apenas deve ser submetido a comprovação pela ciência [...] Em princípio, não há nada que, desse modo, não esteja subordinado à competência da ciência. (GADAMER, 2011, p. 10).

Gadamer (1998c, p. 21) insiste no fato de que é na *viragem da filosofia para a experiência do mundo da vida* que se desenvolve algo mais significativo que ascéticos processos de abstração, que visam dar validades a fatos comprovados, de modo a legitimar uma perspectiva de ciência positiva, distanciando-se da emergência da descoberta do “conceito”. Observam-se com cautela as interrogações de Gadamer, no sentido do encontro entre um novo modelo de avanço tecnológico e a humanidade. O acontecer perturbador de um déficit na formação da consciência sociopolítica que não esteve à altura do esclarecimento científico e do progresso técnico e seus riscos unem Benjamin e Gadamer. Benjamin abordou diversos outros temas em suas teses ao conceito de história que, nos autoriza a elaborar a hipótese de sua preocupação com uma espécie de Teologia Política, entretanto abordaremos em ensaio futuro, seu pensamento messiânico sendo possibilitador do resgate de um modelo “socialista” que supere a vertente oficializada pelo materialismo histórico realizado por diversos Estados-Nação na Europa do início do século XX, o autor refuta o marxismo ortodoxo, apenas revela/antecipa sua crise e, propugna por uma nova orientação humanista. Benjamin se propôs a “(re)trabalhar” o materialismo dialético e o messianismo, de forma a produzir uma fusão de horizontes com a “facticidade histórica” com a “experiência do mito”, “capitalismo como religião” ou “reprodutibilidade da técnica”. (MATE, 2011, p. 196). A civilização tem se

revelado, apesar do aumento de conhecimento, incapaz de antecipar seu significado e suas consequências, e a ciência

Não deve assumir para si a corresponsabilidade pelas consequências de sua aplicação. E permanece o fato de que a consequência lógica imanente da pesquisa possui um caráter próprio de necessidade. Nesse aspecto reside o direito imprescindível da exigência de liberdade de pesquisa.(GADAMER, 2011, p. 33).

A consciência contemporânea é debatida por Gadamer, uma vez que tem sido estruturada pela *ciência* e para a *ciência*, a partir de um viés racionalista objetivista-formalista dogmático, que reproduz o *senso comum teórico dos juristas* traz ao Constitucionalismo e à Constituição uma nova forma de sentido.(WARAT, 1994, p. 13-17). Por meio de um *Gadamer político*, que analisa temas de preocupação humanista como energia nuclear, meio ambiente, tolerância religiosa, automação mecânica e políticas de saúde, desvela-se um modelo cientificista-tecnicista moderno, que tem conduzido a um perfil de sociedade que tende a se constituir em “um fim em si mesmo”, que se afasta da alteridade possível no *diálogo*.(GADAMER, 1998c, p.129-130). *O giro linguístico* possibilitou o rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, fazendo com que a linguagem deixasse de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto para ser condição de possibilidade. Daí porque o processo de interpretação deixa de ser reprodutivo para ser produtivo. (STRECK, 2001, p. 170-172).

Para a hermenêutica, *o giro linguístico (Linguistic Turn)* distancia aquela máxima de que a representação dos objetos ou das coisas estaria na mente do sujeito, desconstruindo o primado das coisas sobre as palavras, que, paralelamente, desloca o centro do objeto ou das coisas representadas na mente do sujeito para a linguagem e as palavras. (GADAMER, 1986, p. 296). Com o acontecimento do giro linguístico, a palavra – *logos*– (a linguagem e o discurso) torna-se a referência das coisas na busca ao conhecimento científico. (MENDES, 2007, p.207-208). Na perseguição ao método científico adequado, Nunes (2011, p. 271) contribui:

O método é a via que lhe permite concretizar-se objetificando-os em objetos de proposições coerentes, por sua vez fundamentadas nesse mesmo processo metodológico. Dá-se, porém, que a objetificação metodológica traz em si mesma uma atitude de distanciamento relativamente ao que se conhece, atitude essa que não só se expõe à anterior atitude de adesão, de pertença, corresponde a verdade situacional do Dasein, como também a desconecta, neutraliza ou abstrai, alienando-nos dela, onde quer que possa introduzir-se, no fazer artístico ou no conhecimento histórico, que responde as interrogações sobre o passado.

Para Gadamer, os cientistas “[...] estão tão obcecados e presos pelo metodologismo da teoria da ciência que só conseguem ver regras e sua aplicação. Não percebem que a reflexão sobre a práxis não é técnica” (2002a, p. 514). E vários cientistas – em seu *modus operandi* –, ao não apreenderem além da aplicação de seus métodos científicos, utilizam-se de um ponto de vista reducionista, que verifica a vida humana e sua *práxis* apenas por meio da tecnicização científica ou de uma mera aplicação de métodos.

O objetivo de Gadamer é revelar como o processo de compreensão não deve ser abreviado à aplicação de métodos predeterminados, e indicar que tornar consciente a procura do domínio de objetos mediante métodos é mais uma tentativa, e, por essa razão, tanto o objetivismo científico quanto o voluntarismo subjetivista constituem-se em formalismos reflexivos. (ROHDEN, 2008, p. 54-55). A hermenêutica não é nem envolve um método dogmático de interpretação, mas um modo que organiza o ser humano na atribuição de sentidos para o mundo e esclarecer a maneira como os homens conferem sentidos à sua própria atividade. A *hermenêutica filosófica* contribuiu para a desmistificação e desidealização científica.

[...] a hermenêutica filosófica insere-se num movimento filosófico de nosso século que superou a orientação unilateral do *factum* da ciência, que era evidente e natural tanto para o neokantismo quanto para o positivismo da época. Mas a hermenêutica tem sua relevância para a teoria da ciência, na medida em que com sua reflexão no âmbito das ciências descobre condicionamentos de verdade que não pertencem à lógica da investigação, mas que a precedem. (GADAMER, 2002a, p. 509-510).

Verifica-se que na construção de seu modelo filosófico, indica-se a fenomenologia como referência, mas, também, sua refutação aos métodos cientificistas objetificantes que consideram que sua validade e autenticidade são asseguradas pela pretensa postura de neutralidade com relação ao que interpreta (metodologia das ciências naturais). A ciência é referência na construção do conhecimento hermenêutico, entretanto, sua absolutização da realidade torna-se insuficiente em razão da inclusão gadameriana enquanto movimento e de conceitos como historicidade, tradição, linguagem e experiência, estabelecendo exigências cognitivas ao intérprete. A noção de método aqui empregada é construída em torno da ciência moderna e dos parâmetros da dúvida cartesiana. (CARNEIRO, 2011, p.84-85).

O homem deve recorrer, em cada decisão, a tantas fontes de saber quanto forem apropriadas, porém, este deve ser *compreendido* como um fim em si mesmo, e não como meio para se atingir objetivos. O material investigativo da ciência é a própria sociedade, e se a ciência fosse conclusiva, tudo seria estritamente científico – o que, de fato, não o é. O domínio técnico-

científico da natureza alcançou proporções que distinguem, qualitativamente, os séculos XX e XXI. Com as transformações científicas transcorreu *ogiro linguístico*, que se caracteriza por ser um instrumento eficaz contra o subjetivismo e a discricionariedade, na medida em que a *linguagem*, que é algo dado e não está à disposição do intérprete, traz os sentidos que viabilizam a *compreensão* (*Verständnis*), que, na lógica do “círculo hermenêutico”, antecipa-se ao discurso. (GARCIA, 2011, p. 520-521). Gadamer analisa a problemática de uma possível verdade que fica velada ou nem é obtida por serem utilizados métodos exagerados, restritivos e/ou irracionais, sem obrigação, para se atingir a uma resolução adequada à sua compreensão.

Observa-se que Gadamer se insurge contra a dominância do critério técnico-científico da eficácia – o pensamento formalista-objetivista, o qual se revela insuficiente à vida do homem sobre a terra. Para além das verdades da ciência, a vivência humana não prescinde do *saber ser* com os outros e do saber decidir, que partem de um conhecimento integral e meditativo ou crítico-reflexivo da filosofia. (GADAMER, 1996a, p.163-164). Esse mundo não mais se apresenta como algo acabado, mas, sim, como material para o homem construir seu mundo antropocêntrico, pois esse homem não é apenas o sujeito da ciência e da técnica, e cada vez mais tem se tornado objeto.

3.1.2 Gadamer, a técnica e a superação do cientificismo

Na apropriação da técnica, torna-se imprescindível distinguir que esta não se resume a seu *corpus* fenomenológico, bem como a seu aparecimento nos dispositivos manufaturados; suas forças não se esgotam em uma limitação reflexiva. O pensar sobre a técnica trata, em sua essência, no seu modo de ser, sem se deixar levar por ponderações antecipadas difundidas a respeito de suas consequências. A técnica não é a mesma coisa que a essência da técnica e nos diz também que, para obter essa essência, deve-se passar pelo que é correto, aquilo que é verdadeiro. A técnica contemporânea é um instrumento constituído pelos homens, isto é, um meio de realização de fins industriais indicados pelo homem na sua interação com a natureza, e, como ferramenta em questão, é aplicação prática da ciência moderna da natureza estabelecida sobre o império particular no interior da civilização da sociedade moderna.

Gadamer traz o caráter científico que a filosofia possui frente ao entendimento do mundo assentado em evidências subjetivas e da compreensão do todo, a fim de que a doutrina se ocupe decisivamente da verdade,

Como a própria concepção de mundo, considerada como algo que está mais além de toda pretensão de cientificidade. No entanto, a filosofia pode ser encarada como científica por boas razões: não obstante todas as suas diferenças em relação às ciências positivas, conserva uma necessária proximidade com elas, que a separa do âmbito da concepção de mundo, baseado em evidências subjetivas. Isto não se deve unicamente à sua origem. (GADAMER, 1983, p. 9).

Na compreensão (*Verständnis*) atual do mundo, a técnica poderia ser entendida como um instrumento capaz de auxiliar ou conduzir ao resultado desejado. Os esforços para conduzir o homem a uma adequada relação com a técnica são condicionados pela concepção instrumental da técnica, contudo, é essencial uma vez mais questionar a técnica, uma vez que é na sua natureza que se alicerça o edifício da modernidade. A essência da técnica não é nada de técnica, por isso, a meditação fundamental sobre a técnica e a discussão decisiva com ela deve acontecer em um âmbito, que, por um lado, está aparentando com a natureza da técnica e, por outro lado, é fundamentalmente diferente dela. A técnica desenvolveu e consolidou métodos objetivistas e formalistas que instituíram, de modo autorreprodutivo, um fim em si mesmo.

A técnica moderna possui um perfil que é caracterizado como instrumento de ação do homem, de modo que tem uma relação com a física como a ciência experimental mediada por especulações científicas. A lei progressiva da ciência moderna advém de todo o universo da planificação e da técnica. O problema de nossa civilização e das obrigações que sua tecnificação cria em nós está na falta de uma instância intermediária entre o conhecimento e sua aplicação prática. O modo de conhecimento da própria ciência é tal que impossibilita essa instância, uma vez que ela própria é técnica. (GADAMER, 2002b, p.62).

Mas, por essa mesma razão, falar de “aplicação” é algo problemático, já que só se pode aplicar aquilo que já se possui. Ora, o saber ético não é nossa propriedade, como são as coisas de que dispomos e que podemos ou não usar. Assim, se é verdade que a imagem que o homem forma de si mesmo, quer dizer, do que ele quer e deve ser, é constituída por ideias diretrizes como as de “justo” (*recht*) e injusto, coragem, solidariedade [...]. (GADAMER, 1998 d, p.52).

O especialista está entre a ciência e a prática sociopolítica, constituindo-se em instrumento consultivo no processo decisório, de modo que não deve ter a responsabilidade de dar a última palavra no que tange a decisões que se aproveitam de seu conhecimento. (GADAMER, 1998c, p. 118-119). O especialista vem assumindo cada vez mais espaço na sociedade, especialmente em razão da crescente ignorância daqueles que tomam as resoluções. O saber do cientista tem origem no processo investigativo, e, em diversas oportunidades, faz-se imperioso admitir algumas possibilidades, o que faz com que um elevado número de suas

opiniões sejam consideradas como suposições irrelevantes nas quais atua o estágio técnico da civilização. A ciência oportuniza para si o poder de justificar a vida social em bases lógicas e de romper o preconceito da inexorável autoridade da tradição. (DOSTAL, 2002d, p. 248-249). Esse caminho é percorrido de modo a trazer um novo sentido à vida humana, pois

[...] a forma silenciosa na quais esferas cada vez mais amplas da vida humana são submetidas ao domínio técnico e a decisão pessoal de cada um e do grupo é substituída por automatismos racionais. [...] uma mudança fundamental de nossa vida. E ela se torna ainda mais digna de atenção, menos por se tratar do avanço técnico-científico como tal, mas pela resoluta racionalidade no emprego da ciência, que supera a força da persistência do hábito e todas as barreiras do tipo “concepção de mundo” [...] limitados por normas que se mantinham válidas em nossa tradição cultural e religiosa de modo inquestionável e evidente. (GADAMER, 2011, p. 17).

O Direito Constitucional tem se conduzido de modo a consolidar o modelo tradicional da supremacia da técnica, apesar de a pressuposta hegemonia da concepção técnica dos juristas ser assimétrica à gênese humanista, procedendo ao distanciamento dos compromissos éticos ali delineados e, enfim, uma fissura na tradição. Nesse horizonte, cabe destacar o debate que Gadamer travou com Betti, pois, de certo modo, o autor italiano, na defesa de seu objetivismo ingênuo, buscou, sem êxito, distinguir a interpretação científica, conduzindo-a por um caminho que se afastou absolutamente dessas e outras formas de interpretação, em vez de admitir a indissolubilidade da criação na compreensão e interpretação em todas elas. (GADAMER, 2007e, p. 98). Logo, indicamos a redução do Direito e do fenômeno constitucional à técnica dogmática, na medida em que isolou e cindiu a denominada “interpretação científica”, tanto da aplicação reprodutiva quanto da aplicação prática, é objeto de nossa crítica a partir de categorias gadamerianas como a *dialética* e o *diálogo hermenêutico*.

Gadamer critica a *compreensão* (*Verständnis*) de ciência positivista e dogmática, uma vez que a *teoria* se constitui em elemento essencial da normalização abstrata que implica a conformação do saber, pois o caminho exige um comportamento investigativo, tornando a *práxis* um meio fundamental da construção teórica que tencione o modelo tecnicista apropriado por uma visão científicista, racionalista e hegemônica na sociedade moderna. (GADAMER, 1998d, p. 30). A condição de possibilidade para a ciência moderna em harmonia com a técnica atual se transforma em força produtiva resultante de um *modo de ser* compreensivo da *consciência histórico-feitual* revelado pela *linguagem*. Galileu e Newton, exemplos da transformação da filosofia, contribuíram para a propulsão da ciência, na qual se formou um

novo *sentimento demundo* que articula a linguagem e a cooperação comunicativa asseguradora de sua legitimidade¹¹, que pode prolongar a vida do homem. (GADAMER, 1983, p. 17-18).

O positivismo jurídico desconstitui o tecido humanista, no Direito, que decorre do positivismo de corte normativista e de seu sedutor fascínio pela redução ao formalismo técnico e dogmático, que conduz à perda do compreender, reduzindo a percepção jurídica à distinção normativa. De acordo com Gadamer (2001, p. 126), é na *compreensão* (*Verständnis*) que o homem encontra sua morada, a correspondência entre si mesmo e o domínio da coisa (*Sache*), “que distingue ao artesão, ao especialista, ao criador de novas configurações e formas, ao *technites*, ao homem que domina uma técnica”. Na concretização de sua técnica é o lugar que o homem descobre para expressar a conformação de sua natureza, visto que o âmbito da filosofia não é algo dado como positivo, superando as possibilidades finitas do conhecimento, pois quer indicar coisas tão subjetivas e privadas que a técnica, por si só, é incapaz de resolver. Portanto, é essencial o reconhecimento que, aliados a um positivismo normativista de *matriz garantista*¹², é possível reconstruir, de maneira menos objetivista e formalista, um novo tecido humanista.

O avanço da ciência vive de sua autocorreção, e, no mesmo sentido, uma *práxis* científica, estruturada da aplicação da ciência, exige, através da autocorreção, a elevação do nível de autenticidade das expectativas que são investidas nela. A autocorreção acaba desvelando o respeito da “dificuldade” da racionalidade pura e elimina a transformação do padrão sensorial a partir da própria experiência decorrente de toda mudança da natureza e da

¹¹ GADAMER, Hans-Gerg. **VERDADE E MÉTODO**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. Edição. Editora Vozes. 2002. p. 261-2. A comparação deve servir como uma espécie de legitimação para justificar por que o conceito de preconceito, que contém uma relação interna profunda com o conceito de autoridade, necessita de uma reabilitação hermenêutica. Como toda comparação, também essa é caolha. A experiência hermenêutica não consiste em que algo esteja fora e cioso para entrar. Ao contrário, somos tomados por algo, e, em virtude disso que nos toma, sentimo-nos abertos para o novo, o outro, o verdadeiro. É o que nos mostra Platão com a bela comparação entre a comida para o corpo e o alimento espiritual: enquanto podemos recusar o primeiro, por exemplo, pelo conselho do médico, o segundo é sempre assimilado.

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: La ley del más débil**. Editorial Trotta: Madri, 2001. p. 55. Teoría del derecho y crítica del derecho. En una segunda acepción, garantismo designa una teoría jurídica de la validez y de la efectividad como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la existencia o vigencia de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el ser y el deber ser en el derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia - (...). Y lo es más aún en la cultura política y en el sentido común, donde habitualmente prevalece el obsequio al derecho vigente cualquiera que sea y a sus modos incluso ilegales de funcionamiento práctico. En contraste con las imágenes edificantes de los sistemas jurídicos ofrecidas por sus representaciones normativas y con la confianza apriorística en la coherencia entre normatividad y efectividad difundida por la ciencia jurídica, la perspectiva garantista, por el contrario, invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones, así como la conciencia del carácter en gran medida ideal y por tanto irrealizado y pendiente de realización de sus propias fuentes de legitimación jurídica.

cultura humana. (GADAMER, 2011, p.32-33).Tais situações não conduzem Gadamer em direção a uma forma de relativismo que se apoie no subjetivismo voluntarista – inclusive, a referida tradição foi questionada na crítica ao romantismo e historicismo, e, assim sendo, o *medium* é tão difícil de ser reconhecido quanto necessário. Gadamer (2002a, p. 513) destaca o irracionalismo da ciência:

[...] é que, em nome da racionalidade, a teoria da ciência abandona-se a um completo irracionalismo e considera ilegítima a tematização desses pontos de vista da prática do conhecimento, feitos pela reflexão filosófica. Chega ao ponto, inclusive, de acusar a filosofia, que faz essa reflexão, de estar imunizando suas afirmações contra a experimentação.

Ao decompor as partes de um todo, se vê que a hermenêutica metodológica pretende extrair o sentido como se esse fosse seu objeto exclusivo, pressupondo que seu sentido é dado e apenas precisa ser revelado, pois a hermenêutica reduz-se a uma simples metodologia quando desvincula seu procedimento interpretativo do plano histórico, político, moral, como se sua validade e autenticidade fossem asseguradas pela pretensa postura de neutralidade com relação ao que interpreta. Nesse momento, a hermenêutica metodológica tornou-se mais técnica do que ciência. Em sentido moderno, o método acaba sendo um conceito unitário, pelo qual surge uma configuração de um poder trilhar cognitivo de maneira consciente que se permite refazê-lo sempre, em razão do que, em *Verdade e Método*, vê-se que *methodos* significa “caminho de seguimento”. (GADAMER, 2002b, p. 59-60).

Metódico é poder-seguir sempre de novo o caminho já trilhado e é isto que caracteriza o proceder da ciência. Justamente por isso faz-se necessário estabelecer logo uma restrição daquilo que pode resultar desta pretensão à verdade. Se a verdade (*veritas*) só se dá pela possibilidade de verificação – seja como for – então, o parâmetro que mede o conhecimento não é mais sua verdade, mas sua certeza. (GADAMER, 2002b, p.62).

Não existe compreensão livre de preconceito, mas não é o método que garante a verdade. O que o instrumento do método não obtém, tem de ser alcançado através da disciplina do perguntar e do investigar. (GADAMER, 1996b, p. 346-347). A aproximação entre ciência e técnica constitui espaço essencial à construção de um saber novo, pois, “quanto à grande discussão da ‘ciência’ e a práxis, parece-me, no entanto, mais certo afirmar que a ciência possibilita um saber direcionado a uma capacidade de fazer, um domínio sabedor na natureza, quer dizer, a técnica”. (GADAMER, 1998a, p. 216; 218). Desse modo, demonstra que isso não é propriamente *práxis*, assim como não é um *saber* contraído como totalização de várias

experiências da prática decorrente da vida (*Leben*) e com modos de agir, mas trata-se de um saber que autoriza uma relação de *práxis*, ou melhor, aquela da aplicação construtivista, em que a humanidade está disposta a aceitar sua própria limitação e, apesar da especialidade do saber da ciência, encontra felicidade apenas em seu progresso e no domínio da natureza.

[...]consequências da técnica é o haver conduzido a uma tal manipulação da sociedade humana, da opinião pública, das formas de vida de todos nós que, às vezes, se chega quase a perder o alento. A metafísica e a religião parecem haver oferecido melhores pontos de apoio para as tarefas de ordenação da sociedade humana que o poder acumulado pela ciência moderna. (GADAMER, 1983, p. 10).

Gadamer define a sua perspectiva de teoria e realiza aproximações com antigas formas de *compreender* a noção de experiência científica e sua objetivação, que serve à integração ao contexto de ação. A ciência racionalista moderna forja-se em uma espécie de *princípio dogmático* que subordina o saber à *competência da ciência*, de modo que a observação é o método usado para obter uma melhor *compreensão* (*Verständnis*) dos objetos e fundamenta nossa posição sobre o “fato” que evidencia seu percurso *teórico*. A observação não é mero ato individual instantâneo, mas uma atitude, uma posição e um estado em que se encontra; trata-se de uma espécie de assistir participativo e envolvido, visto que significa não só presença, *mas também que o presente está “inteiramente aí”*. (GADAMER, 2001, p. 36-37).

O estabelecimento de um novo método para fundamentar o conhecimento precisa se relacionar com a força mais fundamental da tradição, através da qual toda a atividade cultural é apresentada e sustentada. A tradição, Gadamer diz, tem uma justificativa, que está além do fundamento racional e, em grande parte, determina nossas instituições e atitudes. (LAWN, 2007, p. 53).

Há insuficiência da hermenêutica espiritual-científica a partir da hermenêutica jurídica e da teológica, o que indica que a *compreensão* (*Verständnis*) consiste no fato de que, antes, não é necessária a cogenialidade para reconhecer o que é verdadeiramente essencial e o sentido original de uma tradição. (GADAMER, 2002a, p. 463-464). O problema do método está determinado pelo objeto – o que constitui um postulado aristotélico geral e fundamental – e, relacionado ao nosso interesse, vale a pena considerar a relação entre *ser ético* e *consciência ética*, contudo, retornemos à ontologia gadameriana. Torna-se cristalino que o *problema hermenêutico* se aparta de um saber puro, separado do *ser*, pois, antes da pertença do intérprete com a tradição com a qual se confronta, vivíamos na própria *compreensão do acontecer*, na ciência.

[...] [o que] chamamos de ciência, não cabia, em sua maior parte, dentro do campo de designação da palavra *philosophia*; diante do uso que a ela davam os gregos, a expressão “ciências empíricas” soaria aos seus ouvidos, como algo contraditório. Eles nomeavam este tipo de conhecimento como história, testemunho, O que nós designamos com o conceito usual de ciência foi entendido pelos gregos, sobretudo, como o saber daquilo sobre cuja base é possível fabricar algo: o chamavam *poietike episteme* o *techne*. (GADAMER, 1983, p. 12-13).

O método científico pode ser entendido como experiência eficiente, e é caracterizada pelo fato de ser autônoma de qualquer situação da ação e de nenhuma integração em um contexto da ação, e, simultaneamente, essa “objetividade” significa que ele pode servir a qualquer contexto possível da ação. (GADAMER, 2011, p. 11-12). O saber da humanidade e sua comprovação por meio da ciência racionalista são descritos de forma crítica e, em especial, seu procedimento metodológico em que a experiência é realizada nas ciências. O cientista, em relação ao saber, busca não apenas sua comprovação acessível, mas ainda pretende ser a única experiência que concretiza o saber em uma experiência legitimada.

Na reconstrução da lógica hermenêutica da pergunta, aquele que pergunta se converte no perguntado. Recorde-se das atribuições do magistrado durante uma audiência ou em um julgamento frente às partes, em que o objetivismo, presume-se, está contido nas provas documentais, enquanto que o subjetivismo está nos depoimentos das partes, testemunhas e peritos. Da parte do objeto, esse acontecer constitui que o conteúdo da tradição entra em jogo e desenvolve-se uma possibilidade de sentido. O verdadeiro método seria o fazer da própria coisa, pois pensar é ampliar uma coisa em sua própria consequência. A dialética, como arte do diálogo (*Gespräch*), comporta, a partir da formulação de perguntas, liberar o olhar e orientar-se adequadamente para a coisa. (GADAMER, 2002a, p. 554-555). Ao proceder de tal forma, sua decisão jurisdicional poderá estar situada em um *locus hermenêutico* entre os horizontes objetivista e subjetivista, em uma espécie de *medium* de uma nova gramática jurídica (constitucional) para além de um decisionismo voluntarista ideológico ou ingênuo. E, para o melhor entendimento do projeto gadameriano, é necessário compreender que

A experiência humana é finita, e, contudo, a finitude da consciência e sua experiência não excluem de maneira nenhuma uma consciência da infinitude da experiência. [...] O projeto gadameriano intencionou assegurar a concepção fenomenológica de experiência, marcada por uma finitude essencial e radical, em contraposição à concepção hegeliana, que a suprassumiu no saber absoluto; e, a partir daí, a filosofia, em lugar do ser. (ROHDEN, 2002, p. 95).

A Teoria da Constituição e o Direito experimentam os limites da Ciência do Direito expresso na TPD, de corte objetivista-cientificista, de Kelsen e de seus herdeiros pós-positivistas. (CÁRCOVA, 2012, p. 112-115). As advertências de Gadamer sobre a técnica compreendem o potencial da *Constituição*, que engendra instrumentos de *compreensão (Verständnis)* na fusão entre o *Estado Democrático de Direito* e a *hermenêutica filosófica*, na ruptura epistemológica tanto da compreensão hegemônica do positivismo normativista verificável na *Ciência Jurídica* e, em especial, na Teoria da Constituição, quanto do redimensionamento do subjetivismo voluntarista, que se assenta celeremente na *jurisdição constitucional*. (STRECK, 2002, p. 660; 666). Na *hermenêutica filosófica* reside a compreensão ética de nós nos deslocarmos à situação do Outro. Dessa maneira, deve-se compreender tornando-se conscientes de sua *alteridade* e até de sua individualidade irreduzível, deslocando-se em direção à ascensão a uma universalidade elevada.

[...] a contribuição da hermenêutica é de fundamental importância/ a partir da ideia de que “a verdade” no campo jurídico é uma verdade-hermenêutica, é dizer, a experiência de verdade a que se atém a hermenêutica é essencialmente retórica/ com profundos coloridos pragmáticos [...] Por isso a hermenêutica pode contribuir de maneira significativa para resolvê-lo e para pensar este problema fora de uma concepção da história como puro Jogo de forças ou, por outro lado, como progresso no conhecimento objetivo de uma realidade dada e estável. (STRECK, 2001, p. 249).

Do surgimento do conflito desvela-se a urgência do *diálogo (Gespräch)* adaptando a reflexão sobre as possibilidades e a resignificação que o contexto lhe delineia. A crise significa incerteza, pois precisa aguardar seu final para conhecer como se deu o *diálogo hermenêutico* e investigar sua construção, assim como o *movimento*, que pode tornar a Teoria da Constituição na conformação da Constituição como abertura capaz de encontrar e desenvolver elementos que possam contribuir para a superação da dicotomia entre objetivismo e subjetivismo na decisão da jurisdição constitucional. A hermenêutica é a revelação da filosofia primeira encontrada no *diálogo filosófico*, que não se desprende de outros modelos, mas integra-os, de modo totalizante, em que *mediar* é a essência do hermenêutico, e a mediação mais normativa funda-se na interpretação, pois verifica-se que, com a dialética, havia investigação em comum e em movimento com viragem de ideias. Isso era uma espécie de *diálogo (Gespräch)* em que a ética se instituía neste conflito decorrente do projeto educativo platônico conformador da filosofia. (VALAURI, 2007, p. 272-273). Entretanto, isso contribuiu decisivamente para uma hermenêutica ontológica. (ROHDEN, 2002, p. 290-292).

Constata-se a premência no desenvolvimento de um pensar sobre a *fusão de horizontes* entre a ciência moderna e a sociedade, e o lugar que a tradição e a consciência social exercem no pensamento que se volta ao agir social, além do problema da aplicação quando envolve a eticidade e a ontologia no Direito. No “debate acerca de *objetividade vs. subjetividade*”, os passos objetivos são dados de acordo com interesses subjetivos e interpretados segundo premissas reunidas por esses interesses. Desse modo, teorias científicas tornam-se conflitantes ou deixam de fazer sentido quando universalizadas, presumindo-se válidas em todas as circunstâncias, e uma tradição pode recomendar valores absolutos, mas a própria tradição não é absoluta. Gadamer opõe-se persistentemente ao fluxo geral do pensamento iluminista e modernista e questiona a condição que o método assume na modernidade, gerando dependência sobre a qual sobrevém uma matriz e um movimento procedural como busca inquestionável do conhecimento. (LAWN, 2007, p. 53).

Analizamos o sentido moderno que os padrões da *técnica* têm significado para a contemporaneidade, tornando a técnica moderna um meio para o fim e atividade do homem, uma vez que estabelecem objetivos, procura e utiliza meios para alcançá-los. O risco que a técnica pensada acriticamente traz à sociedade é visto por um saber que está silente, pois, na sociedade moderna, vive-se na vigência da técnica que intimida e ameaça com a possibilidade do desencobrimento da disponibilidade de uma via racional. A adoção da técnica formalista tem desempenhado uma função estagnante da tradição constitucional que se manifesta tanto na jurisdição constitucional quanto na compreensão da Constituição. O compreender da Constituição fica à mercê de um debate extremado entre objetivistas e subjetivistas e de suas consequências teórico-práticas que se manifestam na fundamentação das decisões em sede de jurisdição constitucional dentro de um ambiente que ainda não evidenciou completamente as consequências para o Direito do *giro linguístico* sobre a concepção da ciência moderna racionalista.

Na sequência, dar-se-á curso à investigação sobre a aproximação da hermenêutica e a Teoria da Constituição de caráter formalista-objetificante. Além disso, abordar-se-ão as contribuições que surgem como condição de possibilidade para revitalizar a tradição constitucional, a partir da hermenêutica filosófica e do horizonte da dogmática constitucional, a atitude teórica gadameriana e o problema da reflexividade no Direito, bem como a experiência hermenêutica de Gadamer e a hermenêutica jurídica.

3.2 HERMENÊUTICA E A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO FORMALISTA OBJETIFICANTE

3.2.1 Hermenêutica filosófica e o horizonte da dogmática constitucional

A hermenêutica é um instrumento no conhecimento histórico, na interpretação da cultura, pois compreender uma tradição requer um horizonte histórico, que não é conquistado deslocando-se uma situação histórica, pois é necessário ter sempre um horizonte para poder mover-se a qualquer momento. Sob esse ângulo, a hermenêutica teria uma universalidade, uma generalidade e uma formalidade que seriam características da hermenêutica filosófica, de modo que, em Gadamer, três possibilidades são encontradas e fundamentadas: a “universalidade da dimensão linguística da compreensão”, a “hermenêutica universal”, que se refere à cosmovisão universal do ser humano, bem como a “ampliação hermenêutica para um questionamento universal”. (GRONDIN, 2000, p. 201).

A experiência hermenêutica e a linguagem são desenvolvidas por Gadamer no sentido de que a apropriação não é simples recepção ou simples relato do texto interpretado, mas é como uma nova criação do compreender. Constitui uma espécie de unidade interna de *compreensão* (*Verständnis*) e interpretação que se configura na interpretação, que, por sua vez, desenvolve implicações de sentido de um texto e as torna expressa linguisticamente. Em relação ao texto dado, parece uma criação nova, mas não afirma uma existência própria ao lado da *compreensão* (*Verständnis*). A não objetificação da experiência visa não apenas legitimar uma verdade na arte, mas um conceito de verdade, que corresponde ao todo de nossa experiência hermenêutica. (ROHDEN, 2009, p.64). Gadamer claramente se manifesta sobre a colisão entre objetivismo e subjetivismo no Direito, visto que

[...]a aspiração para uma solução justa para os juízes e para o tribunal permanecem normativos no mesmo sentido. Isto deixa claro que o conceito de objeto e objetividade não é suficiente, quando o que está em questão não é o domínio de um objeto e a superação de uma resistência, mas a reconquista de uma participação no sentido. É isso, porém, que denominamos compreensão. (GADAMER, 2007e, p.98).

No Direito Constitucional, o horizonte tradicional dogmático está fechado ao entendimento unívoco da resposta universalmente válida sob a ótica normativa, entretanto, em Gadamer, a normatividade emerge na *compreensão* (*Verständnis*) e faz valer o critério na medida da “compreensão”, o que lhe aproxima de Dworkin. (HOY, 2007, p.500-501). Na verdade, o horizonte do constitucionalismo está em transformação, já que está impelido a testar

nossos preconceitos.(GADAMER, 2002a, p. 417-419).Esse fato enseja que parte dessa prova é o encontro com o passado e *compreensão(Verständnis)*de nossa tradição. A Teoria da Constituição se tornou estabilizada em razão do apogeu do objetivismo e instrumentalismo da ciência de matiz formalista e da dinâmica que a dogmática jurídica impregnou no imaginário gnosiológico dos juristas.(ANDRADE, 1996, p. 110-111). Logo, a universalidade da *hermenêutica filosófica* contribui para uma nova compreensão gadameriana da Teoria da Constituição, do constitucionalismo e, em especial, para a *teoria do agir* do sujeito constitucional.(HÄBERLE, 1997, p. 38-40).

Na hermenêutica, adotar a concepção de *diálogo hermenêutico* e sua leitura sobre o constitucionalismo formalista objetificante e a *condição existencial da Constituição* como lugar da experiência hermenêutica, e sua possível tarefa como fio condutor da crítica aos *mitos* e do paradigma positivista-cientificista kelseniano, assentados na tradição histórica consolidada na Constituição como lugar da norma fundamental, é nosso objetivo. A elaboração da situação hermenêutica demonstra a obtenção do horizonte de indagação para as questões que se colocam à frente da tradição, em que o intérprete do Direito é um sujeito inserido/jogado, de forma inevitável, em um ambiente cultural-histórico, em uma tradição. Quem interpreta é sempre um sujeito histórico e concreto, imerso na tradição e impregnado de uma pré-compreensão advinda da *filosofia da consciência*.(STRECK, 2001, p. 258). O sujeito histórico é esclarecido, por Gadamer (2002a, p. 554-556), em sua *consciência histórico-efetiva*, que envolve:

[...]A consciência com experiência histórica, na medida em que nega o fantasma de um esclarecimento total, justo por isso, está aberta para a experiência da história.[...]realizar-se como a fusão de horizontes do compreender que faz a intermediação entre o texto e seu intérprete.[...] a fusão dos horizontes que se deu na compreensão é o genuíno desempenho da linguagem.[...]significado constitutivo da pergunta para o fenômeno hermenêutico, e o fizemos pela mão da conversação, que subjaz, por sua vez, à pergunta, como um momento hermenêutico. (GADAMER, 2002a, p. 554-556).

O horizonte do passado –*tradição*– é um horizonte histórico. A leitura filosófica contextualiza-se no tempo e no espaço, e, sem se prender a uma dessas margens, instaura experiências autênticas de sentido do ser que se diz de várias maneiras. A tradição possui uma produtividade singular, de maneira que “nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que a autoridade do transmitido, e não somente o que se aceita racionalmente, tem poder sobre nossa ação e sobre nosso comportamento”, conduta essa que não é a simples reprodução de formulas preestabelecida, mas que transforma continuamente nova configuração à medida que se torna *diálogo* permanente. Tradição não deve, assim, ser entendida com costume, pois

este não se efetiva por livre determinação, assim como sua validade não se estabiliza nesta, visto que, a tradição é o alicerce da validade dos costumes. Com as lições de Gadamer (2002b, p. 465), busca-se a compreensão das coisas, *a distância existente entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta, no caso particular, é insuperável, por essência*, não busca confirmar suas antecipações, mas, sim, tentará tomar consciência delas para controlá-las e obter, assim, a reta compreensão a partir das coisas mesmas.

A hermenêutica jurídica predominante no pensamento dogmático (na doutrina e na jurisprudência) continua refém das práticas dedutivas-subsumitivas, que pressupõe a existência de categorias ou significantes primordiais-fundantes. [...] resultado deste processo subsumitivo-dedutivo, está o método, supremo momento da subjetividade. [...] o rompimento paradigmático na hermenêutica proporcionada por *Verdade e Método* de Hans-Georg Gadamer, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica não mais será uma “questão de método”, passando a ser filosofia. (STRECK, 2001, p. 59)

O *constitucionalismo* e o significado da *Constituição* se expõem ao existencial compreender como estrutura constituinte do modo de *ser-no-mundo* e de acesso aos outros e às coisas. Vê-se que se desenvolve uma dupla crise de programações e instrumentos teóricos em que o processo que determina um desaparecimento de princípios universais se institui em aspecto da situação presente, visto que não se é organizado a questionar modelos teóricos (STRECK, 2002, p. 95-96). Não se trata de aplicar, na Teoria da Constituição, pressuposições da *hermenêutica* em relação ao positivismo jurídico, contudo, trata-se do problema da linguagem, da superação da metafísica da norma fundamental dos quadros conceituais da filosofia e da interpretação, de modo a oportunizar o ressurgimento da ontologia por meio do diálogo hermenêutico no Direito Constitucional e na Teoria da Constituição por meio do constitucionalismo. Impõe-se assumir o constitucionalismo enquanto hermenêutico, que é capaz de engendrar um sujeito hermenêutico dotado de uma real consciência histórico-efetiva mediadora na aplicação do Direito por meio da jurisdição constitucional. (HÄBERLE, 1997, p. 54-55).

A filosofia se desenvolveu com a dicotomia da compreensão-incompreensão, do distanciamento-pertença, em que a *compreensão* começa quando algo nos chama a atenção, e essa é a principal das condições hermenêuticas. O homem rompe com a ideia de destino e constitui-se como protagonista e trilha seu caminho quando aborda a questão do sentido e de sua historicização, de modo que o sentido de sentido remete a um aspecto existencial, na medida em que o termo significado vincula-se ao aspecto gramatical. O encaminhamento da decisão envolve

o hermenêutica em uma *compreensão autêntica* do caráter legitimador que a tradição exerce na construção da Constituição existencial que se encontra de um modo que

Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Nós conhecemos a força dessa fusão, sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos. (GADAMER, 2002a, p.457).

Em Gadamer, não é a história que nos pertence, mas nós que pertencemos a ela. A historicidade não é uma limitação, mas, antes, condição de possibilidade de nossa compreensão, que se formou a partir dos pré-conceitos. E aí, surge o pensamento primordial de Gadamer: superar a filosofia da subjetividade. (OLIVEIRA, 2006, p. 228-229). Gadamer insere o caráter circular da compreensão, na medida em que ela se realiza a partir de uma pré-compreensão, que é procedente de nosso competente mundo de experiência e de compreensão, mas essa pré-compreensão poder enriquecer-se por meio da captação de conteúdos novos. (OLIVEIRA, 2006, p. 230). Uma teoria da decisão que envolve a jurisdição constitucional pressupõe a ruptura com o subjetivismo que se torna possível a partir do reconhecimento dos preconceitos e da adoção de um caráter de compreensão circular. (ALE, 2011, p.170).

Enfim, verifica-se que o horizonte do presente histórico está em constante formação, na medida em que estão sempre em xeque nossos preconceitos, pois não se configura a margem do passado, tampouco no presente, por si mesmo, de modo que compreender é continuamente processo de *fusão de horizontes*. Lembremos que a história é caracterizada por um elemento que não se pode ignorar: o *ser histórico* jamais pode se transformar em transparência plena. A melhor forma de reiniciar esse processo reflexivo com a *hermenêutica filosófica* é aquele em que a distância temporal deve equacionar a verdadeira tarefa crítica de apontar entre os *preconceitos verdadeiros e falsos*. Por essa razão, a consciência formada hermenêuticamente inclui uma consciência histórica essencial ao jurista na resolução dos conflitos que se lhe apresentam continuamente em seu agir na prestação da jurisdição constitucional.

3.2.2A atitude teórica e a reflexividade no Direito

Gadamer evidencia uma espécie de consciência formada que tem sido constituída pela ciência racionalista em uma técnica reducionista do *saber*, em que o sujeito hermenêutico não pode esconder-se de si mesmo. Com a *hermenêutica filosófica*, não é admissível formar uma

consciência estruturada “pela ciência” e “para a ciência”, visto não ser possível constituir-se em “consciência humanamente formada”, que aprende a implicar os pontos de vista do Outro e a buscar o consenso sobre o que é comum e por ambos os significados.

O perfil da sociedade moderna indica-se desejável quando questões são observadas a partir de uma *fusão de horizontes*, que consagra a tarefa da hermenêutica e evita uma assimilação irrefletida que explicita a relação de conflito existente entre o texto e o presente, do subjetivismo e objetivismo – tradição e consciência histórica. (FRUCHON, 1994, p.174-175). Na cultura como centro produtor de legitimação constitucional, a presença do discurso de legitimação da democracia com o estado de confiança do Estado democrático produz impacto significativo na Constituição. (FERRAJOLI, 1997, p. 886-888). Assim, é perceptível a influência que a cultura exerce nesse processo que *compreende*, a partir de uma cultura contemporânea, o constitucionalismo que engendra um novo sentido de Constituição em que é evidenciado o problema da reflexividade. (MÜLLER, 2000, p.179). E, sobre os elementos estruturantes do Direito, verifica-se que

[...] as “fontes normativas” deixam de ser funcionalmente adequadas para fornecer os impulsos e as bases juridicamente conformadoras de uma sociedade diferenciada. Consequentemente, o “centro político” e o seu sistema de fontes geram um vazio funcional. O vazio funcional do centro não equivale, é bem de ver, a um vazio do sistema político no seu conjunto. Também aqui não há vazios estratégicos. (CANOTILHO, 1998, p. 1258).

A *teoria*¹³ apresenta-se como condutora da intensificação da vida, e a ciência racionalista, que se utiliza da técnica de modo instrumental, tem-se afastado dessa trilha, e, na moderna tradição jurídica, essa teoria deve ser compreendida como “doutrina”. Realça a mediação como construtor do conhecimento e possibilita a apresentação da hermenêutica, com a qual podemos observar com mais atenção os usos da ciência e da técnica na sociedade contemporânea. Gadamer (1998, p. 40) observa a questão acerca do significado do papel

¹³ GADAMER, Hans-Georg. **Elogio da Teoria**. Edições 70. Lisboa: Portugal, p.36-7. Parece-me de préstimo recordar agora o sentido originário, grego, de teoria, *theoria*. A palavra significa a observação, por exemplo, das constelações de estrelas, significa ser espectador, por exemplo, no teatro, ou ser participante de uma embaixada festiva. Não significa o mero “ver” que verifica o que está presente ou armazena informações. A *contemplatio* não se detém num ente determinado, mas num âmbito. A *theoria* não é o acto individual instantâneo, mas uma atitude, uma posição e um estado em que nos demoramos. É um “assistir” no seu belo duplo sentido; significa não só presença, mas também que o presente está “inteiramente aí”. Alguém é participante num procedimento ritual ou numa cerimônia, quando fica absorto na participação, e isso encerra sempre um tomar parte com outros ou um partilhar o mesmo com outros possíveis. “Teoria” não é, pois, em primeiro lugar um comportamento pelo qual nos apoderamos de um objecto ou o tornamos disponível através da explicação. Tem a ver com um bem de outra espécie.

(apropriação) que a teoria tem ocupado na sedimentação do discurso científico dogmático, em vez de dever exercer, no mundo da vida, condição de realização do ser.

Gadamer (2011, p. 144) observa o papel que a teoria desempenha no *mundo da vida* (*Lebenswelt*), e, ao mesmo tempo, a ciência moderna não pode esquecer-se da própria humanidade. A partir da *práxis* dessa condição humana, pode alguém, de tempo em tempo, e, por um momento, dedicar-se ao puro conhecimento, tendo em vista que a vida é a unidade de teoria e prática, a possibilidade e a tarefa de cada elemento que compõe a teoria. Observa-se que em idêntico recuo à constituição fundamental do homem, e não com a *práxis*, com as experiências de permuta entre homem e homem ou da relação do homem com as coisas, que, decerto, não se podem denominar teóricas. (GADAMER, 2007c, p.68). O reconhecimento da relevância da teoria é perseguido por Gadamer quando aborda a hermenêutica enquanto tarefa prática na construção do agir de um conhecimento não restrito aos métodos científicos de caráter formalista, que aprisionam o *ser* a um *saber* e um *agir* dogmáticos. O intérprete do Direito realiza o movimento de *ir e vir*, como *diálogo*, da teoria à prática, da norma à *applicatio*, sempre que um fato do mundo da vida (entificado) se torna um fato jurídico.

No entrecruzamento da hermenêutica e a teoria da Constituição, as funções clássicas da Constituição e suas colisões teóricas contemporâneas evidenciam novos problemas: o pós-modernismo e a globalização, bem como a (re)discussão em torno dos Direitos Humanos e a legitimidade da Constituição (poder constituinte e sociedade civil), o perfil do Estado desejável (Estado Democrático de Direito), sociedade moderna, entre outros, são questões que devem ser observadas a partir de uma *fusão de horizontes*. (GADAMER, 2002a, p.457). Consagra-se, assim, a tarefa da hermenêutica em evitar uma assimilação (ir)refletida ao mesmo passo em que explicita a relação de conflito existente entre o texto e o presente – tradição e consciência histórica –, que venha a trazer a cultura (projeto de horizonte histórico) como centro produtor de uma *nova legitimação constitucional*. (MÜLLER, 2000, p.107-109). Tal legitimação deve ser capaz de compreender e refletir a partir de uma cultura contemporânea (dirigente, garantista e pluralista), e seus reflexos no constitucionalismo atual podem engendrar um *novo sentido de Constituição*. (STRECK, 2001, p. 246-247). Aqui, evidencia-se o *problema da reflexividade*. (CANOTILHO, 1998, p.1258).

A edificação dos instrumentos de informação dos juízes, particularmente quanto à ampliação da probabilidade de participação no processo constitucional, comporta um *diálogo* (*Gespräch*) efetivo entre os participantes do amplo processo de interpretação. (DALLMAYR, 2007, p.55-56). No entanto, acima de tudo, deve emergir uma nova

compreensão (*Verständnis*) de Constituição não entificadora e acolhedora de um modelo estrutural que indica o *diálogo hermenêutico* como forma de resolução de conflitos para além de uma subsunção de normas jurídicas de caráter formal-objetificadora, como se instituiu o formalismo jurídico de matriz positivista-normativista. A primeira palavra é o *ser* (*Sein*), e, em Gadamer, o *ser* (*Sein*) não podia ser compreendido por conta da linguagem dos horizontes culturais. Consegue-se compreender o mundo, mas, às vezes, a nossa *compreensão* resulta erroneamente em projetos incompletos. É exatamente o *ser* que compreendemos na expressão de Gadamer. É um discurso sobre o *ser* (*Sein*), a partir do *ser*, que remete a uma postura que imbrica *ser* e *saber*, que desemboca em uma ontologia dinâmica e coerente com o saber humano. (GRONDIN, 2012, p. 13).

A supervalorização do conhecimento científico, no século XIX, levou a uma distorção do seu real valor. Com a filosofia moderna, cada um a interpreta de acordo com o seu entendimento. E, desse modo, “ter mundo quer dizer comporta-se para com o mundo. Mas comporta-se para com o mundo exige, por sua vez, que nos mantenhamos tão livres, face ao que nos vem ao encontro a partir do mundo, que consigamos pô-lo ante nos tal como é”. (GADAMER, 2002a, p. 643). O autor nos fala que o conceito de mundo é considerado uma oposição do conceito de mundo circundante, que convém a todos os seres vivos do mundo. Reconhecendo em cada língua uma construção para estudar em sua autoridade comparativa a riqueza dos meios de que se serviu o espírito humano para exercer sua capacidade de linguagem. (GRONDIN, 1999, p. 199-200).

A mediação, no sentido mais conhecido, sempre uma vez mais normativo, em termo hermenêutico, é interpretação, e ela é encontrada no *medium* original, espantoso e angustiante da *tonalidade afetiva* (*Stimmung*), que se expressa por meio de uma filosofia autêntica. (FIGAL, 2008, p. 50-51). No desenvolvimento da teoria, ocorreu um longo processo de aprendizagem que atravessa o tempo, produzindo invenções e formando habilidades conducentes ao início da técnica, dando um passo significativo para a ciência teórica. Tal situação indica, de certo modo, sua preocupação com os rumos que têm sido observados pela natureza de *saber do ser humano*, como forma de autoconsciência pertencente a um universo em que a cibernética tem ocupado espaço cada vez mais significativo. (GADAMER, 2011, p. 22-23). O pensar hermenêutico tem sido relegado a um papel coadjuvante na sociedade tecnicista, formalista e entificadora, uma vez que o que

[...] caracteriza a autêntica teoria filosófica é o tomar parte — sempre — no ato de conhecer. E tomar parte consiste em realizar uma experiência que afeta nossas vidas

numa perspectiva de totalidade, própria do autêntico filosofar, superando a relação estanque sujeito-objeto na filosofia. A hermenêutica filosófica não trata simplesmente de “uma doutrina do método de compreender, mas da pergunta filosófica[...]ao todo da experiência do mundo e práxis da vida humana”. (ROHDEN, 2002, p. 75).

O desenvolvimento do modelo estrutural do diálogo (*Gespräch*) e da mediação (*Vermittlung*), no meio dos dois, preenche uma totalidade que se mostra como ligada em si e exige do *sujeito hermenêutico* compromisso ontológico. Contudo, ela só foi conquistada junto a modelos, pois ela não está apoiada em investigações concentradas na coisa mesma porque seu caráter mediado e mediador do conhecimento filosófico ainda carece de uma clarificação, e, para tanto, é preciso que narremos, por outro lado, o que é precisamente um conhecimento mediado e mediador. (FIGAL, 2008, p. 66).

Em conclusão, *o ser (Sein)* significa um poder ser si mesmo, pois tem por características a indefinição e as infinitas possibilidades, diverso da tradição do positivismo normativo de Kelsen, que entende que a interpretação científica pode aclarar ao legislador. O texto produzido não atende seu próprio interesse e a demanda técnica jurídica que seja capaz de evitar a pluralidade de significações que conduz de modo eficiente a segurança jurídica. (KELSEN, 2007, p. 170-173). Gadamer afasta-se de uma ciência vazia, uma vez que nossa preocupação deve ser controlar a aplicação do nosso *ser-capaz-de-fazer*, sendo possibilitado cientificamente, e não simples tarefa da ciência, como a *tarefa da política* de compreender e apreender a deter-nos perante *Outro como Outro*, em que se destaca a utilização dos princípios metodológicos abertos, que não conduzem a uma síntese única, mas que oferecem plurais perspectivas ao investigador. (GADAMER, 1998c, p.132).

Aqui, pretendeu-se identificar elementos que aproximam a hermenêutica filosófica (consciência histórica efetual e práxis) com a atitude teórica crítica que deve estar impregnando o intérprete da Constituição. Identificaram-se conceitos que podem colaborar para a superação do problema da falta de pretensão reflexiva do jurista para os limites e os problemas que permeiam a Teoria do Direito. Na compreensão decorrente da fusão de horizontes entre a hermenêutica e a Constituição, pode-se, pela práxis, constituir uma crítica capaz de contribuir para a relegitimação da Constituição para além de objetivismos e subjetivismos vulgares que se apropriam de uma racionalidade técnica e entificadora.

No item a seguir serão objetos de investigação a *experiência hermenêutica* de Gadamer e sua contribuição reflexiva para desvendar, por meio do princípio da hermenêutica, a *tradição constitucional objetivista* e o *dogmatismo* refratário à hermenêutica filosófica.

3.2.3A experiência hermenêutica e o dogmatismo no Direito

A *experiência hermenêutica*, como o surgimento do novo, é fundamental para o crescimento do *ser(Sein)*, enquanto participante de uma pluralidade cultural. *Acrítica* que se faz de Gadamer parte de um cientificismo objetivista dogmático que possui um conteúdo fraco e limitado de que é composto. A forma de conhecer absolutiza um *jogo de linguagem* e o desvincula das demais perspectivas filosóficas, porém, a hermenêutica filosófica possui a pretensão de articular lógica e ontologia, historicidade e cientificidade, *Verdade e Método*, e é, sob nosso ponto de vista, o pensamento autenticamente “forte”, dada sua amplitude e coerência entre ser e pensar. (GADAMER, 2002a).

O princípio da hermenêutica atua como espécie de elemento propulsor de uma presunção da verdade a partir da qual o sujeito observa os fenômenos na sua temporalidade. Gadamer, em sua teoria, destaca a participação do *ser(Sein)*. A teoria não deve ser pensada como um comportamento da subjetividade, como uma autodeterminação do sujeito, mas a partir daquilo que o sujeito está observando e ao que está se jogando. (GADAMER, 2002a, p. 457-458). A teoria é verdadeira participação, não é atividade, mas um sofrer (*pathos*), isto é, um ser tomado de modo arrebatador pela visão, já que institui-se com

[...] o saber pré-teórico e com a totalidade do mundo da vida que não pode ser objetificado. Trata-se de uma totalidade não totalmente objetificável, que, diferentemente da metafísica grega e moderna, retoma e reconstitui o esquema sujeito-objeto num nível relacional, situado historicamente, onde os polos são conservados e ampliados, sem supremacia de um ou outro. A partir dessa relação dialógica, consideramos a experiência que o sujeito realiza o núcleo a partir do qual podemos retrabalhar o reducionismo da razão e com o qual justificaremos a hermenêutica filosófica. (ROHDEN, 2002, p. 77).

Refletir sobre a experiência hermenêutica é pensar a respeito da estrutura que possibilita a tomada de consciência das consequências da história sobre nossa própria compreensão. (GADAMER, 2002a, p. 453). O que experimenta se torna consciente de sua experiência, se torna um especialista, transforma-se em novo horizonte dentro do qual algo pode converter-se, para ele, em experiência para o agir prático no Direito. A consciência estruturante pode ser observada na tensão social decorrente da manifestação do tempo e da *tradição* no constitucionalismo, por meio do poder constituinte ou da mera prestação jurisdicional dos operadores do Direito impregnados pelo senso comum teórico dos juristas (filosofia da consciência) imersos no formalismo jurídico objetificador. (STRECK, 2010a, p. 109; 115-116). A matriz dessa *consciência histórica humana formada* decorre do encontro entre

A teoria da informação e a técnica mecânica podem ser fecundas para o estudo do ser humano, esclarecendo o modo funcional da consciência humana através de seus modelos. Mas essa construção de modelos não pretende dominar cientificamente a vida orgânica e consciente do ser humano. [...] a sua verdadeira tarefa, a do conhecimento científico natural de sistemas tão altamente complicados, ainda não tenha crescido. (GADAMER, 2011, p. 22-23).

Na inversão da consciência entendemos sempre de outra maneira, sem a garantia de obter o patamar do científico, do inconfundível. A reflexão não é externa à filosofia, mas a constitui, e o ato de filosofar abrange quem filosofa, alargando, indagando, retificando e ratificando o horizonte pessoal e no qual se encontra. (ROHDEN, 2002, p.86-87). Na hermenêutica filosófica “é possível descobrir e tornar consciente algo que foi encoberto e ignorado por aquela disputa sobre os métodos”. (GADAMER, 2002a, p. 415).

A consciência agora não é apenas do “em-si” do objeto, mas do para-nós e nós-para ele. [...]da definição de experiência de Hegel que Gadamer estrutura sua noção de experiência: “o movimento dialético que realiza a consciência consigo mesma, tanto em seu saber como em seu objeto, na medida em que para ela o novo objeto verdadeiro surge precisamente”. [...] a experiência tem a estrutura de uma inversão da consciência e é por isso um movimento dialético. (ROHDEN, 2002, p. 86-87).

A hermenêutica poderia parecer ingênua, contudo, ao contrário, o que acontece é que instaura uma consciência crítica, na medida em que forma *consciência histórica efetual* adotando uma situação determinada, o que sedimenta uma compreensão de Direito Constitucional enquanto relacional com a tradição e o tempo provocadora de uma mutação constitucional adequada a uma crítica ao positivismo normativista. (CASTRO, 2003, p. 114-116). A Constituição tem sido apresentada em nossa tradição como sendo a organização fundamental do Estado. A nossa tradição conservadora dá prioridade a uma visão estatista da Constituição, de modo que precisa (re)conhecer a mutação que se faz necessária à ampliação do Estado, o que nos impele a buscar (re)estabelecer, na ordem do dia, visto que, com sua admissão da mutação constitucional, a sociedade e os indivíduos participavam do processo de transformação da Constituição por meio de seus costumes, que tencionam a norma e impõem sua modificação de forma direta ou não, muitas vezes por meio do pluralismo político. (LOEWENSTEIN, 1983, p. 164-165).

En la mutación constitucional, por otro lado, se produce una transformación en la configuración del poder político, e la estructura social o del equilibrio de intereses, sin quede actualizada dicha transformación permanece intacto. Este tipo de mutaciones constitucionales se da en todos los Estados dotados de una constitución

escrita y son mucho mas frecuentes que las reformas constitucionales formales. (LOEWENSTEIN, 1983, p. 164-165).

A mutação age sobre a estrutura da história, indicando a realidade político-social como segunda natureza. O tempo é, assim, a matéria de que são constituídas as relações sociais que transformarão o sentimento constitucional. O tempo é a conteúdo do poder e, também, o ritmo no qual se emendam e ordenam todas as ações constitutivas da estrutura do poder que legitimam a Constituição. A assimetria ou a diferença contextual entre as épocas são reconduzidas a uma inovação lógica, a uma nova plasticidade da imagem e do tratamento científico internalizando o tempo histórico no tempo ontológico. No que concerne à fusão de horizontes e à dileção de horizontes, é gerada uma inconstância na fixação de um conjunto de pré-conceitos os quais não se desprendem como seres históricos. Rohden (2002, p. 89-90) recorda a relação intrínseca da hermenêutica com o ser no horizonte histórico:

Mas o reconhecimento próprio da hermenêutica é aquele em que o outro, como pessoa, também pode ter razão sobre o eu. Nessa relação, nenhum dos polos é anulado, mas ambos reconhecem-se no outro, ampliando seus horizontes; a polaridade eu-tu, na concepção hermenêutica, não é assimétrica no sentido da parábola hegeliana do senhor e escravo, na qual no final ocorre uma simples inversão da assimetria inicial.

Uma das razões de Gadamer sobre a questão da arte é que a experiência seria uma forma de advertência à consciência científica, pois reconheceria os seus limites, visto que uma verdade não se condiciona à conformação entre *res* e *intelecto*, o que pode ser percebido na crítica ao pensamento de Betti. Betti entendia que Gadamer e Heidegger possuíam um problema fundamental ao constituírem a possibilidade de um conhecimento histórico objetivo, pois sua estrutura de pensar hermenêutico partia do reconhecimento do fenômeno do entender pela concepção relativista e subjetivista que se caracterizava por um compreender de matriz materialista e de um subjetivismo egocêntrico. (BETTI, 1990, p. 251).

Palmer, na defesa de Gadamer, critica Betti, que, de forma limitada, imputava aos autores já citados uma crítica destrutiva da objetividade, visto que mergulhavam a hermenêutica em um *relativismo*, sem quaisquer regras, já que era a integridade do próprio conhecimento histórico que estava a ser atacada e necessitava ser protegida. (PALMER, 2011, p. 56). Ainda sobre o tema do suposto relativismo de Gadamer em sua hermenêutica, Streck (2012a, p. 491-494) é responsável por um enfrentamento seguro e contundente, de modo a desmistificá-lo filosoficamente. Betti sustentou a ação recíproca interna entre o interesse histórico-jurídico e o interesse dogmático-jurídico, todavia, enredou para uma ingênua epistemologia e para um

psicologismo crasso quando concebeu o ato de compreensão como processo divergente em relação ao ato de criação. (GADAMER, 2008, p. 97).

Ao descrever o processo de compreensão em *Verdade e Método*, Gadamer acabou afirmando *um acontecer* no sentido da apropriação de nossa situação histórica de compreensão. A denominada interpretabilidade, condutora da pré-estrutura de nossa compreensão, deve, de agora em diante, com alicerce na *história do ser*, ser, conseqüentemente, alçada à transparência, isto é, à interpretação. (GRONDIN, 2001, p. 187-189). Para Gadamer, tal condição consiste muito mais na entrega de nosso *si próprio* ao *aí*, aquilo que nos arrebata e nos instiga a atenção ao

[...] reconhecer que o mestre da arte de descrição fenomenológica não seguiu quaisquer preconceitos arbitrários e lamentáveis ao empreender tais descrições “das coisas mesmas”, descrições que possuem um tom dogmático. Precisou-se de uma crítica diversa, que não colocou criticamente à prova a arte de descrição do fenomenólogo, mas antes a compulsão à fundamentação pela qual ele estava tomada e a conceptualidade que se encontra como obviamente válida à base dessa compulsão. (GADAMER, 2007b, p. 34).

Gadamer inaugura a *Parte Ide Verdade e Método* com a análise da consciência estética, com o objetivo de validação/legitimação da *experiência de verdade*, que se dá pela obra de arte, contra a verdade científica, adotada pela estética, mas que não acontece na arte desse contexto. A relevância da teoria da experiência hermenêutica e seu suposto método científico pode ser considerado núcleo de sua obra, e ilumina uma nova *compreensão(Verständnis)* da Constituição. O aprendizado de Gadamer na experiência estética nos ensina, no plano jurídico, que se revela como uma experiência de verdade que ultrapassa o âmbito contido ao controle do método científico, visto que é *compreensão(Verständnis)* da nãoobjetificabilidade da experiência, da verdade. Sua contribuição para a *compreensão(Verständnis)* da Teoria da Constituição e do *Constitucionalismo*, que des-entifica a Constituição, se torna mais eficaz e situa-se no campo da *autenticidade* dela enquanto critério de concepção da *experiência hermenêutica*, que revela.

A negatividade constitui outro traço central da experiência hermenêutica, e ninguém a apreendeu como motor da verdade tão claramente como Hegel, para quem ela é a fonte interior de toda atividade, automovimento vivo e espiritual, a alma dialética que tem toda a verdade nela mesma, somente através da qual ela é verdadeira. (ROHDEN, 2002, p.99).

A *experiência hermenêutica* estimula a superação do *dogmatismo* de todo sentido, tal como o fez a filosofia crítica com relação ao dogmatismo da experiência. Tal situação, por si

só, não caracteriza os intérpretes como sendo indivíduos especulativos, isto é, possui consciência do dogmatismo implicando uma interpretação mais eficiente.(FRUCHON, 1994, p. 510-511). A sociedade tecnocientífica tem se dedicado à experiência decorrente do conhecimento científico, descuidando a historicidade intrínseca da experiência histórica. (PALMER, 2011, p.197).

Na *Parte II de Verdade e Método* é acentuada a crítica ao objetivismo e ao subjetivismo na compreensão da ciência, já que Gadamer traz a descrição do dogmatismo que compreende a questão do conhecimento como uma autoevidência de que o sujeito aprende o objeto, portanto, como a consciência que apreende o que está frente a ela. A possibilidade e realidade de conhecimento verdadeiro é tão clara que atinge a condição de ser posta a impossibilidade deste, em que há absoluta confiança na razão humana que advém do espaço que “a posição para nós, a tradição ocupa entre estranheza e a familiaridade, é portanto o Entre, entre a objetividade distante referida pela história, e a pertença a uma tradição. Nesse Entre situa-se o verdadeiro local da hermenêutica”.(GADAMER, 2002b, p. 79).

As ilusões trazidas pelos mitos do dogmatismo da ciência jurídica estão assentadas na tradição cientificista da Teoria Pura do Direito sistematizador de um positivismo normativista predominante na concepção de Constituição como resultante simbólica do lugar de realização da norma fundamental. Tanto a tradição kelseniana quanto a hegeliana apresentam elementos positivos e negativos para o desenvolvimento da compreensão atual de Constituição material, e deve-se recordar que Gadamer chama a atenção para o fato de que o entendimento familiar do preconceito é julgamento não reflexivo ou raciocínio precipitado, resultando na intolerância de opinião puramente subjetiva ou repetição constante de sabedoria acumulada. (LAWN, 2007, p. 58).

Na investigação especulativa, há realização efetiva de sua autoconsciência metodológica, ou seja, a palavra interpretadora é a palavra do intérprete, a linguagem e o vocabulário do texto interpretado podem ser confinados a uma perspectiva do silogismo formal de corte positivista ou pós-positivista.(STRECK, 2014, p. 119-121). A realização da *compreensão* é a atualidade da consciência da história efetiva, e, como tal, é verdadeiramente especulativa: é inacessível no seu próprio *ser (Sein)*. No entanto, devolve a imagem que se lhe oferece à linguagem do intérprete, que é um fenômeno subsidiário da linguagem, comparado, na *gramática gadameriana*, com a celeridade do juízo inter-humano ou com a palavra do poeta em razão de retornar a referir-se a algo linguístico, e,

[...] não obstante, a linguagem do intérprete é ao mesmo tempo a manifestação abrangente da linguisticidade em geral, que encerra em si todas as formas de uso e formas linguísticas. Havíamos partido dessa linguisticidade abrangente da compreensão, de sua referência à razão em geral, e agora vemos como se reúne sob esse aspecto todo o conjunto de nossa investigação. (GADAMER, 2002a, p. 686).

A experiência faz parte da essência histórica do homem e pressupõe que se defraudem muitas expectativas. Toda experiência que mereça este nome cruzou-se no caminho de alguma expectativa. O historicismo influencia Gadamer, como o (des)velado mundo histórico e o mundo da crença que resultou em denúncia sobre a insuficiência da vinculação ontológica que conduz à renovação da questão do *ser* (*Sein*) no horizonte do tempo, pois, “com a compreensão do tempo desenvolvida na sua experiência hermenêutica”. (DOSTAL, 2002, p. 253-254). Em sua problemática, o historicismo contemporâneo envolve o entrelaçar entre a finitude e o historicismo que concretizará o caminho para sua hermenêutica da facticidade, pois trata-se de

[...] partir de um conceito dogmático de ser que pensa o ser como pura presença - e essa presença para uma “consciência” - que a finitude e a historicidade de nosso *ser-ai* se mostra como uma mera falta, que não consegue subsistir ante o ser verdadeiro, o eterno, o ser atemporal em si mesmo e para si mesmo. [...] se tornam conscientes enquanto tais como “consciência histórica”, a limitação e a condicionalidade de nosso poder-saber se mostram como a ameaça mortal do relativismo. (GADAMER, 2007b, p.36).

A forma da lógica hermenêutica da pergunta surge com aquele que pergunta e se converte no perguntado, e tem lugar o acontecer hermenêutico na dialética do perguntar. Nesse processo, ergue-se o sentido da pertença, como ele corresponde à nossa experiência hermenêutica. Verifica-se que a coisa (*Sache*) “suscita perguntas” (GADAMER, 2002b, p.13). O artifício de pergunta e resposta desenvolve-se, portanto, entre o texto e seu intérprete. Assenta-seem questão a coisa de que se fala. Para Gadamer, não há necessidade de classificar e distinguir conceitos. Desse modo, um livro, que aguarda a resposta do leitor, é a abertura de um *diálogo* dessa natureza, pois “Ali, algo vem à fala”. (GADAMER, 2002b, p.13). O “conhecimento e reconhecimento do tu” constituem o terceiro e o mais elevado modo da experiência hermenêutica.

Na obra *Verdade e Método*, enquanto abertura à tradição, da concepção de experiência, exige-se uma forma de saber que tem que consentir com a tradição em suas próprias pretensões. Não há uma visão generalista de reconhecimento da alteridade do passado, mas que pensa em sua singular existência essencial ao *diálogo* (*Gespräch*), em que a

[...] reconstrução da pergunta, a que o texto deve responder, está, ela mesma, dentro de um perguntar, com o qual nós mesmos procuramos buscar a resposta à pergunta que a tradição nos coloca. Pois uma pergunta reconstruída não pode nunca se encontrar em seu horizonte originário, já que o horizonte histórico, descrito na reconstrução [...] abrangido pelo horizonte que nos abrange a nós que perguntamos, e que somos atingidos pela palavra da tradição. (GADAMER, 2002a, p. 549-50).

A experiência da hermenêutica jurídica demonstra que o conteúdo de uma norma é algo bem maior que seu texto e que “seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la”, e esse aprendizado exige maior conhecimento do texto da norma, uma vez que o interprete “está obrigado a admitir que as circunstâncias fossem sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei”. (GADAMER, 2002a, p.485). No Direito, os processos que envolvem aplicação e interpretação, em relação à decisão jurisdicional ou administrativa, apresentam-se como resultado interpretativo e representam a aplicação do Direito em casos concretos (FELDMAN, 2007, p. 99-100). Nesse ambiente, tanto o jurista quanto o historiador do Direito possuem apenas o sentido prévio, mas que não lhes oportuniza desvelar o problema a ser compreendido, despojados dos instrumentos suficientes para o acesso a uma segura interpretação, visto que

Também em seu caso, compreender e interpretar significa conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à “ideia jurídica” da lei, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma mediação jurídica. O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de aplicação. (GADAMER, 2002a, p.487).

Pode se dar sob a forma de conhecimento de pessoas, tornando o *tu* um objeto de análise ou reconhecendo-o como pessoa. Com referência ao intérprete que antecipa este estado em *suspensão* estão o seu objeto e seu método. A suspensão enquanto *devir*, mobilidade, com a pretensão de ampliar horizontes do sujeito e do objeto, rompe uma entificação do objeto a ser compreendida por meio da hermenêutica, que, de fato, é tanto o *Constitucionalismo* quanto a *Constituição* cientificista-formalista. Essencial é emergir o *medium* da reflexão que concretize um ponto central da hermenêutica filosófica, que é um modo de saber “entre” (*Zwischen*) ideia e realidade, conceito e palavra, verdade e método, *linguagem* da experiência e experiência da linguagem, em suspensão (*Schwebe*), que revela que o

[...] experiente é a pessoa aberta, e o homem experimentado é sempre o mais radicalmente não-dogmático. O princípio da experiência apreende a essência da dialética a partir da experiência hermenêutica, e não o contrário, como um princípio lógico-teleológico que no final esvair-se-ia no próprio sistema. [...] a hermenêutica filosófica permanece sempre em movimento contínuo e não culmina num sistema

absoluto ou nos fósseis arqueológicos do ser mais original. (GRONDIN, 2012, p. 17-20).

A hermenêutica realiza-se de modo relacional, factível pela experiência em sua negatividade e abertura, e não apenas na forma positiva, linear, nem *a priori* e transcendental, em que a experiência hermenêutica incorpora, em nós, os traços da finitude, da historicidade, da negatividade, da não objetificalidade, da ambiguidade. Enquanto princípio, fundamenta-se como primazia da finitude em relação à infinitude, ao condicionado ante o absoluto, à prioridade da substancialidade singular aos objetos ante a subjetividade autoconsciente, à prioridade da existência concreta ante o interior abstrato e universal. Após exceder todo esse caminho, Gadamer traz elementos para concluir que a experiência é a consciência da própria finitude humana e das limitações. A *linguagem*, pois, um *medium* que busca superar nossa experiência do ser que está adequada à nossa finitude:

Trata-se do medium da linguagem, a partir do qual se desenvolve toda a nossa experiência do mundo e em particular a experiência hermenêutica. [...] Nem um espírito infinito nem uma vontade infinita estão capacitados para superar a experiência do ser, adequada à nossa finitude. Somente o medium da linguagem, por sua referência ao todo dos entes, pode mediar a essência histórico-finita do homem consigo mesmo e com o mundo. (GADAMER, 2002a, p. 663).

A hermenêutica é modo de compreender e não método, ou seja, um acontecer da verdade; e, de certo modo, desenvolve a possibilidade de reestruturar as condições de possibilidade de compreensão. Gadamer insiste, em *Verdade e Método*, com a ruptura da ideia de um único método para obter a verdade, e ele se aproxima do método fenomenológico em sua proximidade com Heidegger, construindo seu modelo de *estrutura existencial*, e, encontrando-se também na tradição histórica, dirige-se ao *mundo da vida* (*Lebenswelt*), estabelecendo relações e convivência, alcançando o esclarecimento dos significados como pressuposto básico, visto que persegue a instauração do sentido.

A *experiência hermenêutica* é aquela que assume a consciência da história efetual na qual a denominada segurança jurídica resultante da dogmática científicista constitui-se em mito a ser desvendado pela perspectiva fenomenológica da hermenêutica. Toda alteridade tem algo a dizer, e deve ser respeitada sua condição de Outro. Não se pode impor pretensões ou concepções prévias. A abertura se dá de forma mútua, isto é, entre quem “escuta” e aquele que “fala algo”, inclusive com a possibilidade de que seja contrário ao intérprete. Observe-se que o Direito Constitucional tem buscado “humanizar” o Direito, inclusive, com o *diálogo*. O Direito Constitucional “altruísta” vai ao encontro do reconhecimento e entendimento do “Outro” para,

assim, traçar novos vínculos de amizade do “homem mundializado” e do “mundo mundializado”. Por essa razão, é possível entendê-lo enquanto espaço de construção de ambiente de convivência tanto com a experiência quanto com consciência efetual gadamerianas. O debate acerca desse aspecto do Direito Constitucional busca encontrar caminhos a serem traçados quanto ao Estado Ideal e as inúmeras diferenças de identidades histórico-culturais que se encontram no meio universalizado democrático. (CARDUCCI, 2003, p. 42).

Em síntese, observou-se a experiência hermenêutica de Gadamer e seus elementos críticos do dogmatismo presente na *consciência histórica* do jurista no seu *agir* normativista caracterizado no objetivismo de Betti refratário a *hermenêutica da facticidade* (Heidegger) e a *hermenêutica filosófica* (Gadamer). Constatou-se a relevância que tem a *experiência hermenêutica* como condição de possibilidade elevada no refletir do constitucionalismo no *diálogo autêntico* com o objetivismo científico para a *compreensão* da contingência e finitude da interpretação constitucional. Assim, realizar-se-á, a seguir, a análise da tradição e da apropriação do conceito de consciência histórico-efetual como condição inicial do processo interpretativo para a *compreensão* da verdade por entre os preconceitos (objetivistas e subjetivistas) do Direito.

3.3A TRADIÇÃO EA CONSCIÊNCIA HISTÓRICO-EFEITUAL NA CONSTITUIÇÃO

A hermenêutica filosófica reflete sobre o momento da tradição no comportamento histórico, ressaltando a atenção para a impossibilidade em poder-se tomar a história como objeto, visto que não é possível tratar de um conhecimento completo da história. Gadamer ensina que estamos imersos na tradição, em razão do fato de que ela se institui em tecido que nos une e propicia a conversação entre nós e o passado. O processo interpretativo traz um sentido de um *diálogo* (*Gespräch*) com a tradição dentro de um procedimento de autocrítica. (NUNES, 2011, p. 270-271). Essa atitude apresenta aquilo que Gadamer (2002a, p. 416-418) define por *preconceitos*.

O encontrar-se sempre em tradições aponta para o modo próprio de nossa existência. Nós não somos independentes de tradições, assim como não conseguimos pensar fora delas. Diversas consequências da *tradição* e da *linguagem* concluem que o primeiro elemento não é o mal-entendido e nem a estranheza, de modo que a tarefa primordial e inequívoca seria evitar o equívoco. Em vez disso, nós descobrimos dentro delas o alicerce do qual obtemos certa consciência histórica. A tradição e o tradicionalismo são conceitos assinalados, e o

conhecimento histórico é ainda um saber histórico como um reconhecimento de pertencer à própria história por parte de quem quer conhecer ou interpretar. Verifica-se, pois, que não ocorre uma eliminação da razão objetificadora; trata-se do pensar a subjetividade, no momento em que pensamos a tradição. (GADAMER, 1996, p. 343). O sentido se revela na subjetividade, na história, na linguagem e na tradição, que são condições transcendentais da compreensão (*Verständnis*). A validade da tradição não precisa de fundamentos racionais, em vista de que nos determina de modo inquestionável, razão pela qual Gadamer atribui relevância ao círculo hermenêutico, os preconceitos e a tradição como essência das condições iniciais do trabalho interpretativo. A tradição constitui sempre uma temporada da liberdade e da própria história, pois é essencialmente conservação e está sempre presente, fundada em uma ação resultante da razão. (D'AGOSTINI, 2002, p.415).

O que a tradição hermenêutica rejeita é a ideia de um mundo unitário do acesso a um tipo definitivo de conhecimento. Autoridade é atributo de pessoas, o qual se adquire permanecendo o seu reconhecimento ligado à ideia de que o que ela diz não é irracional ou discricionário. A tradição nada mais constituiria que uma autoridade que se tornou anônima. (GADAMER, 1986, p. 290-291). O assentamento no que é familiar e no acordo possibilita o fluxo para o estranho, a assunção do que vem deste, e, com isso, a ampliação e o enriquecimento de nossa experiência de mundo, em que a questão da linguagem é apresentada como totalidade, pois, não é a história que nos pertence, mas nós que pertencemos a ela. Gadamer busca reabilitar a autoridade da *tradição* sugerindo que existem preconceitos legítimos, pois o homem é um ser finito e histórico, de modo que

[...] o reconhecimento da autoridade de uma autoridade é um ato de razão [...]. Nós podemos obedecer cegamente alguém que tenha mais poder; entretanto, isto não é o reconhecimento de autoridade, apenas de poder. As tradições legam juízos e costumes de uma geração a outra. (LAWN, 2007, p.148).

A *autoridade* e a *tradição* se fundamentam em um reconhecimento dela mesma e não em concessões à irracionalidade humana, em que a compreensão nunca é um salto da inteligência no vazio, pois a história é parte da compreensão (*Verständnis*) das *ciências do espírito*. A hermenêutica ocupa uma posição intermediária entre a estranheza e a familiaridade da tradição, competindo-lhe não desenvolver um método da *compreensão* (*Verständnis*), mas esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão, com foco na análise de seu processo global. Isso não significa neutralidade nem autoanulação, mas dar-se conta das próprias antecipações, pois são os preconceitos não percebidos que nos afastam da coisa legada pela tradição.

Compartilhamos da tradição de forma que é nela que se dá o movimento histórico em que se desenvolve a nossa vida. (ORAA, 1998, p. 256-258). Para Gadamer, o

[...] problema que gira em torno de uma razão crítica não está na necessária ruptura com a tradição, mas na legitimidade dos pré-conceitos condicionantes da compreensão. Se não é possível superar os pré-conceitos, sob pena de anularmos nossa condição humana, faz-se necessário distinguir pré-conceitos autênticos de outros que devem ser refutados, os inautênticos tornando-se esta a questão epistemológica fundamental de uma hermenêutica verdadeiramente histórica. (CARNEIRO, 2011, p. 87)

Ao cruzar o entendimento de “tradição” ao Direito, Streck salienta que o entendimento apenas alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias sobre as quais ela inicia não são arbitrárias antecipações que apenas devem ser confirmadas “nas coisas”, tal é a tarefa constante da *compreensão* (*Verständnis*). O acontecer da Constituição não pode continuar velado no “plano da ciência jurídica” ou da “tradição” em que se encontram as normas vigentes e as formas de pensamento jurídico hegemônico reconhecido, mediante o agir procedente de diversas gerações de juristas na sua configuração vigente, em que a ciência jurídica se (des)embarçou. (STRECK, 2002, p. 192). Gadamer reflete sobre a dimensão que a tradição ocupa na construção de um constitucionalismo que leve em conta a própria tradição enquanto elemento normativo capaz de construir uma *mediação de linguagem* em um horizonte conflitivo e em transformação. (ROHDEN, 2002, p. 227-228).

Nessa teia de tradições se inclui tudo o que se faz no campo jurídico (doutrina, decisões judiciais, pareceres etc.), enfim, aquilo que se denomina síntese entre o modelo de produção do Direito e o campo jurídico. (STRECK, 2002, p. 171). Lembre-se que a origem da hermenêutica é um passado interpretado e lido por quantos lhe precederam na leitura de um texto. Em toda compreensão estamos incorporando uma história atuante, a qual nos procede e nos supera, porém, em qualquer situação, não avança sem nosso elo interpretativo. (FERNANDÉZ-LARGO, 2003, p. 73). Trata-se, pois, da superação do sentido de renovação da tradição, a fim de torná-la uma reflexão crítica com a possibilidade de instauração de uma nova compreensão, sustentando, evidentemente, aspectos conservados em direção a uma tênue mudança que não perde a racionalidade. É preciso reconhecer o momento da tradição no comportamento histórico e elucidar sua própria produtividade hermenêutica. Em Gadamer, verifica-se que a tradição é uma força vital inserida na cultura, que nunca pode ser ignorada e reduzida a simplificações de crenças não racionais ou irracionais, pois as crenças e a racionalidade fazem parte de contextos

maiores denominados “tradição”, logo, ignorar a tradição como um oposto da razão não pode, “em si, ser característica da tradição”. (LAWN, 2007, p.54-55).

Somos capazes de *compreendermos uns aos outros*, pois se pode compreender uma leitura e formar opinião, compreender o funcionamento das *coisas* sempre que estamos abertos a essa atitude. Compreende-se efetivamente o mundo, mesmo que nossas conclusões sobre as compreensões do mundo não sejam corretas. (GRONDIN, 2012). Ela pretende construir uma ponte entre essas reflexões, pois a filosofia analítica, se não der conta de certos temas da hermenêutica, não tem sobre o que tratar, não tem conteúdo, não tem substância ou um *vir-a-ser*, mas, por outro lado, se a hermenêutica não der importância aos instrumentos formais da analítica, ela não utilizará de tudo para poder enxergar de verdade as questões essenciais da linguagem.

No princípio, está, antes, a pergunta que o texto nos coloca, o ser atingido pela palavra da tradição, de modo que sua compreensão implica sempre a tarefa da automeadiação histórica do presente com a tradição. [...] não podemos fazê-lo se não superamos, com nossas perguntas, o horizonte histórico que com isso ganha um perfil. (GADAMER, 2002a, p. 549-552).

A hermenêutica deve partir do fato de que *compreender* (*Verstehen*) é estar em relação, a um só tempo, com a coisa mesma que se manifesta através da *tradição*, e, também, com uma tradição a partir da qual a “coisa” pode falar o que forja a essência da tarefa hermenêutica a partir da qual reivindica uma posição mediadora. Não é possível sair dessa condição existencial, pois não há como sustentar uma expectativa que acolha a subjetividade pura do peso que a tradição exerce sobre ela. (PALMER, 2011, p. 149). Assim, de acordo com Streck (2002, p. 192), há uma

[...] ausência de uma adequada tradição constitucional-traduzida por uma pré-compreensão à qual somente temos acesso pela linguagem, que não é uma terceira coisa e, sim, condição de possibilidade para o processo interpretativo do jurista. Isso faz com que o jurista, refém do *habitus* (sentido comum teórico), aja com uma indiferença cotidiana com relação a Constituição. Essa indiferença é o todo ôntica (interpretativo) do Dasein.

Quando entendemos adequada a postura que rejeita uma fundamentação última do conhecimento, demonstramos a compreensão adequada de negar que um sujeito ou sujeitos indiquem a realidade em razão do questionamento de todo o posicionamento que indique uma *postura subjetivista* e aponte para a teoria que admita a probabilidade de existência de outras verdades que superam ao *sujeito concreto*. (PALMER, 2011, p. 150-151). Por esse viés,

reafirma-se, com matriz gadameriana, que, em nosso *compreender*(*Verstehen*), tanto o objetivismo quanto o subjetivismo se apresentam nas ciências por meio de técnicas sofisticadas que se legitimam pela compreensão dogmática do Direito e da Filosofia.

Em Gadamer, o que compreende não adota uma posição de superioridade, porém, reconhece a necessidade de submeter a exame sua suposta verdade, porquanto está implicado a todo ato compreensivo, e, por isso, o compreender contribui substancialmente em aperfeiçoar a consciência histórico-efeitual. (GRONDIN, 1999, p. 192). Dessa feita, com objetivo de contribuir para com categorias de (re)construção acerca da Teoria da Constituição, estabeleceu-se outro patamar civilizatório na teoria gadameriana e seu vínculo que se constitui a si mesmo, e, ao mesmo tempo, em objeto, permitindo sua autorrealização em abertura ao *Outro*, dando vazão à compreensão de alteridade que faz parte do próprio *ser* (*Sein*) e a ontologia que permite realmente conhecer.

A consciência da história efetual sabe do caráter aberto do acontecimento de sentido, do qual participa. (GADAMER, 1998d, p. 70-71). Toda apropriação da tradição é historicamente distinta das outras, razão pela qual se constitui em experiência assumindo as características da própria coisa, afinal, a tradição é especulativa, e

Esta conversación se da especialmente con los mensajes transmitidos por la tradición, que en este sentido juega el papel de un verdadero interlocutor del intérprete, el cual a su vez escucha aquellos mensajes como un cuestionamiento a los prejuicios con los que aborda al otro. [...] la superación de la extrañeza no significa como en Hegel una absorción final en la unidad de un espíritu absoluto, sino que mantiene abiertos espacios de alteridad irreductibles. (MAZA, 2011, p. 266).

A *pré-compreensão*, no Direito, depara-se com uma tradição firmada na Lei ou na norma, que se institui como *modelo dogmático* que impossibilita alterações não formais, portanto, o tempo de suas transições não é o mesmo do tempo da facticidade. Esses fatos históricos, por um lado, são um peso que limitam nosso entendimento, mas, de outro lado, explicitados, analisados, reconsiderados e interpretados, passam a ser o próprio impulso capital do desenvolvimento da *compreensão*(*Verständnis*). Adotar uma reflexão sobre o que a hermenêutica filosófica oferece a partir da *consciência histórica efetual* significa compreender a urgência da hermenêutica filosófica como teórico-prática. A hermenêutica desenvolveu força civilizatória da *tradição* e *autoridade* que se diluem na história efetiva e rejeitam a autocompreensão metodológica das *ciências do espírito*(*Wissenschaft des Geistes*), já que inexistente uma situação hermenêutica que se sustente como ponto de origem para avaliar,

[...] o desenvolvimento da consciência hermenêutica como uma possibilidade mais abrangente, como contraponto a essa consciência estética e histórica, minha intenção imediata é buscar superar a redução teórico-científica que sofreu o que chamamos tradicionalmente de “ciência da hermenêutica” pela sua inserção na ideia moderna de ciência. [...] O estranho induz facilmente mal-entendidos, produzidos pela distância temporal, pela mudança dos costumes de linguagem, a modificação do significado das palavras e dos modos de representação. Deve-se evitar o mal-entendido pela reflexão controlada por métodos. (GADAMER, 2002b, p. 259).

A desconformidade por certeza leva à perda da apresentação panorâmica, ou seja, perde-se o sentido e a experimentação das palavras na *linguagem*, a qual não envolve nenhum processo mental que integra as palavras na *linguagem ordinária*, que não é homogênea. Há um conflito entre regras, ou seja, a vivência da significação é o domínio das técnicas em que está afastada a unilateralidade e homogeneidade do “e-assim-por-diante” do seguir regras. A sua melhor expressão é a gramática do ver-como e a da *vivência da significação*. Elimina-se a ilusão de uniformidade que está presente no senso comum teórico. Mas isso significa que o que decide sobre a força enunciativa e a validade do que assim julgamos é, em última instância, nosso próprio juízo presente na

[...] segunda forma de experiência de alienação [que] é o que chamamos de consciência histórica, essa esplêndida arte, que vai se formando lentamente, da autocrítica na recepção dos testemunhos da vida passada. [...] A consciência histórica propõe-se a tarefa de compreender todos os testemunhos de uma época a partir do espírito dessa época, desvinculando-os das realidades atuais que nos prendem à vida presente. Busca ainda conhecer o passado sem preciosismo e superioridade moral, como um passado humano igual ao nosso. (GADAMER, 2002b, p. 257-258).

Nesse sentido, está acoplada a ideia da *consciência histórica efetual*, que nos liga à situação hermenêutica e entende-se, desde o século XIX, nas ciências literárias, o estudo das interpretações elaboradas por uma época ou histórias de suas recepções, e nele se torna evidente que as obras, em determinadas épocas, despertam interpretações. Tendo por horizonte os conceitos de *finitude* e *compreensão* (*Verständnis*), reconhecemos nossa consciência histórica de forma distinta do que aquela produzida e revelada de uma experiência perseguida pela ciência histórica que se destina a observar metodologicamente a história em razão de sua finalidade de confirmação das hipóteses sobre o passado, redutora da tradição a fatos históricos e experiências singulares (círculo vicioso).

Em síntese, verificou-se que a hermenêutica gadameriana por meio dos conceitos de *tradição* e *consciência histórica efetual* e a sua aproximação com a Teoria da Constituição resulta no desvelar *preconceitos* e mitos que se instauram no *agir* do intérprete. Além disso, analisou-se o papel exercido pela *autoridade e tradição* na manutenção do conflito objetivismo

e subjetivismo no Direito, evitando uma adequada ontologia, bem como a abertura ao Outro. E, no item a seguir ocorre a questão dos pré-conceitos em Gadamer e como pode-se compreendê-los na interpretação do Direito. Serão abordados temas como a obrigação da superação da hermenêutica metodológica (formalista) pela circularidade hermenêutica como entendimento crítico da Constituição dogmática, assim como o problema da aplicação para o Direito formalista.

3.4 OS PRÉ-CONCEITOS PARA A CONSTITUIÇÃO FORMALISTA-OBJETIVISTA NORMATIVISTA

A tarefa da *hermenêutica filosófica* consiste em encontrar as próprias prevenções e preconceitos e efetivar a *compreensão* (*Verständnis*) a partir da consciência histórica, de modo que detecte o historicamente distinto e a aplicação dos métodos históricos não se restrinjam a uma confirmação das próprias hipóteses ou antecipações. A mera confirmação das próprias hipóteses com relação aos textos e ao Outro é denominada de círculo vicioso, uma vez que a relação da hermenêutica com a *linguagem*, da segunda quanto o objeto da primeira, não se circunscreve apenas ao texto escrito, mas a tudo que pode vir a se tornar palavra em suas mais diversas formas e aos mais diversos modos de vida, pois estabelece a linguagem enquanto *medium* da experiência hermenêutica. (ROHDEN, 2002, p. 227-278).

Quando Gadamer trata dos *preconceitos* como condição de compreensão, revela a reabilitação de *autoridade e tradição*, argumentando que esse é o ponto de origem do *problema hermenêutico*, por isso que, como coloca, se se quer fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é essencial aproximar-se a uma reabilitação do conceito de preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos. Portanto, analisar-se-á, na sequência, como os pré-conceitos são recepcionados pelo constitucionalismo de caráter formalista-objetificante normativista a partir do problema da aplicação para o modelo de Direito baseado no formalismo e, também, a circularidade hermenêutica como crítica à Constituição dogmática.

3.4.1 O problema da aplicação para o Direito formalista

O processo hermenêutico evidencia a tarefa de compreender as ações, as obras, as decisões e o destino dos homens do passado, portanto, essa *compreensão* (*Verständnis*) exige uma perspectiva de análise que incorpore o tempo, levando-nos a concluir que o processo compreensivo se torna eficiente quando é mediado pela própria história, contudo, sem jamais esquecer-se de uma explicação causal que deve postular pela compreensão de seu sentido e de

seu contexto. (GADAMER, 1986, p. 283). Não existe uma Constituição *emsi*, tampouco um positivismo normativista constitucional, e, por essa razão, temos que repensar a dogmática jurídica, colocada em uma crise de paradigma que ampara a desfuncionalidade do Direito (MIAILLE, 1994, p. 174-175).

Gadamer (2001, p. 126), afirma, em *Verdade e Método*, por meio de sua hermenêutica, que pode contribuir criticamente com o (re)pensar hegemônico encontrável no Direito do paradigma fundado pelos princípios da estática e da dinâmica pré-constituídos no modelo de Constituição kelseniana. A propósito, este é fundante da nossa tradição constitucional ocidental, sobre a qual carece de investigação filosófica no Estado Contemporâneo. (GADAMER, 1988, p. 106-107). No campo jurídico que trabalha como um *locus* no interior do qual o jurista “conhece” e “assume” o seu lugar, a dogmática jurídica deve ser elaborada em uma perspectiva criativa/criadora que problematiza-a, pois

[...] a dogmática jurídica coloca o operador do Direito frente ao seguinte dilema: optar entre a barbárie (insegurança) de um mundo representado por textos jurídicos plurívocos que (re)clamam sentidos, e o mundo da “segurança hermenêutica”, representado pelo consenso forçado/extorquido que a dogmática jurídica põe à disposição dos súditos. [...] da filosofia da consciência, deve ser compreendido não como sucessão de textos com sentidos latentes, pré-construídos, (re)clamando apenas que o intérprete-hermeneuta lhes dê vida, e sim, como textos que permanentemente reclamam sentidos. (STRECK, 2001, p. 228-230).

Quando da realização de leituras, produzem-se interpretações que podem ser conduzidas por uma perspectiva metodológico-epistemológica ou filosófica, de modo a entender e compreender porque já conhecemos, em parte, algo. Dessa feita, a origem está em nossa *consciência fenomenológica*, refletindo de modo a não poder afastar os outros, as obras, o mundo, como se fossem realidades estranhas a nós durante nossa interpretação/compreensão, já que a presença das coisas faz o sentido surgir, pois o acontecimento do sentido está associado à própria interpretação que o faz submergir em razão dos entes do mundo, que, quando são compreendidos, possuem sentido pelo nosso agir singular de algo. (FERNÁNDEZ-LARGO, 1993, p.45). Ao responder aos conflitos decorrentes da apreciação da jurisdição constitucional, uma relevante questão emerge ao

[...] admitirem a discricionariedade na produção de respostas em direito. No final das contas, as teorias que pretendem superar o positivismo de Kelsen recaem no mesmo problema: o fatalismo que aposta na discricionariedade do intérprete. [...] parcela considerável da teoria do direito não entendeu que Kelsen dividiu seu discurso em linguagem-objeto (norma) e metalinguagem (proposição). A sua Teoria propõe uma metalinguagem pura sobre os atos da vontade como linguagem-objeto (o direito). (STRECK, 2013, p.2350).

Com Gadamer (1998d, p. 208), pensamos que a objetividade desinteressada não é adequável ao entendimento de uma obra. A imaginada pureza, típica de um discurso cientificista, parece subestimar a relevância da moral e do mundo da vida no Direito, o que é um elemento fundamental para compreensão filosófica. (COUTINHO, 2009, p. 532-533). Entretanto, as diferenças entre hermenêutica filosófica e metodológica são desveladas, pois hermenêutica implica dois modos de atenção, diferentes e interatuantes, que se contrapõem: a) o compreender um texto; b) a compreensão e interpretação mais totalizante:

A hermenêutica enquanto filosofia, não se prende aos trilhos da interpretação causal linear nem a mera análise de textos e proposições. Nela ética e linguagem caminham de mãos dadas, uma vez que o modo de interpretar implica discernir sobre suas implicações pessoais e sociais. Arraigada a finitude humana a hermenêutica filosófica não se separa desta. [...] pautado por uma medida de racionalidade apropriada ao ser humano. (GADAMER, 2008, p.54).

A interpretação no Direito deve ser contagiada racionalmente pela hermenêutica, sob pena de que acentue a apatia intelectual (problema de reflexividade) que aprofunda o abismo no qual os juristas vislumbram a sociedade. A interpretação da lei é uma tarefa dada. Ora, uma hermenêutica jurídica, hoje, com os recursos intelectivos que possui, não pode perdurar empregando como padrão de interpretação o abrigo subjetivo da ideia e as intenções originárias do legislador. Não pode evitar ter que aplicar conceitos, propor a ideia jurídica que se expressa em uma lei. (GADAMER, 2007f, p. 38-39).

A escolha deste termo por Gadamer é provocativa, porque ele afirma que a conotação negativa atual de preconceito só aparece no iluminismo. [...] um preconceito, assim como um pré-juízo, não é nem positivo e nem negativo até termos o juízo definitivo. Como pré-conceito tem um papel central na hermenêutica filosófica, é preciso que o leitor tenha em mente sua conotação neutra intencionada. (LAWN, 2007, p. 146-147).

O intérprete do Direito, dentro de uma perspectiva tradicional nascida na ciência jurídica, não destaca que a interpretação é uma nova leitura das normas jurídicas e que em cada fenômeno ocorre uma nova aplicação, como se a suposta ciência jurídica readquirisse o seu vigor cada vez que fosse aplicada ou concretizada de modo eficaz. No caso, é perceptível quando a hermenêutica fala de tradição e de efetividade histórica. (GADAMER, 1998d, p. 121). Há que se compreender a crise e a dialética entre o pertencer a essa história e a distância com respeito a esta. A hermenêutica se distancia de um conservadorismo, já que a fusão de horizontes dá abertura a algo sempre imprevisível e novo. (STRECK, 2001, p. 258).

Pode-se afirmar que o filosofar está às voltas com o que compreendemos por sentido, uma vez que compreendê-lo remete a algo que precede e vai além do nível da cognição. Ao interpretarmos e compreendermos, pretende-se, em última instância, dar motivos e razões do nosso modo de ser, de criar, de viver. O sentido, em Gadamer, é sempre na direção de que a hermenêutica filosófica é uma filosofia, e essa é também uma questão central. Em Gadamer, surge a questão da verdade na experiência da arte e da preparação histórica, em que trata da ampliação da questão da verdade para a *compreensão* (*Verständnis*) nas ciências do espírito e se ocupa da elaboração do esboço de uma teoria hermenêutica da experiência formadora de uma filosofia hermenêutica enquanto capacidade de compreender as articulações e ordenamentos de nosso mundo. (GADAMER, 2002b, p. 221).

3.4.2 A circularidade hermenêutica como crítica à Constituição dogmática

O problema do método está ligado à fundação e ao desenvolvimento da filosofia, e, para (des)vendá-lo, vários métodos foram elaborados na (e para a) filosofia, dentre os quais o analítico, o dialético, o fenomenológico e o hermenêutico. Enquanto arte, técnica, doutrina ou ciência da interpretação, a hermenêutica metodológica pode ser designada de instrumental ou epistemológica, ao se restringir à atividade de conhecer para dissecar a estrutura e o conteúdo de determinados objetos. A classificação da hermenêutica metodológica que supõe e conserva a cisão entre um objeto, por um lado, e um sujeito, por outro, corpo e alma, teoria e *práxis*, idealismo e realismo, constituindo os diferentes dualismos e as pressuposições do conhecimento utilitário da hermenêutica metodológica. (ROHDEN, 2002).

Ao abordar o tema do método e da hermenêutica jurídica, Gadamer (2002a, p. 461) avisa com intensidade para

A estreita pertença que unia na sua origem a hermenêutica filológica com a jurídica repousava sobre o reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda compreensão. Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro.

O *círculo hermenêutico* descreve a estrutura prévia, concepção prévia e visão prévia que contribuem decisivamente para quem pretende compreender, pois está ligado à coisa transmitida, e mantém ou adquire um nexos com a tradição da qual fala o texto transmitido. A consciência hermenêutica sabe, por outro lado, que não pode estar ligada a essa ‘coisa’, ao

modo de uma coincidência óbvia, como ocorre com a continuidade ininterrupta de uma tradição. Acontece mesmo uma polaridade entre *familiaridade e estranheza*, na qual se baseia sua tarefa, de tal modo que se caracteriza pela busca de ideias-chave, as quais devem ser medidas pelo compreender, para quem compreender é uma atividade referencial, visto que compreendemos algo quando o comparamos com algo já conhecido. (SCHLEIERMACHER, 2003, p. 51-52).

O conceito de círculo hermenêutico, para Gadamer, não é de natureza formal, não é nem objetivo e subjetivo, mas descreve a *compreensão (Verständnis)* como a interpretação do movimento da tradição e do respectivo movimento do intérprete. Assim, a antecipação de sentido, que dirige nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se motiva a partir da comunhão que nos une com a tradição. Entretanto, essa relação com a tradição, essa fusão, está contida a um processo de contínua formação, que está sempre inserida em um processo hermenêutico, já que está a interpretar nosso mundo, e sempre que pensamos estamos filosofando. (GADAMER, 2002a, p. 502-503).

A circularidade do processo compreensivo é possível porque sempre já se conhece algo de algo, de modo que o círculo de compreensão não é, de modo algum, um círculo metodológico, pois isso, sim, delinea um modelo ontológico da compreensão. (ROHDEN, 2008, p.45). A compreensão de uma obra se dá na circularidade entre ela e suas interpretações, assim como entre estas e as críticas que recebe, e, em Heidegger e Gadamer, a circularidade se converte em princípio metodológico universal do saber. A hermenêutica desvinculou-se da teologia e, definida como a arte de compreender as expressões linguísticas, assumiu feição filosófica. (GADAMER, 1996a, p.65-66).

Interpreta-se para ampliar as informações de algo já conhecido, ignorando as possíveis afecções da experiência do intérprete durante a compreensão, após a obtenção de um entendimento sobre algo. Nesse sentido, o círculo hermenêutico da compreensão implica que o intérprete não pode afastar-se do efeito da história para um ponto de vista prático, visto que ele deve produzir um texto que expanda seu horizonte de significação, o que permite a análise de seus próprios preconceitos, a fim de contraditá-los com o texto. (SCHMIDT, 2012, p. 167). Ao observar a cisão verdade-método, Rohden (2008, p. 53) traz à reflexão o fato de que

A limitação estaria em reduzir a filosofia apenas a esse modelo procedimental. O filosofar pressupõe um pensar que não parte da cisão verdade-método nem a ratifica; mas articula-os conjuntamente. Na hermenêutica filosófica desenvolveram-se modelos estruturais metodológicos que possibilitam tal articulação, como o jogo, o círculo, o diálogo.

No processo circular metodológico, não há uma fusão de horizontes, mas pretende-se obter uma objetividade produzida pela subjetividade, quando o *eu* tem a pretensão de compreender o *outro* melhor do que se compreender a si próprio. Enquanto técnica, a hermenêutica pretende chegar ao sentido verdadeiro do texto. Ela pressupõe e ratifica, no caso, um dualismo entre um conhecimento verdadeiro e outro falso. O problema é reduzir o conhecimento representacional às alternativas verdadeiro ou falso, pois o saber precede e vai além da vã perspectiva da veracidade-falsidade. Não se procede subsuntivamente quando se interpreta e aplica um texto normativo a uma situação fática, assim como quando se interpreta um texto com base na Constituição não ocorre esse processo dedutivo/subsuntivo.

Interpretar e compreender não podem ser limitados ao âmbito do cognitivo, pois traduzem nosso *modo de ser*. O filosofar não se constitui pela mão única que vai da palavra ao conceito, mas pelo caminhar que vem do conceito à palavra, em que é observada a essência metafórica da linguagem, que torna essencial o uso de termos artificiais já que “a particularidade, em que se dissociam relativamente linguagens científicas no seio do fenômeno linguístico total, está sempre em tensão com o caráter de totalidade que, no poder falar, na busca e na descoberta da palavra comunicativa”. (GADAMER, 2001, p. 127). Quanto ao conceito, a hermenêutica filosófica o faz levando em consideração o fato de que ela não se limita ao entendimento instrumental dos significados.

Em verdade, a interpretação de algo como algo é, portanto, fundamentada por uma pré-estrutura (*Vor-struktur*) tríplice: ter prévio, pré-visão e pré-conceito, porque não pode existir um objeto em si mesmo, nem fato bruto sem antecipações, visto que não existe uma *Constituição* em si, tampouco um positivismo normativista objetificante constitucional dado em pressuposto decisionismo subjetivista. (FERRAJOLI, 1997, p. 43-44). No ato de compreender, o intérprete atribui sentido, sentido este construído pela tradição da qual o intérprete apenas constitui-se em oráculo. Ao ir além da mera exploração do âmbito das respostas dadas, instauram-se as possibilidades inesgotáveis do sentido através de um procedimento que não se atém ao sentido mais simples, mas àquilo que, na história, chamou-se espírito (*Geist*), por conta de sua herança hegeliana. O filosofar age como uma eterna busca de palavras para dizer quem somos e o que pretendemos, com desejo de perguntar e de responder. Isso é sinal da nossa finitude e historicidade, e, nessa perspectiva, o interpretar e o compreender filosóficos estabelecem uma relação de cooperação. (ROHDEN, 2002, p. 90-91).

O sentido do texto se dá a partir do modo de *ser-no-mundo* no qual está inserido o intérprete, o que não se percebe no texto como ser-objeto. Há um mundo circundante em que

acontece essa manifestação, no qual já há um ter-prévio, um ver-prévio e um pré-conceito acerca da Constituição, pois esta não está fora da circularidade hermenêutica em que a

[...]fala do Direito ou sobre o Direito, fala a partir do seu “desde-já-sempre”, o Já-sempre-sabido sobre o Direito, enfim, como o Direito sempre tem-sido (é como ele “é” e tem sido estudado nas faculdades, reproduzido/estandardizado/banalizado nos manuais e aplicado cotidianamente). O mundo jurídico é, assim, pré-dado (e, conseqüentemente, *predado!*) por esse sentido comum teórico, que vem a ser, assim, o véu do ser do Direito! (STRECK, 2001, p. 280).

As lições de Gadamer revelam que o papel central é ocupado pela linguagem em, na hermenêutica, força capaz de conduzir a construção do conhecimento. A linguagem ocupa o centro de suas concepções de hermenêutica metodológica, que partem do engodo de construir um método válido, seguro e aplicável universalmente para o “compreender”. Gadamer, retomando a encruzilhada entre o *ser* e o *pensar*, o *viver* e o *falar*, o *dizer* e o *ainda-não-dito*, justificou que a linguagem é o *medium* da experiência hermenêutica. A *linguagem* converte-se, assim, em princípio fundamental de sua hermenêutica filosófica, irreduzível à manipulação de uma técnica, de um instrumento, enfim, de uma ciência positivista-normativista.

Para a hermenêutica filosófica é essencial o aspecto intuitivo que remete à ânsia – ontológica – metafísica daqueles que desejam conhecer. Ora, tal pressuposto é assumido pela hermenêutica filosófica por não possuímos a última palavra sobre as coisas. Verifica-se que é como se emergissem, em cada situação, círculos maiores e concêntricos aos anteriores, assim, o movimento prossegue enquanto *dialético*. (GADAMER, 1998d, p. 58). A circularidade e a interpretação causal revelam que a hermenêutica, enquanto filosofia, não se prende aos grilhões da interpretação causal linear nem à mera análise de textos ou de proposições que comportam uma expansão de nosso horizonte em círculos de sentido, sempre mais crescentes na relação entre *linguagem* e *compreensão* (*Verständnis*) como *modo de ser*,

[...] enquanto aquela constitui-se em acepção do mundo, dos nossos problemas, dos nossos projetos, enfim de nossa existência. A linguagem – enquanto experiência constitui e é constituidora da hermenêutica filosófica, pois nela nos movemos, somos e pensamos, num processo cujo fim não está dado antecipadamente, mas padecido e construído historicamente no diálogo entre temporalidade e eternidade, entre contingência e liberdade. (ROHDEN, 2000, p. 202).

Gadamer questiona se encontrar-se imerso em tradições significa estar submetido a preconceitos, limitado na própria liberdade e condicionado de muitos modos, adequados tanto para a *consciência histórica efetiva* quanto para a probabilidade de conhecimento histórico. O círculo hermenêutico tem como pressuposto o aspecto de que há sempre uma *pré-compreensão*

de algo que não é de natureza formal, objetivo ou subjetivo, mas expõe a compreensão como a interpretação do transformar da *tradição* e do movimento do intérprete. A circularidade do processo compreensivo é possível porque sempre temos conhecimento a partir da *experiência* e da *tradição*, portanto, o círculo da compreensão não é, de forma alguma, círculo metodológico, já que informa um momento estrutural ontológico da *compreensão*.

Gadamer, ao reabilitar os *preconceitos*, que definem a *pré-compreensão* das “coisas” (*Sachen*), dota o sujeito constitucional de uma capacidade crítica original, uma vez que, agora, todo o seu entender baseia-se, também, na *fusão de horizontes*, que não é uma semelhança estática, mas, sim, um movimento que conduz ao *diálogo* (*Gespräch*) que contribui decisivamente ao propor um pensar inovador sobre a tarefa que a teoria tradicional e os *mitos* constitucionais exercem no pensamento científicista (GADAMER, 1997; 1996). Sabe-se que, na Teoria da Constituição, vários elementos assumem caráter dogmático ao submergir nas profundezas oceânicas do objetivismo científicista-formalista (positivismo normativista) ou do pântano lúgubre do subjetivismo decisionista-voluntarista (jurisprudencialização política). (FERRAJOLI, 1997, p. 58-59).

No *Capítulo III* analisou-se Gadamer e a relevância da ciência na edificação da *Teoria da Constituição*, bem como a abordagem crítica da ciência moderna, da técnica, da tradição e da experiência enquanto conceitos essenciais obscurecidos no pensamento jurídico ocidental. Insistiu-se na *fusão de horizontes* entre a Constituição e a hermenêutica para uma *magir*ção formalista-objetificante que materialize a *consciência efetiva* na aplicação do Direito. A contribuição gadameriana para Teoria da Constituição revela preocupação com a tarefa hermenêutica que atue enquanto *medium*, tanto ao objetivismo quanto o subjetivismo, na percepção da questão dos pré-conceitos para a Constituição formalista-objetivista normativista e a circularidade hermenêutica como crítica ao dogmatismo formalista.

Enfim, no *Capítulo IV*, a hermenêutica gadameriana corresponde a uma aproximação possível entre a filosofia hermenêutica e a Teoria da Constituição, em razão de uma *compreensão* da Constituição que rompa com a dicotomia sujeito-objeto na tradição constitucional, assim como supere de limites científicistas. Na sequência da *tese*, apresenta-se o *diálogo hermenêutico e Constituição*: entre objetivismo e subjetivismo e a compreensão enquanto decisão judicial e a discricionariedade no paradigma decisionista.

4 O DIÁLOGO E CONSTITUIÇÃO: ENTRE OBJETIVISMO E SUBJETIVISMO NA DECISÃO

A compreensão da hermenêutica filosófica implica um pensar crítico sobre a Teoria da Constituição e a jurisdição constitucional. Gadamer não se limita ao entendimento instrumental da dogmática científicista consolidada na epistemologia jurídica assentada em uma racionalidade prática. Ao ultrapassar a exploração do âmbito das respostas dadas à hermenêutica, ela se abre às possibilidades inesgotáveis de direção ao se instaurar através de um procedimento que não se atém à letra, mas àquilo que, na história, chamou-se espírito (*Geist*), que toma como referência o *modo de ser da linguagem* (*Sprachlichkeit*) do ser humano. (ROHDEN, 2008, p. 50-51). Em *Verdade e Método*, elabora-se uma crítica radical ao método científicista objetivista e ao subjetivismo, rebatendo a aposta no sujeito da modernidade de Kant, Descartes e sua racionalização por meio do método. (GADAMER, 2002a). O projeto da *hermenêutica filosófica* orienta um caminho em contrapartida também à subjetividade da moderna.

Analisar-se-á que a Teoria da Constituição precisa reconstruir sua *linguagem* para constituir um *medium hermenêutico* entre o objetivismo e subjetivismo na apropriação de um novo compreender concretizador da Constituição e instituidor do *diálogo hermenêutico* enquanto *agir* do jurista na produção de um paradigma científico para além do decisionismo subjetivista ou objetivista-científicista de caráter formalista e dogmático.

4.1 OBJETIVISMO E SUBJETIVISMO: A LINGUAGEM COMO MEDIUM DA CONSTITUIÇÃO

Pretende-se verificar a potencialidade reflexiva que o *medium da linguagem* representa na evolução da experiência do mundo e sua pretensão colaborativa de superar a dicotomia verificável entre o *objetivismo* e o *subjetivismo*, contido tanto no pensar filosófico quanto na *compreensão* da Constituição e do sujeito hermenêutico na resolução dos conflitos. A *linguagem* não é um instrumento a serviço da subjetividade. Ela continuamente supera a consciência individual, visto haver a inserção num mundo que somente aparece *na e pela* linguagem. Nessa ocasião, encontra-se com uma infinidade de horizontes de sentido que só podem surgir a partir da limitação de uma *situação hermenêutica* capaz de contribuir para a instituição da *linguagem como medium da Constituição* (político-jurídico-linguístico), além dos horizontes do objetivismo e do subjetivismo.

Essa linguagem pré-constituída de conceitos estáticos tradicionais no constitucionalismo como ordem/ordenação, organização do poder político, legitimidade e legitimação e consenso fundamental encontram-se revisitados por uma *compreensão*(*Verständnis*) que revigora a tradição.(CANOTINHO, 1998). A hermenêutica cumpre uma tarefa que vai além do desvendar da finalidade da *ontologia fundamental* ou da leitura da *filosofia da consciência*, para compreender a *hermenêutica filosófica* enquanto filosofia e trazê-la ao sujeito constitucional. Na hermenêutica, há a constituição de um entendimento de *si* mesma que conduz os intérpretes mais à frente de uma mera descrição fática. (ROHDEN, 2009, p. 59-60).

O *diálogo*(*Gespräch*) se constitui em condição na construção de horizontes humanos que não ignoram as contribuições da ciência moderna, mas que não abdicam dos elementos hermenêuticos fundados na experiência da consciência. É o *diálogo*(*Gespräch*) esse que se constitui enquanto *medium da linguagem* da *Constituição* por entre seus tradicionais fundamentos (objetivista e subjetivista) que são por nós apropriados do centro reflexivo de *Verdade e Método*, assim como o seu projeto hermenêutico desenvolvido posteriormente.(DAHLSTROM, 2015, p. 280-281).

Quando o autor de *Verdade e Método* utiliza a *linguagem* como horizonte e afirma a facticidade enquanto elemento gerador da historicidade do sentido, não pode restringir-se ao que a fenomenologia pretendia, isto é, a consolidação de um centro para a pretensão de validade do conhecimento, portanto, instituindo condição legitimadora de uma estrutura pré-constituída. Para Gadamer, a *linguagem* é um centro em que se reúnem o *eu* e o *mundo*, ou melhor, em que ambos aparecem em sua *unidade originária*. Recorde-se que *as palavras têm sentido porque há objetos que elas designam: coisas singulares ou essenciais*. (OLIVEIRA, 2006, p. 121). A *compreensão*(*Verständnis*) pressupõe, em sua totalidade, uma experiência linguística de mundo, pois todo fenômeno hermenêutico é universal.

Nos modelos de Direito e nas espécies de constitucionalismos constatam-se tradições constitucionais distintas que adotam linguagens específicas, contudo, com Gadamer, na fusão de horizontes forma-se o *medium da linguagem* necessário à estabilização social por meio da *Constituição*. O homem deve recorrer em cada decisão a tantas fontes de saber quanto encontrar apropriadas, porém, deve ser compreendido como um fim em si mesmo e não como um meio para se atingir objetivos específicos, pois o material investigativo da ciência é a própria sociedade, e, se a ciência fosse conclusiva, tudo seria científico –o que, de fato, não o é. A linguagem é toda a forma de compreensão que acontece em nosso redor, tanto objeto, evolução quanto processo. O ato de compreender pela simples essência das coisas figura na

linguagem em que a descrição do *ethos* organiza o seu próprio mundo, e, nesse ambiente, a Constituição ocupa um lugar existencial.

A *hermenêutica filosófica* torna-se instrumento para a construção jurídica, em que o potencial crítico está contido na *filosofia hermenêutica*, pois o fato de que sua experiência é dialética e sua função é produtiva e não reprodutiva, no sentido gadameriano, torna imprescindível seu uso pelo jurista humanista. (STRECK, 2001, p. 260-261). As posturas *crítico-hermenêuticas* não prescindem de um dar-se conta da superação da dicotomia sujeito-objeto (filosofia da consciência), tarefa que se torna possível através da linguagem, que encontrou terreno no que se convencionou chamar de *viragem linguística*, que se estabeleceu neste século. (STRECK, 2010a, p. 58-59). Pode-se compreender (*Verstehen*) que o pensamento jurídico ocidental, no âmbito da moderna filosofia, edifica-se em suas próprias aporias, pois escora-se em um autoesquecimento do senso comum teórico e de subjetivismos.

No Direito, não podemos ignorar que a historicidade da tradição é o que sustenta a historicidade dos textos que edificam a hermenêutica jurídica, conforme já observado no *Capítulo III* desta tese. Deve-se compreender a Constituição como abertura permanente e evidenciar-se a contribuição do *diálogo hermenêutico* em nossa investigação, uma vez que pode constituir-se em instrumento de reflexão sobre o *vir-a-ser* da Constituição. Isso ocorre porque pensamos sobre a estrutura da *experiência hermenêutica*, que “tende hoje para definir experiência de um modo que se orienta totalmente para o conhecimento científico descurando a historicidade intrínseca da experiência histórica”. (PALMER, 2011, p. 197). Esse poder-dizer é linguisticamente mediado por nossa capacidade de agir e de dizer-o-mundo que é orientada pela *linguagem* enquanto *medium* da Constituição assentado em uma consciência histórico-efetual condutora para além das fronteiras do formalismo jurídico que caracteriza o decidir do sujeito na jurisdição constitucional.

No pensamento jurídico, a *dogmática* e o *dogmatismo* instituem-se essenciais dentro do positivismo normativista e, enquanto preconceitos, exigem um olhar crítico, pois o dogmático não percebe que o conhecimento é, essencialmente, uma relação entre sujeito e objeto. A Constituição pressupõe outros fatores não adstritos somente à norma jurídica, mas também à tradição, à experiência e à consciência histórico-efetual. (GADAMER, 1998, p.70-71). Vê-se que o sujeito constitucional de Rosenfeld tem muito em comum com o sujeito hermenêutico de Gadamer, pois surgem do encontro do *Eu* com o *Outro*, acordados na ausência e na alienação, e situam-se em um *lugar* que exige que ignorem a sua identidade, utilizando-se do *medium de um discurso constitucional*, enraizado em uma *linguagem* comum que vincula e une o

multifacetado *eu* constitucional aos seus múltiplos outros. (ROSENFELD, 2003, p. 110-111). A respectiva forma de *agir* é que permitirá, em tese, uma *applicatio* concretizadora da Constituição adequada a uma gramática constitucional móvel enquanto finita e compreensiva da relevância da tradição garantista (fundado em três acepções: modelo normativo de Direito, teoria jurídica de validade de Direito e filosofia política). (FERRAJOLI, 1997, p. 851-854).

A dogmática constitucional entende que os objetos de conhecimento são dados como tais à consciência, e não pelo *lugar existencial* mediador do saber. O dogmático possui dificuldade na *compreensão (Verständnis)* do Direito e não consegue resistir à certa ingenuidade inseparável em sua visão de construção do conhecimento objetificante ou subjetivista. Elabora-se o modo como se representa esse centro especulativo da linguagem como um *acontecer* diante da *mediação* dialética que introduz o *modelo estrutural do diálogo*, que contribui na crítica ao modelo científico-formalista. O pensamento jurídico traz efeitos tanto para o *modo de ser* positivista de matriz kelseniana quanto ao subjetivismo voluntarista e decisionista de Schmitt, que se estendem para além de meros elementos em colisão, como tradições que se encontram a fim de possibilitar um *medium* seguro na teoria do *agir decisório* de matriz gadameriana. Em Gadamer (2007c, p. 65-66), refletir sobre a ciência e a subestimação do afeto moral emerge como segue:

[...] interpretar os pensadores antigos, apesar do não-desenvolvimento de seus meios linguísticos e conceituais, com vistas a sua verdadeira ligação com a coisa, ou seja, a tarefa de não ao ler dogmaticamente. Com certeza, a situação argumentativa alterou-se sob a luz do conceito moderno de ciências e do conceito de demonstração. [...] em Kant a incompreensão de alguns intérpretes que subestimam o afeto moral da atenção em sua significação e articulam de maneira falsa o caráter categorial da lei moral com o conceito de racionalidade regida por fins.

Gadamer traz a lógica hermenêutica da pergunta, em que se demonstra que aquele que pergunta se converte no perguntado, e o lugar do acontecer hermenêutico mostra-se na dialética do perguntar. E, nesse processo, ergue-se o sentido da pertença e como ele corresponde à nossa experiência hermenêutica. (DAHLSTROM, 2015, p.277-278). Na apropriação da tradição não há um ser em si que se insurge, mas acontece algo como uma verdadeira conversação, daí surgindo alguma coisa que nenhum dos interlocutores abarca por si só. As coisas vêm de si mesmas para a linguagem, e, aqui, vislumbramos que ela lhes conferem um crescimento de *ser (Sein)*, pois é verificável que só elas mesmas colocam que as coisas são para nós *um ser (Sein)*, uma realidade, uma presença: toda a realidade é, para nós, aquilo que se consegue dizer em *linguagem*. (GRONDIN, 2012, p. 16).

A coisa (*Sache*) “suscita perguntas”, e o processo de pergunta e resposta desenrola-se, portanto, entre o texto e seu intérprete. (GADAMER, 2002a, p. 13). Coloca-se em questão a *coisa* de que se fala. Também um livro, que aguarda a resposta do leitor, é a abertura de um *diálogo* dessa natureza, bem como na *resolução* de conflitos que decorrem da colisão de direitos fundamentais. O “conhecimento e reconhecimento do Tu” constituem o terceiro e o mais elevado modo da experiência hermenêutica, em *Verdade e Método*, enquanto abertura à tradição possível pelo *medium da linguagem*. A percepção de que as expressões plurais conduzem à indeterminação do sentido são casos em que

[...]as respostas passam a ser múltiplas. Ora, o que parcela considerável dos juristas não entende é que na “abstratidade” que nos sentidos podem ser múltiplos, em face da porosidade das regras. E o equívoco está nisso: os sentidos não podem ser atribuídos em abstrato, pela simples razão de que não se pode cingir fato e direito, interpretação e aplicação. Eis o papel da diferença ontológica, que propicia o ingresso do mundo prático no direito. (STRECK, 2010a, p. 70).

O Direito, em Kelsen, torna-se, assim, apenas moldura na qual serão abrigados inúmeros e diferentes sentidos do texto, de modo que a *experiência* e a *tradição*, no âmbito do constitucionalismo, exijam um *agir hermenêutico* assentado no *diálogo* (*Gespräch*), enquanto modelo estrutural capaz de, por meio do *agir gadameriano*, proporcionar a construção de pontes significativas entre Constituição e realidade social, inibindo violências autorizadas, mas não legitimadas, através da jurisdição constitucional por meio de parâmetros hermenêuticos. Na jurisdição constitucional, com frequência são trazidas aproximações entre a *decisão* e a razão prática quando advém o tema da interpretação,

[...] na “hipótese positivista” ou “fator discricionário”: quando a razão teórica não consegue responder a todas as perguntas – que, abstratamente, são feitas antes da aplicação porque ainda cindem interpretação-aplicação, delega-se o poder de “colmatar o sistema” paradoxalmente àquilo que o positivismo queria “isolar” – a razão prática-, que como sabemos, vem eivada de subjetividade. [...] domina no âmbito do campo jurídico, o modelo assentado na ideia de que o processo/procedimento interpretativo possibilita que o sujeito [...] alcance o “exato sentido da norma”, “o verdadeiro significado – semântico – do vocábulo”, “o real sentido da regra jurídica” etc. (STRECK, 2010a, p. 69).

No Direito, a linguagem científicista teve evolução com a influência de Kelsen e sua utilização, de modo analítico, de um lado, e a contribuição da semiótica para o Direito analisado por Warat (1995, p. 119-120), por outro lado, que sugeriu que a via da *interpretação da lei seria impossível se os juristas decidissem sair da realidade mágica por eles mesmos instaurada*. No caminho da alteridade, pretende-se entender a realidade enquanto resolutive por meio da

aproximação de linguagens ou da construção dessa *fusão de horizontes*. A compreensão da Constituição e a resolução de conflitos na jurisdição constitucional exigem mais pontes do que novos desvios aos sujeitos constitucionais. A tecnicização da ciência atinge também o Direito, entretanto, a forma como o modelo técnico-científico se impõe sobre nossa concepção é trazido à vida por Gadamer.

[...]E ela se torna ainda mais digna de atenção, menos por se tratar do avanço técnico-científico como tal, mas pela resoluta racionalidade no emprego da ciência, que supera a força da persistência do hábito e todas as barreiras do tipo “concepção de mundo” com renovada isenção. Outrora, os efeitos a altura dos quais nos haviam colocado as novas possibilidades do avanço científico, foram-nos, por toda parte, limitados por normas que se mantinham válidas em nossa tradição cultural e religiosa de modo inquestionável e evidente. (GADAMER, 2011, p. 17-18).

O Direito deve ser entendido como uma prática dos homens que se expressa em um discurso que é mais que palavras, pois é, também, comportamento, símbolos de conhecimento, expressos *na e pela linguagem*. A relevância da *linguagem* deve ser compreendida como elemento produtor de uma circunstância na qual o Direito indica, em seu discurso jurídico, a ausência de autonomia. O Direito é um sistema aberto e fechado que precisa ser mediado em suas relações com a Constituição. A partir do discurso jurídico, e por intermédio dele, é possível controlar instituições sociais, o que torna a Constituição terreno de disputas entre projetos civilizatórios. Todavia, segundo Rohden (2000, p. 354), deve-se sempre lembrar que a ontologia hermenêutica é uma ontologia de finitude, pois, sem esquecer do absoluto, justifica as condições de possibilidade do conhecimento humano, enquanto ser situado no espaço e no tempo. Na finitude, encontramos inspiração para o permanente movimento que rompe fronteiras, desenvolve e revitaliza a filosofia e a Constituição.

O problema da *linguagem* ou a *questão da linguagem*, no Direito, tem se destacado na Teoria da Constituição, pois a *linguagem* tem trazido, contemporaneamente, indagações essenciais, e mereceu considerações de Canotilho, que designou-o, com clareza, como sendo o *problema da fundamentação*. Tal problema engendra vários elementos, como: a *teoria do discurso*, o *processo de argumentação*, bem como a *teoria da decisão*. Canotilho afirma que não raro o problema da fundamentação se entrecruza com discursos hermenêuticos de mundos parciais convertidos em métodos do Direito Constitucional. (CANOTILHO, 1998, p. 1261).

A percepção do mundo moderno, fundado pela *ciência* e a *técnica*, espelha-se, sobretudo, no plano da *linguagem* e atinge as constituições, e não se pode ignorar o fato de que a *experiência da linguagem*, como informação, se faz a partir de um determinado modelo: o

paradigma da subjetividade que configura um modelo de consciência que encontrou sua efetivação plena na atual fase de nossa civilização. (OLIVEIRA, 2001, p. 205). Os modelos são normativos enquanto contextualizados em certa tradição, que não se afirma enquanto fenômeno próprio ou arbitrário, pois

No modelo, a essência da coisa está por um lado presente em algo que se adequa tanto mais enquanto modelo. Aquilo que se experimenta de quanto mais decididamente este for o caso. Modelar não é, por outro lado, simplesmente a essência da coisa, mas essa essência em um aspecto determinado. Por isso, os modelos não são nem arbitrários. (FIGAL, 2007, p. 45).

A tradição precisa alcançar a experiência e se expressar adequadamente pela linguagem. Como linguagem, ela vem à fala, é um *Tu*, e, em Gadamer, o ser da linguagem é como uma emanção de coisas e não do pensamento, pois as coisas vêm de si mesmas para a linguagem, além de ser local em que esta lhes confere um crescimento do *ser(Sein)*, basta que elas mesmas mostrem que as coisas são, para nós, *um ser(Sein)*. É só uma realidade, uma presença: toda a realidade é para nós aquilo que se consegue dizer em *linguagem*. Logo, deve-se diferenciar a *experiência do tu* da experiência real hermenêutica. (GRONDIN, 2012, p. 16).

A filosofia, mesmo sendo derivada de diversas tradições, se constitui em algo diferente, na medida em que os modelos são compreendidos em suas tradições primitivas. Para o pensamento filosófico, impõe-se uma reflexão com preconceitos, já que a filosofia deve ser compreendida enquanto abertura, e, nessa condição, o Direito, com Häberle e Müller, por caminhos diferentes, situa-se na mesma encruzilhada teórica. Conforme Gadamer (2007b, p. 27), *quem pensa a linguagem já se movimenta para além do subjetivismo*. Assim, aqueles que, por meio de esquemas de justificação com argumentos de autoridade, articulam discursos falaciosos, julgam *de acordo com a própria consciência*, não incorporando o *diálogo(Gespräch)* acerca do conteúdo da *consciência* que decorre no fundamento do juízo. (GADAMER, 1998c, p. 106-107). Para a Filosofia e para o Direito, a originalidade crítica do pensar e a contribuição dos posicionamentos jusfilosóficos evidenciam uma defesa teórica muito eficiente:

[...] a resposta é não, e essa convicção vem apoiada em Grondin, que, fundamentando em Gadamer, rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo (ou irracionalidade) à hermenêutica filosófica! Com efeito, Grondin sustenta a possibilidade de se combinar a pretensão de verdade com o compreender diversamente. Gadamer deixa isto muito claro: com frequência compreendemos diversamente porque nós mesmos falamos novamente sobre a verdade, quando aplicamos a nossa situação algo verdadeiro [...] cada indivíduo, a sua maneira e diversamente, assim o faz, a todo o tempo. (STRECK, 2005, p. 65).

A *hermenêutica filosófica* de Gadamer é objeto de críticas por ser supostamente relativista, justamente por ser “impregnada” de subjetividade. Trata-se de uma atitude de um filósofo, no sentido de uma *abertura* para o que a obra quer referir, especialmente com essas grandes obras, em que é necessário sempre averiguar se a fonte do pensar teórico no Direito Constitucional é verdadeira, revisitando as tradições jurídicas existentes sem preconceitos. A crítica dessas fontes é absolutamente indispensável. Com isso, é imperativo recorrer às explicações da perfeição que é a filosofia primeira, mas ele nos dá a entender que se encontra na raiz de todo o esforço de explicação. (GRONDIN, 2012, p. 9-10). Quando aborda a subjetividade, na sua reflexão, deixa evidente a tradição como parâmetro de correção da compreensão e da interpretação, visto que o

[...]círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do interprete. A antecipação de sentido, que guia 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. (GADAMER, 2002a, p. 439).

A cultura da ciência e sua aplicação técnica e organizatória trouxe à Teoria da Constituição horizonte de reflexão que orienta para um caminho que vai além do formalismo objetivista e que poderá ocupar um *locus hermenêutico* distinto ao seu pleno desenvolvimento. A situação de risco acelera a obrigação de que nos responsabilizemos para com a humanidade que proporciona abertura de uns para os outros, se tivermos de resolver. A abertura não pode ser confundida com relativismo, pois

Quem fala do relativismo pressupõe que poderia existir para os humanos uma verdade sem o horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança uma verdade absoluta e não mais discutível? Isto nunca foi mostrado de forma satisfatória. (STRECK, 2005, p. 66).

O problema hermenêutico aproxima os interlocutores de um *diálogo* (*Gespräch*), de modo a definir uma *nova gramática da linguagem constitucional*, a fim de a urbanizar nossa tradição formalista e/ou subjetivista decisionista jurídico-constitucional que permita uma aproximação da *filosofia prática* no resgate do conhecimento no campo da jurisdição e do sujeito constitucional. As fronteiras do pensamento científico são tensionadas no *diálogo* (*Gespräch*) entre objetivismo e subjetivismo, contudo, para que tal possibilidade surja, impõe-se observar que “A linguagem não é o indício da finitude porque exista a diversidade de

estruturação da linguagem humana, mas porque toda língua está em constante formação e desenvolvimento, quanto mais trazer à fala a sua experiência do mundo”. (GADAMER, 2002a, p. 663).

Na hermenêutica, as condições da *compreensão* (*Verständnis*) tornam-se visíveis diante da possibilidade de organizarem-se por meio de argumentos ontológicos da *experiência vivificada* em uma reflexão posta linguisticamente que não tem origem no zero, tampouco se esgota absolutamente. Na experiência ontológica, o pensar e o pensado se constituem em unidade sujeito-objeto. (ROHDEN, 2002, p. 78-79). Aristóteles entendia que pluralismos na construção do *ethos* e de suas figuras fazem parte da própria essência da *constituição humana fundamental*, que diz respeito à própria multifacetária concreção do *bem* e da realização da difícil tarefa de indicar o *bem*, que, pelos gregos, era compreendido como fundamentação teórica daquilo que não pode ser senão filosofia prática. (GADAMER, 2007c, p. 65). Aí está o entendimento *dialético* do Direito, que também deve ser visto por meio da *consciência featural*. O Direito pode ocupar a tarefa de mediador em vez de mero instrumento da técnica para obtenção de decisões em conflitos, pois, com Gadamer, na pergunta e na resposta é mais possível *construir a verdade*, e não apenas encontrá-la objetivamente.

Quando investiga a ciência primeira, Gadamer esclarece que, se admitirmos as diversas opiniões como igualmente válidas, pode-se dizer que todas se constituem em uma só coisa, o que, de certo modo, desvela a natureza do *conhecer*, inclusive o não essencial em Gadamer, pois somos levados a tomar conta do não essencial por essencial. É por meio do *diálogo* (*Gespräch*) que isso pode ser esclarecido, o que potencializa sua preocupação ética e ontológica com a completude mediante o encontro com a solidariedade que envolve o viver de modo adequado, seja seguindo decisões corretas na vida ou porque somos colaborativos um com o outro, de atitude que se constitua em entendimento com a coisa mesma, isto é, com aquilo que é verdadeiramente apropriado. (GADAMER, 1980, p. 260-261).

Gadamer constitui o argumento de que a forma pela qual o caráter historicamente condicionado pela sua própria experiência vincula a *compreensão*, e daí decorre sua contumaz crítica ao modelo de racionalismo e seu modo de compreender o preconceito que se distancia de sua tradição totalizante sobre o mundo circundante do sujeito cognoscente. A compreensão é, antes, um acontecimento, isto é, um acontecimento histórico, pois “Nós não devemos pensar a compreensão como uma ação propriamente da subjetividade, mas sim como um mergulhar (*Einrücken*) num acontecimento da tradição, no qual passado e presente comunicam-se constantemente”. (GADAMER, 1990, p. 295). O *compreender* (*Verstehen*) não é o

movimento acessível da subjetividade, mas, sim, expressão de uma pré-compreensão sobre a coisa (*Sache*) que a tradição oferece. Ainda sobre a *compreensão*(*Verständnis*), Grondin (1999, p. 93) afirma:

Não é de se estranhar, ou de se contestar, que a compreensão sempre aconteça e maneira diversa de época para época e de indivíduo para indivíduo. A compreensão, motivada por eventuais questionamentos, não é apenas uma conduta reprodutiva, mas também, já que ela implica aplicação, uma conduta produtiva.

A partir dos conceitos de *círculo hermenêutico* e *consciência histórica efetual*, não se duvida em afirmar que, ao contrário do que estabelece a tradição romântica, assim como a interpretação, *a aplicação* também é parte intrínseca da *compreensão*(*Verständnis*), formando com esta um momento unitário. A maneira de entender a pretensão de *universalidade da hermenêutica*, que *todo o ser* que pode ser compreendido é linguagem, consiste em dar ao fenômeno hermenêutico um substrato linguístico. (STEIN, 1987, p.117-118). No horizonte da *hermenêutica filosófica*, o mundo só se dá na *linguagem*, e é a *linguagem* que nos proporciona e nos coloca na *tradição*, já que a pré-compreensão é o caráter prévio à *compreensão* que lhe dota de instrumentos contra a subjetividade do intérprete. Gadamer (2007c, p. 64) reflete sobre o homem e a *linguagem*:

[...] define o homem como ser vivo que é distinto pela linguagem. Nessa passagem tem um lugar uma transição estranhamente rápida. É elucidativo dizer que “ter linguagem” implica um distanciamento e, com isso, também sentido para o tempo, para o que há de útil para aquilo que contribui com algo.

A questão da *compreensão*(*Verständnis*) e a da interpretação está unida ao problema da linguagem na filosofia, e é nessa atmosfera que se move a hermenêutica e forja um ambiente para um acontecer da verdade. (GADAMER, 2002a, p. 461-463). Não se trata de um domínio formal lógico-semântico, contudo, possui traços daquela estrutura que se pode denominar de formal-transcendental, substituída pela outra cena do acontecer da história do ser, pois, já que não podemos sair da história inteiramente, podemos sair através do processo da interpretação e através do que a hermenêutica nos oferece. Segundo Gadamer, *o ser mesmo se dá na linguagem*. Ele se opõe à concepção que faz da linguagem um simples “*signo*” do pensamento de uma “*imagem*”, considerando as palavras um instrumento soberano do pensamento. (GRONDIN, 2012, p. 6).

No entendimento que envolve o Direito e a *filosofia hermenêutica* observa-se o horizonte circundante de onde surge toda possibilidade de filosofia prática que contribui para a

teoria da decisão constitucional.(STRECK, 2013b, p. 943-945). A mediação (*Vermittlung*) instada pela hermenêutica leva-nos a questionar a *teoria* e a *ciência*, bem como a *práxis*, a fim de que se observe o espaço que a ciência moderna tem ocupado atualmente. (GADAMER, 1998c, p. 21-22). A descrição do *ethos* envolve a compreensão (*Verständnis*) do mundo e também a solidariedade no *compreender*(*Verstehen*) o mundo circundante, já que

De acordo com a coisa mesma, porém, não pode haver nenhuma quanto ao fato de sua descrição da essência do ethos reconhecer o seu próprio mundo, o mundo no qual ele vive, como o horizonte circundante, quanto ao fato de, porém, toda possibilidade de filosofia pratica repousar sobre uma tal criação prevista de espaço pelo pensamento filosófico, uma criação que esta fundada sobre a existência do ethos, da solidariedade, do pondo em comum inquestionado que não carece de fundamentação. (GADAMER, 2007c, p. 68).

Segundo Gadamer, a relevância da ciência na filosofia orienta-se por um discurso que é correto na análise crítica da *ciência racionalista* e na técnica objetivante, entretanto, não apresenta ou explicita a natureza complexa que a sociedade possui, bem como a relação que a *tradição* cumpre junto à ciência de nossa sociedade. Compreendemos efetivamente o mundo, mesmo que nossas conclusões não sejam corretas, pois advém de um modo de pensar condicionado objetificante conducente a procura obcecada pela *verdade científica*, entretanto, Streck adequadamente aborda o risco do relativismo para a *experiência*, visto que

Seria um curto-circuito histórico explicar como relativista a verdade aceita, no caso, de maneira diversa. Daí a incisiva advertência de Grondin: para a hermenêutica, quando se falava do relativismo, este nunca passou de um fantasma, isto é, uma construção elaborada para nos provocar o susto, mas que não existe, na verdade, um relativismo, comumente entendido como a concepção segundo a qual determinada coisa, ou mesmo qualquer coisa, é exatamente como qualquer outra, de fato nunca foi defendido seriamente. [...]na conversação interior que nós realizamos constantemente com nós mesmos e com os outros. (STRECK, 2005, p. 65).

A linguagem se expunha como “mediadora” da comunicação e era concebida apenas como instrumento para dar nome aos objetos. Com o *giro linguístico* ocorre uma transformação naquela máxima de que a representação dos objetos ou das coisas que pertencem à mente do sujeito, que desconstrói o princípio das coisas sobre as palavras e, em paralelo, desloca o centro do objeto ou das coisas representadas na mente do sujeito para as palavras e a *linguagem*. O giro linguístico e as palavras (a linguagem e o discurso) tornam-se a referência para o centro das coisas que agora não entificam sujeito-objeto, mas se tornam totalizantes na *compreensão*.(MENDES, 2007, p.211). A *viragem linguística* possibilitou a ruptura com o modelo de ciência dominante e investiu contra o *paradigma metafísico aristotélico-tomista* e a

filosofia da consciência (voluntaristas), fazendo com que a linguagem deixasse de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto para ser condição de possibilidade. Daí porque o processo de interpretação deixa de ser reprodutivo para ser produtivo.(STRECK, 2014, p. 11). A Constituição como instrumento autoritário ou contratualista é trazida por Streck e é debatida enquanto racionalidade instituidora do texto constitucional.

Isto porque a Constituição – em especial a que estabelece o Estado Democrático de Direito, oriundo de um processo constituinte originário, após a ruptura com o regime não-constitucional autoritário –, no contexto de que o contrato social é a metáfora na qual se fundou a racionalidade social e política da modernidade, vem a ser a explicitação desse contrato social. (STRECK, 2001, p. 236).

A perspectiva para o mundo enquanto entendimento da interpretação consiste na condição de que ela é sempre somente isso; a interpretação nunca é uma imagem não mediada da maneira como as coisas realmente são, pois é, necessariamente, provisional e limitada, e jamais pode ser uma visão simples de como as coisas realmente são, já que o modo com o qual “as coisas realmente são é tão ilusório quanto a pedra filosofal”. (LAWN, 2007, p. 59). A *dialética* envolve compreender o poder da linguagem e reconhecer o papel exercido pela

[...]experiência hermenêutica que procuramos pensar a partir do centro da linguagem não é seguramente experiência do pensar, no mesmo sentido que essa dialética do conceito, que pretende liberar-se por completo do poder da linguagem. E, no entanto, também na experiência hermenêutica, encontra-se algo como uma dialética, um fazer da própria coisa, um fazer que, à diferença da metodologia da ciência moderna, é um padecer, um compreender, que é um acontecer. (GADAMER, 2002, p. 674).

A língua está em constante transformação e desenvolvimento, visto que revela sua experiência do mundo. A interpretação jurídica está em movimento, pois temas complexos decorrentes do viver humano em comunidade exigem uma decisão que se compatibilize com uma realidade criadora de atribuições recíprocas no sentido que a *linguagem* traz ao estabilizar as relações sociais, pois o juiz, ao prestar jurisdição constitucional, aplica sua *compreensão*(*Verständnis*) à Lei e à Constituição. A interpretação e a compreensão já se tornam, em Gadamer, aplicação, além de também ser caráter prático, e tal situação é evidenciada, pois “nossas reflexões nos levaram a admitir que, na compreensão sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete”.(GADAMER, 2002a, p.406-407).

A *linguagem* cotidiana deve ser pensada com a mediação necessária da filosofia por meio do *diálogo gadameriano*, que assume protagonismo reflexivo e originário no encontro entre a técnica, a ciência e a hermenêutica. No *diálogo* entre Constituição e intérprete o

esgotamento de sentido nunca tem lugar. Percebe-se, com aporte de Gadamer, que *alinguagem* indica a rejeição ao modelo da subjetividade; com a hermenêutica, retira-se o domínio do sujeito em sua situação frente ao mundo. A linguagem se apresenta como mediação do acesso ao verdadeiro. Na *jurisdição constitucional*, a efetivação de uma *interpretação integradora*, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, por meio de uma *parametrização* da tradição com a experiência hermenêutica exercida pela consciência histórica efetual, realiza-se adequadamente pela pré-compreensão da potencialidade que o *diálogo hermenêutico* possibilita na construção do *medium da linguagem constitucional*. Como argumenta Gadamer (2001, p. 36) sobre o processo hermenêutico e sua *práxis*, há relevância da observação do fato, uma vez que

O “facto” não se define como o simplesmente presente, fixado através da mensuração, da ponderação ou da contagem; “facto” é antes um conceito hermenêutico, ou seja, algo sempre referido a um contexto de suposição ou expectativa, a um contexto de compreensão inquiridora de tipo complicado. Não tão complicado, mas igualmente difícil de levar a cabo é ver, na práxis vital de cada um, aquilo que existe, e não o que gostaríamos que existisse.

A linguagem se constitui como *medium* que busca superar nossa experiência do ser adequada à nossa finitude. O acontecer da linguagem diz respeito à finitude do homem em um sentido mais transformador, portanto, trata-se do *medium da linguagem* que enseja a evolução de nossa experiência do mundo e, inclusive, a experiência hermenêutica. Somente o *medium da linguagem*, por sua referência ao todo dos entes, pode mediar a essência histórico-finita do homem consigo mesmo e com o mundo. (GADAMER, 2002a, p. 663). A *linguagem* torna-se o *medium* que inclui todos os entes e os revela, e não tão somente uma ferramenta de representação de objetos (subjetivismo) caracterizadores do modelo de ciência sujeito-objeto de modo formalista anterior ao giro linguístico. Para que o *medium* constitua-se em uma nova postura do *sujeito hermenêutico*, é desejável a crítica em relação à condição formalista da ciência e sua recepção na linguagem, pois,

Através da compreensão estamos aptos a sentir o modo como situamos e alcançamos o significado através da linguagem, que agora passa a ser condição de possibilidade do conhecimento, e não mais uma terceira coisa interposta entre sujeito e objeto. [...] é um equívoco ler Verdade e Método como um modo simplista de separação do positivismo exegético. Quando Gadamer fala da *Sinngebung*, não está se igualando a qualquer projeto de “dar sentido” de teorias voluntarista atreladas à consciência. (STRECK, 2013, p. 2345).

Gadamer desenvolve o argumento de que a *linguagem* é o meio pelo qual vivemos no mundo, e, desse modo, se impõe a constatação de que há relação entre *linguisticidade* e

compreensão, de modo que é o tempo em que ocorre o fato que está interpretando. Compreender (*Verstehen*) é um processo linguístico que se constitui em um meio pelo qual se realiza um “acordo”, pois há um *diálogo* (*Gespräch*) entre os saberes distintos (línguas distintas, na tradução). Por essa razão, deve-se entender essa unidade de pensamento e *linguagem* no fenômeno hermenêutico, bem como a unidade de *compreensão* e *interpretação*, tanto da *Constituição* quanto do *Constitucionalismo*. O *diálogo hermenêutico* não é uma forma de debate sem compromisso; ao contrário, é um *medium* no qual a razão se realiza. Com Canotilho (1998), a *Constituição* é um *medium político-jurídico* que conforma uma sociedade, o *consenso fundamental*, e não se pode ter sobre o texto uma visão alienada, que se constitui estática, sob pena de interromper o *diálogo hermenêutico* que redefine o *lugar existencial da Constituição* no tempo e espaço, pois esta é uma construção caracterizada por multiplicidade de interesses que não está encerrada.

As palavras, o funcionamento e o fundamento da *linguagem* representam linguisticamente a possibilidade da realização da liberdade que propicia o momento originário em cujo comportamento é suspenso: a necessidade da mediação como ponto de encontro dos modelos filosóficos. A *mediação* (*Vermittlung*) possível *pela* e *na* *linguagem* é via de acesso que exige responsabilização dos interlocutores ao criar uma situação originária da filosofia. De acordo com Figal (2007, p. 65),

Aquilo que vem ao encontro atua por meio do voltar-se para e somente na *linguagem*. [...] ele fornece à *linguagem* a abertura que a deixa ser filosófica. Cada um dos momentos atua apenas através da mediação pelos outros, de tal modo que a originariedade da filosofia é em sua essência mediatizada. Somente enquanto mediatizada, ela é originária. Não há de início uma origem, e, então, se inicia a mediação. Com o caráter indireto dos momentos estruturais, aquilo que emerge é mediação, de tal modo que a própria mediação é originária.

A *linguagem* expressa forma de compreensão que acontece em nosso redor, tanto o objeto e o desenvolvimento quanto o processo. A *compreensão* (*Verständnis*) não seria orientar-se somente com base na *linguagem*, pois isso é um modo de contra-argumentar, para Gadamer, porque existem outros modos para obter a *compreensão* (*Verständnis*), pela simples essência das coisas: figurar na *linguagem*. Em Grondin (1999), na trilha de Gadamer, *o ser mesmo se dá na linguagem*. Consequentemente, a *linguagem* que temos para o *ser* (*Sein*) vem do *ser-mesmo*. Ele “emana”, pois se trata de seu aspecto mais metafísico. Ele se opõe à concepção que faz da *linguagem* um simples “*signo*” do pensamento de uma imagem, considerando as palavras um instrumento soberano do pensamento. (GRONDIN, 2012, p. 6).

As *verdades históricas* são realmente *verdades*, pois toda verdade das ciências humanas depende da *aplicação*. Ela é sempre compreendida, ao menos em parte, com distanciamento científico à frente, uma vez que seu objeto oferece a garantia de conhecimento. A *hermenêutica filosófica*, além de afirmar que não há um conhecimento neutro, denuncia a pretensão de neutralidade dos discursos científico-filosóficos, que, comumente, se encontram nas *decisões* que envolvem a *jurisdição constitucional*. Ao indicar os preconceitos do pré-conceito de um conhecer imbricado e alimentado pela facticidade,

Es el nombre que le damos al carácter de ser de “nuestro” existir “propio”. Más, exactamente, la expresión significa: ese existir *en cada ocasión* (fenómeno de la “ocasionalidad”; véase “demorarse”, “no tener prisa”, “estar-en-ello”, “estar-aquí”) en tanto que en su carácter de ser existe o está “*aquí*” por lo que toca a su ser. (HEIDEGGER, 1999, p. 25).

A linguagem não pode ser compreendida como mero instrumento de informações. Com Gadamer, trata-se de condição para o sujeito *agir no mundo*. Logo, a *linguagem* tem essa função mediadora a fim de que a *compreensão* (*Verständnis*) possa se concretizar e, dessa forma, não ser entendida como um conjunto de sinais ou um processo de objetivação, mas como, em si mesmo, aquilo que se fala. (BLEICHER, 2002, p. 163).

A linguisticidade possui um caráter essencialmente linguístico de toda a interpretação e a necessidade com todo o processo de interpretação enquanto atividade essencial à atribuição de sentido aos preceitos normativos que complementam sua elaboração. A Constituição é um *medium jurídico-político* na linguagem construída socialmente por meio da política, com função jurídica ordenadora e, enquanto *medium*, possui finitude, e desta decorre a urgência na resolução dos contenciosos jurídicos. O problema hermenêutico não é um problema de exato domínio da língua, mas “o correto acordo sobre um assunto, que ocorre no *medium* da linguagem. Já que possa haver acordo, o domínio da língua é uma condição prévia”. (GADAMER, 2002a, p. 561). Além disso, por meio da linguagem, tanto a legitimidade quanto o consenso fundamental devem estar presentes enquanto elementos estruturantes da Constituição.

A experiência de mundo linguístico do *ser humano* que determina a mediação entre finitude e infinitude é construída por meio da *racionalidade prática junto ao Direito*, visto que este constitui historicamente uma linguagem particular que se funde com seu método estrutural de compreensão positivista e entifica a Constituição com sua separação sujeito-objeto, como modo de ser tradicional do Direito. Logo, deve-se transcender ao conceito de experiência como simples fase do processo cognitivo, no qual desapareceria a essência da experiência, que é

determinada como resultado de conhecimento. A linguagem enquanto problema na Teoria da Constituição pode ser mais imediatamente percebida no *problema da fundamentação* como representação de uma teoria do discurso compreendida como uma teoria processual da justiça prática. (CANOTILHO, 1998, p.1261).

A abertura no modelo gadameriano envolve o *diálogo hermenêutico*, que surge em *Verdade e Método II*, quando aborda a *incapacidade para o diálogo*. (GADAMER, 2002b, p. 249; 251-252). Nesse instante, sublinha seu entendimento de que abertura para o Outro não significa assumir uma posição subordinada, contudo, reconhecer que deve estar disposta a receber algo contra nós, mesmo quando o Outro não se apresenta de um modo concreto, portanto, na hermenêutica há um alto grau de alteridade. No *diálogo* (*Gespräch*), enquanto modelo para além da “interpretação de texto”, surgem questões como: linguagem, sujeito e mediação. Figal (2007, p. 65) se expressa sobre a linguagem cotidiana necessária ao sujeito constitucional:

“mediar” significa: colocar duas posições opostas em diálogo uma com a outra, empenhar-se por um equilíbrio entre elas e criar até mesmo talvez o equilíbrio. Em línguas mais antigas, ele também significa: alcançar algo diverso por meio de algo que serve como meio. [...] o mediador é representado como um terceiro entre dois momentos, que não teriam nenhum contato ou não teriam nenhum contato bem-sucedido. Em contraposição a isso; a mediação é pensada aqui como o caráter essencialmente indireto de algo.

O existir já é um ato de *compreender* (*Verstehen*) e um interpretar, pois se deve compreender a pretensão de universalidade própria da dimensão hermenêutica em razão de que esta sempre está relacionada com *linguagem*. Isso não implica, de modo algum, certo relativismo da *linguagem*, apesar de que é significativo o fato de que vivemos em uma linguagem que é responsável pela infinitude do fazer que cria a linguagem e experimenta o mundo. É no caminho que passa pela finitude, pela especificidade de nosso ser, visível ainda na diversidade das línguas, que se abre o diálogo infinito em direção à verdade que somos todos nós. (GADAMER, 2002a, p. 268-269).

Com a hermenêutica, nos encontramos com a estrutura e a efetivação do jogo e do *diálogo* enquanto modelos gadamerianos da *experiência* que justificam uma *compreensão* (*Verständnis*) ampla e autêntica do *conceito de verdade*. O processo interpretativo está associado à descoberta de um sentido claro, prévio e objetificável, cuja teoria cindiu os *sujeitos hermenêuticos* em *objetivistas* e *subjetivistas*, em vez de entender que a *compreensão*

se dá, exatamente, na fusão de horizontes entre o “mundo” do sujeito e o mundo do “objeto”, jamais como movimento unilateral do intérprete.

Questionar toda posição que incorra em subjetivismo e indique para uma teoria que assuma a possibilidade de existência de outras verdades precisa ser analisada de modo a propiciar que a extensão de seus efeitos exceda o todo e qualquer sujeito particular. Logo, é entendida pela hermenêutica filosófica a situação da *verdade na linguagem* e da *verdade na história*. A *compreensão* é parte integrante do conhecimento científico que busca desvendar o mundo que é caracterizado como relação de pertença com todos os dados que nos rodeiam,

[...] a compreensão não vem depois da vida, mas a permeia em seus momentos todos. Compreendemos o outro quando com ele falamos; uma ferramenta quando utilizamos; os acontecimentos cotidianos quando nos atingem; o ambiente ou o mundo em que vivemos. Compreender é uma atitude mais primária do que o exercício do conhecimento científico, a teoria no sentido estrito. [...] Podemos compreender sem conhecer cientificamente, mas não podemos conhecer cientificamente sem antes termos compreendido a coisa de que se trata. (NUNES, 2011, p.270).

A Constituição se torna mais eficaz enquanto plural e aberto, mesmo que o mediador entre tradições científicas e políticas esteja em tensão conflitiva. Com Gadamer e Grondin, as coisas vêm de si mesmas para a *linguagem*, e é onde vislumbramos que a linguagem confere um crescimento de *ser*, pois é só elas mesmas se colocarem que as coisas são, para nós, *um ser*, uma realidade junto a uma consciência efetual, uma presença: toda a realidade é para nós aquilo que se consegue dizer em *linguagem*. (GRONDIN, 2012, p. 16). A Constituição se dá no plano do real; se o real existe, então, possui uma estrutura, portanto, sua necessidade conceitual é a parte da filosofia que revela a ideia pura de pensamento e que propicia a ligação da *Constituição* a categorias do entendimento, visto que não sofre grandes mudanças, mas apenas acomodações em face do fato de que cada povo, com seu espírito, possui a sua Constituição.

Em síntese, a Constituição é um *medium* político-jurídico de uma sociedade, e, desse modo, em Grondin (2012), motivado pelo pensar de Gadamer, esclarece que o *ser da linguagem* é como uma emanção de coisas, e não do pensamento. Também contribui com a *compreensão* (*Verständnis*) do sujeito hermenêutico constitucional responsável por dar resolução à linguagem jurídica na sua *application* jurisdição constitucional. No Direito, o *mito* da subsunção jurídica que reproduz a concepção tradicional de ciência e o positivismo normativista, em que temos a relação do sujeito-objeto em vez de uma visão hermenêutica.

O *diálogo hermenêutico* surge como modelo estrutural da experiência e demonstra a atribuição do método de compreensão das questões que se lhe apresentam enquanto

componentes de uma *nova gramática constitucional*. Gadamer examina que na corrente que adota o *objetivismo* que deseja o objeto como item decisivo na relação ontológica, portanto, o objeto decide o sujeito, sendo que este deve adequar-se ao objeto, de maneira que há uma hierarquia das determinações do objeto; quanto à corrente *subjetivista*, em que o sujeito é ator fundamental, sendo que a verdade do conhecimento humano está nele suspensa, por conseguinte, trata-se de um *sujeito transcendental*, em que o característico do conhecer já não incide mais em uma determinação do *mundo objetivo*.

4.2 O DIÁLOGO GADAMERIANO ENQUANTO GRAMÁTICA CONSTITUCIONAL

O conceito de *diálogo* (*Gespräch*) em Gadamer é a estrutura modelar deste movimento de alargamento, desse *agirdialético*, de modo que o *diálogo* é tomado como modelo estrutural para a explicação da *compreensão* (*Verständnis*). Segundo a *hermenêutica filosófica* que se notabiliza por ir além da justificativa dos procedimentos aplicáveis à ciência e pertencente à noção dos problemas decisivos à vida humana, se articula por meio da *experiência* a tensão existente entre o *bem* e a *verdade*. O diálogo hermenêutico como modelo estrutural deve ser introduzido como modelo hermenêutico compreensivo capaz de trazer uma nova dimensão ôntica ao Direito Constitucional. A aproximação do diálogo hermenêutico com a Constituição viabiliza concretamente o *giro linguístico* para a dimensão da Teoria da Constituição fornecendo conceitos capazes de trazer uma dimensão humanizadora adequada a *gramática constitucional* garantista que supere os modelos objetivistas e subjetivistas no Direito. Não é possível encontrar harmonia em Gadamer com uma *ciência objetificante e formalista* que sacrifique a verdade em razão de um método seguro e estável que padronize com objetivo incontornável na universalização e *compreensão* de seu objeto, independentemente de sua natureza.

Gadamer constrói referenciais teóricos críticos da percepção dogmática de *compreensão* do mundo. A hermenêutica revela o *diálogo filosófico* que não se desprende de outros modelos, mas integra-os de forma totalizante, de modo que mediar é a essência do hermenêutico. No Direito, a suposta autonomia da ciência jurídica indica usualmente a construção dogmática como autopreservação do modelo que se apropriou de métodos formalistas de formação e justificação de decisões (objetivista e subjetivista) por quem exerce o poder por meio do discurso jurídico. (SANTOS, 1988, p. 20-22). A *linguagem* tem lugar essencial para um novo modelo de *compreensão* da ciência, da Constituição e do sujeito enquanto tarefa contributiva à

gramática constitucional para a jurisdição alinhada à ideia de *resolução de decisão*. O interpretar e o *compreender* não se restringem a decifrar nem a confirmar hipóteses e teorias, visto que se está condenado a justificar e dar razões do sentido, de nossa existência, pois todo o conhecimento se encontra mediado pela *linguagem*. (NORRO, 2012, p.314).

Talvez se deva assumir a tarefa de alargarmos uma conduta hermenêutica, o que nos torna mais conscientes da nossa condição, em vez de velá-la através da segurança fornecida por procedimentos puramente técnicos de caráter *formalista-objetivista* ou *formalista-subjetivista*. (STRECK, 2014, p. 104-109). O tempo é o *locus* da produção dos acontecimentos em que ocorrem as trocas e em que as coisas mudam, mas, não sendo um movimento, tem que estar relacionado com este. A questão está na *compreensão* errônea do *tempo mundano* quando o cindimos de seu relacionamento com o mundo e o relacionamos com um agora, entendido com o instante presente a nós. (STRECK 2001, p. 256-258). A condição existencial do *ser(Sein)* está na reflexão que estabelece com as formações teóricas uma coerente relação de interdependência orientadora de que

Existe o mundo construído pela ciência, no qual as linguagens exatas e específicas dos símbolos matemáticos acabam fornecendo uma base firme para a formação de teorias, capacitando-nos a fazer e a manipular, numa espécie de autoapresentação do *homo faber*, da engenhosidade técnica do homem. Mas todas essas formas de autoapresentação humana devem ser constantemente integradas naquele diálogo interno da alma consigo mesma. (GADAMER, 2002b, p. 240).

A hermenêutica vem trazer à tona a discussão em torno dos limites da pretensão moderna, ao apontar as fronteiras de sua pretensão justamente por não conseguir dar conta destes. Não podia ser diferente, já que a finalidade da hermenêutica é essencialmente a compreensão dos textos, inclusive, a Constituição. No Direito, trabalha-se tanto com textos quanto com costumes que se instituem em normas jurídicas (normativismo) a serem aplicadas na sua finitude pela *jurisdição constitucional*. Trata-se de um registro que a tarefa hermenêutica se impõe enquanto *aplicação*, tão logo já tenha havido uma decifração adequada dessa *compreensão normativista* da Constituição. Com Gadamer, verifica-se o valor posicional e sua relação com o Direito e o reconhecimento da lei enquanto parte do processo de *compreensão do positivismo normativista* sobre o qual já debateu com Betti. Segundo Gadamer (2012, p. 430-431),

Não há acesso imediato ao objeto histórico capaz de nos proporcionar objetivamente seu valor posicional [...]. O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação.

Assim, não se comporta como historiador, mas se ocupa de sua própria história, que é seu próprio presente.

Os métodos, os sujeitos e os textos normativos (costumes normativos) em uma jurisdição demandam por uma abertura política original, já que podem e devem dialogar, a fim de garantir uma maior legitimidade ao fenômeno jurídico frente à sociedade. O questionar é abrir-se ou jogar-se ao conhecimento, é estimular a vontade de saber e pressupor que, do objeto observado, o que finalmente confirma a *historicidade* e a *mediação* como estruturas fundamentais para a *compreensão* exige que o sujeito constitucional não esteja aprisionado em um horizonte estático (mundo jurídico), e seu objeto não pode ser uma Constituição subjetivista ou objetivistas (positivista normativista), ambos de características científicas e formalistas, pois “não só o sujeito pertence a uma tradição, mas também o objeto”. (MIOZZO, 2014, p. 74).

O *diálogo* se constitui em condição relevante no processo de construção de horizontes humanos que não ignoram as contribuições da ciência moderna, mas que não abdicam dos elementos hermenêuticos fundados na experiência da consciência humana de valores. Os grandes diálogos do futuro e as relações que existem entre as diversas culturas e seus processos comunicacionais são essenciais para sua ideia de *experiência hermenêutica*. O *diálogo hermenêutico* obriga a emergência do sujeito hermenêutico na superação das funções clássicas da Constituição, bem como no desvelar da *filosofia da consciência* aprisionadora do sujeito-objeto ou Constituição-constitucionalismo. O limite acaba sendo falseado no objetivismo e no subjetivismo científico, de forma geral, e na ciência do Direito, de modo espetacular, pois, em vez disso, o *diálogo hermenêutico*, enquanto modelo compreensivo da consciência efetual, atua no círculo hermenêutico. No *diálogo*, a *pré-compreensão* e a *fusão de horizontes* tornam-se capazes de oxigenar os métodos científicos formalistas dominantes.

Na crítica ao positivismo-normativista, não se ignora sua contribuição humanista essencial ao *diálogo* (*Gespräch*), construtor de um *medium* constitucional, conforme já evidenciado na contribuição de Ferrajoli (2001, p. 26-27). Na nominada hermenêutica jurídica-constitucional em relação à sua *tradição* conservadora condutora à Constituição em direção a um dogmatismo da Teoria da Constituição. (MOREIRA, 2001, p. 326-329). A objetificação formalista do Direito Constitucional assume um caráter burocrático e condicionado, e, desse modo, na sua crítica, Gadamer (1983, p. 19-20) possui contribuição relevante, pois

[...] no automatismo crescente de todas as formas sociais de vida, no papel [...] [há um] crescente poder da administração que tem dado aos burocratas uma importância que

ninguém desejava outorgar-lhes, porém que se tornou inevitável. Cada vez são mais numerosos os âmbitos de nossa vida que se submetem às formas coatoras de processos automáticos e cada vez menos, o próprio homem e seu espírito se reconhecem nestas objetivações do espírito.

A tarefa comum dos homens é criar uma *linguagem autêntica* que tem algo a dizer e, por isso, não dar sinais previsíveis, mas procurar palavras pelas quais possa alcançar o *Outro*. Nesse sentido, constituir uma *Constituição autêntica* torna-se nosso objetivo, na medida em que se caminha para a descoberta de um lugar *existencial da Constituição* a partir do *diálogo* de Gadamer. O *diálogo hermenêutico* autêntico exige a participação de todos os sujeitos em sua formação, já que *o sentido em que o intérprete acessa dos objetos é determinado por sua historicidade que lhe foi “emprestado”*. (MIOZZO, 2014, p. 74). Na filosofia, “a coisa” não ganha voz como ela mesma, e a palavra como coisa é indireta, uma vez que ela não é retirada (suspensa), mas se dá na mediação, e, identificando a validade do que significa desenvolver *odiálogo*na Constituição (Direito), é compreendida, pois

Ela só foi conquistada junto a modelos; ela não está apoiada em investigações concentradas na coisa mesma. O caráter mediado e mediador do conhecimento filosófico ainda carecem de uma clarificação, e, para tanto, é preciso que digamos, por outro lado, o que é exatamente um conhecimento mediado e mediador. (FIGAL, 2008, p.66).

Odiálogo realiza a tarefa de mediador e se mostra ligado em si na busca de uma alteridade no momento em que a coisa (*Sache*) é técnica e científica e, na *Constituição*, em sua constante refundação, percebemos que *odiálogo* (*Gespräch*) ocupa tarefa significativa na construção de *legitimação* e do *consenso fundamental*. Nossa prática deverá se pautar em “[...] respeitar o *Outro* e ao *Outro*, e quem não apreendeu logo cedo, nunca resolverá inteiramente os problemas maiores da vida ulterior”. (GADAMER, 1998, p. 25). A análise do objeto nos remete à radical distância ontológica que temos em relação ao *Outro*. E a questão da *compreensão* desse *Outro* “rompe a centralidade do meu eu, à medida que me dá a entender algo”. (GADAMER, 2002b, p.17). Por isso, destaca-se a tarefa hermenêutica de reduzir as distâncias históricas, acentuando o fato de que o alcance está em toda comunicação, visto que ela ainda se mostra na simultaneidade e está contida em uma *situação hermenêutica* em que nos encontramos com o *Outro*. E é nessa abertura para o *Outro* que ele acomoda o problema essencial da hermenêutica. A técnica deve estar inserida na contribuição para encaminhar o *agir* civilizatório que culmina na expressão *Constituição-constitucionalismo*. Logo, entende-se que

a *mutação científica* trazida no *mundo da vida* (*Lebenswelt*) encontra-se, também, na cultura jurídico-constitucional:

Isso é uma mudança fundamental de nossa vida. E ela se torna ainda mais digna de atenção, menos por se tratar do avanço técnico-científico como tal, mas pela resoluta racionalidade no emprego da ciência, que supera a força da persistência do hábito e todas as barreiras do tipo “concepção de mundo” com renovada isenção. Outrora, os efeitos à altura dos quais nos havíamos colocado as novas possibilidades do avanço científico, foram-nos, por toda parte, limitados por normas que se mantinham válidas em nossa tradição cultural e religiosa de modo inquestionável e evidente. (GADAMER, 2011, p. 17-18).

Em Gadamer, surge o modelo mais vívido e sucinto de *compreensão hermenêutica*, com sua análise do dar-e-tomar da conversação cotidiana. E, partindo da observação de que *quanto mais autêntico é o diálogo, menos possibilidades têm os interlocutores de levá-lo a direção que desejariam*, argumenta-se que a compreensão oriunda de uma conversação é “como um acontecimento que tem lugar e nós mesmos”. (MOOTZ III, 2011, p. 27-28). Vê-se que, em um diálogo (*Gespräch*), mesmo que a tradução acabe sendo mais aberta que no *diálogo original*, ficará para trás um sentimento original. Verifica-se que, frente às ilusões da autoconsciência e à ingenuidade da noção positivista de fatos, o mundo é mediado pela *linguagem* quando surge como genuína dimensão da realidade. Quando a linguagem expõe a realidade, ocorre um envio da interpretação para um protagonismo central a ser esclarecido no *diálogo* proposto pelo sujeito hermenêutico. (GUTIÉRREZ, 2012, p. 302). E, nesse contexto interpretativo, o desvelar da verdade assentada na leitura da Constituição emerge em Streck (2010b, p. 159), que afirma que a

[...] construção de um discurso crítico passa pelo rompimento com a possibilidade da existência de conceitos-em-si-mesmos-de-textos normativos (lato sensu) e conceitos-em-si-mesmos-de-eficácia-de-dispositivos constitucionais: interpretar não conduz ao conhecimento de algo que pertence a um texto intrinsecamente, essencialmente. [...] a “essência” é sempre relacional, a “coerência” é sempre funcional: o que se diz sobre um texto é inseparável de quem o diz, dos propósitos com que o faz e do momento em que tal ocorre.

Durante o *diálogo* (*Gespräch*) advém uma mudança recíproca de perspectivas de vista (intercâmbio de pareceres) a uma linguagem ordinária. O *diálogo hermenêutico* se forma em uma linguagem comum em condição de igualdade à conversação real, significando que o intérprete obtém uma melhor adequação deste *ecompreende* a Constituição. Essa Constituição também é real. Em seu sentido original, se dá a manifestação prévia em que já existe um *entender* que ocorre em uma espiral hermenêutica que assegura condição crítica à

compreensão da tensão presente na doutrina do Direito, e, basicamente, no *agir* de seus aplicadores/intérpretes na *jurisdição constitucional*. Sobre modelos estruturais, retoma-se análise de Rohden (2002, p. 112) sobre os movimentos da *experiênciahermenêutica*, bem como as exigências cognitivas ao intérprete, pois

[...] o círculo como modelos estruturais da hermenêutica filosófica porque neles encontramos uma lógica em aberto, mas próximo do entitema que do silogismo apodídico. Porque são modelos, [são] indicadores e não padrões rígidos e absolutos a serem aplicados ao conhecimento. Nesse sentido são princípios metodológicos abertos, que não conduzem a suma síntese única e absoluta, mas possibilitam diferentes conclusões. Alongamos, desse modo – por meio do jogo e círculo a noção de método, identificado muitas vezes com o científico.

Concordamos tanto com Rohden (2002) quanto com Carneiro (2011), no sentido do reconhecimento de elementos, em *Verdade e Método I*, que habilitam uma pré-compreensão de que, ao final dessa obra, fica mais explícita a categoria do *diálogo*(*Gespräch*),que já estava implícita em conceitos no texto, como: alteridade, reflexividade hermenêutica e dialética, bem como o evidenciado instante socrático de Gadamer na questão que envolve a “primazia hermenêutica da pergunta e resposta”. Lembre-mo-nos que, por meio da linguagem, é explicitada a ontologia gadameriana que nos orienta a ontologizar a Constituição. (STRECK, 2005, p. 61-62). Gadamer observa a questão que envolve o papel que a teoria desempenha no *mundo da vida* (*Lebenswelt*) ao mesmo tempo em que a ciência moderna não pode olvidar a própria humanidade, pois, como homens, existimos sempre.

No Direito, para uma apropriada *compreensão* de Constituição, é imperiosa uma *pré-compreensão* da Constituição no tempo e das teorias que a fundamentam, uma vez que representa mais que um texto; trata-se de um fenômeno construído como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social, de modo que a tradição nos lega vários sentidos de Constituição. (STRECK, 2002, p. 179). No tema que abrange a identidade do sujeito constitucional emerge a legitimidade da reconstrução que decorre da adoção às normas ligadas ao constitucionalismo, atreladas às fronteiras impostas pelo *horizonte* das possibilidades já observado no *Capítulo III* da tese, quando foi analisada a influência dos “pré-conceitos para a Constituição formalista-objetivista normativista”.

Gadamer, ao reabilitar os *preconceitos*, defende que todo o entender fundamenta-se na *fusão de horizontes*, fazendo-nos recordar dos *mitos* que envolvem o *senso comum teórico dos constitucionalistas*, já observados no *Capítulo II* da tese, quando foram abordadas as características do objetivismo e subjetivismo decorrente do debate de Kelsen e Schmitt. A

fusão, por sua vez, não é uma semelhança estática, mas, sim, um movimento que conduz ao diálogo(*Gespräch*), que verifica o *Constitucionalismo* e a *Constituição* enquanto unidade, enquanto *Dasein*. O diálogo(*Gespräch*), inevitavelmente, envolve o dar-e-tomar, pois os *preconceitos* compõem um horizonte que flui de acordo com o movimento da pessoa pela vida. (MOOTZ III, 2011, p. 33). A interpretação dos textos, sejam constitucionais ou literários, é analisada enquanto movimento, por Nunes (2011, p. 271):

Interpreto os textos pelo mesmo movimento compressor que me permite interpretar-me. A exegese de um escrito não constitui mero ato de saber e de erudição; é um ato que me empenha, que me compromete, que me põe em causa como existente, mobilizando-me a condição temporal inserta entre “o presente das coisas presentes” e aquele outro presente, a mim disponível mediante testemunhos, sejam escritos sejam orais, das coisas passadas.

É perceptível que, na ocorrência da situação histórica, esta se forma por meio da solidariedade, que é ética, mas, também, ontológica, em Gadamer. Tal base normativa é compartilhada em movimento no tempo, não sendo estática, e constitui uma estrutura dinâmica da experiência ética, que, por seus deslocamentos negativos e de abertura, coloca em circulação dinâmismos de inovação e formação. (SANCHO, 2010, p. 214). O jurista deve ter sempre a Constituição em seu horizonte, em si mesma, pois seu conteúdo normativo tem de ser aplicado com respeito à situação *in casu* qual se trata de aplicá-la. Contudo, o formalismo objetificante deve ser visto com prudência:

[...] esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato do legislador. Não obstante não pode sujeitar-se que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinaram com respeito a intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei. (GADAMER, 2002a, p. 485).

Gadamer entende que o proceder filosófico é concretizado essencialmente a partir da *tradição*, da afinidade entre os sujeitos, e, por essa razão, “o método gadameriano é o diálogo(*Gespräch*) em que as relações interpessoais são valorizadas, conservadas e ampliadas reacendendo o modo de filosofar socrático e colocando em xeque o modo monológico de construir filosofias”. (ROHDEN, 2008, p.152). Na questão que envolve o enfrentamento ao objetivismo científico (ilusão) emerge o *agir do sujeito hermenêutico* que tenha libertado a ciência das inibições ontológicas do conceito de objetividade. Quando o sujeito, buscando compreender o mundo circundante, constitui a hermenêutica em modelo capaz

de fazer *jus* à historicidade da compreensão em sua totalidade, dá um passo significativo para sua evolução. Desse modo, “aplicar não é ajustar a uma generalidade já dada antecipadamente para desembaraçar em seguida os fios de uma situação particular”. (GADAMER, 1998, p. 57).

Na hermenêutica filosófica reside a *compreensão ontológica* e ética de nós que nos deslocamos à situação de *Outro*. Dessa forma, deve-se compreendê-lo tornando-se conscientede sua *alteridade* e até de sua individualidade irreduzível, deslocando-se em direção à ascensão a uma universalidade elevada. A hermenêutica tem sua origem na revelação da filosofia encontrada no “diálogo filosófico platônico”, que não se desprende de outros modelos, mas integra-os de modo totalizante, sendo que “o mediar” é a “essência” do hermenêutico, visto que

A coisa que está em questão aqui é o hermenêutico naquele sentido amplo da palavra, um sentido que inclui a experiência hermenêutica tanto quanto os seus objetos. [...] determinação desses objetos, o pensamento precisa se corroborar, se é que ele mesmo quer ser considerado como o grau de intensidade. (FIGAL, 2008, p. 66).

Amediação menos normativa funda-se na interpretação que, na dialética, investigava o movimento do *ser (Sein)*, instituindo-o em uma espécie de *diálogo (Gespräch)* em que a ética e ontologia se constituem como herdeiras do projeto platônico da ciência conformadora da filosofia, que mediava a tensão entre a técnica e a ciência. (GADAMER, 1983, p. 12-13). A tarefa encontra-se mais desenvolvida e explicitada em outra de suas categorias ontológicas, que é a que guarda, segundo o próprio autor, maior correlação com a hermenêutica jurídica, que deve encontrar sua *fusão de horizontes* com a hermenêutica filosófica para além de *métodos formalistas de interpretação*. Agora, diante da Constituição, impõe-se a *mediação hermenêutica* em um horizonte democrático e garantista, não mais a *aplicação*, mas, sim, a *applicatio*, e, com objetivo de compreender “a coisa” que surge ali, diante de mim, não é outra coisa senão elaborar, um primeiro projeto que vai se corrigindo, progressivamente, à medida que progride a decifração. (GADAMER, 1998, p.61). A construção de um novo horizonte constitucional depende do envolvimento os sujeitos no movimento dialético que abre-se a todos, independentemente de suas tradições, a fim de construir-se um entendimento de Constituição com o *Outro*, e, para tanto,

[...] recupera-se a força do pensamento dialético, que não pode ser dirigido pela razão anônima. O princípio do diálogo é o princípio fundacional da hermenêutica, que permite desmascarar as ilusões de uma ilustração autopossessiva que não reconhece limites da consciência de si. (ROHDEN, 2002, p.199).

A tese de Gadamer é de que não há uma divisão temporal entre *compreensão* e *aplicação*, isto é, que não se trata de primeiro *compreender* um texto para depois poder aplicá-lo a situações práticas cotidianas. A *compreensão*, quando ocorre, traz, em si, o momento da aplicação. A partir dos conceitos já delineados, círculo hermenêutico, história efetual, preconceito, pré-compreensão, experiência, entre outros, Gadamer não hesita em afirmar que, ao contrário do que estabelece a tradição romântica, assim como a *interpretação*, a *aplicação* também é parte intrínseca da *compreensão*, formando com aquela um momento unitário. Retornando à questão do *diálogo* (*Gespräch*) enquanto modelo,

[...] superamos o ponto de partida da individualidade metódica, que instrumentaliza o acontecer comunicativo de sentido, revelando-se autoimplicativo. [...] diálogo só existe enquanto vivência, não enquanto abstração. [...] no diálogo hermenêutico não se impõe a opinião própria sobre a do outro, nem se monologiza, tampouco se agrega a opinião de um a outro ao modo de soma, mas o dialogar transforma ambos. Assim, a coincidência, que não já é minha opinião nem a tua, mas uma interpretação comum do mundo, possibilita a solidariedade moral e social. (ROHDEN, 2002, p.199).

Tal situação não invalida o fato de que, mesmo assim, a *experiência hermenêutica* atinge-as e não as exclui, de modo que em seu aspecto essencial está o fato de se reconhecer o *Outro* enquanto *Outro*. O próprio conceito de ciência reveste-se de profunda transformação, de modo que os limites entre o “saber teórico” e a “aplicação prática” plasmam certa *racionalidade prática* que se encontra nos conceitos citados de maneira a lançarem fundamentos para o próprio entendimento da hermenêutica filosófica como filosofia prática. Quando do encontro de saber e aplicação, Gadamer (2011, p. 26) situa um possível ponto de equilíbrio, pois

A tensão entre saber teórico e aplicação prática, a qual se encontra no centro da questão, é, por seu lado, sempre vencida, na medida em que a ciência faz também com que a política de aplicação na respectiva área seja um tema e a trata como ciência aplicada. [...] técnica possui esse caráter de ser ciência aplicada. [...] Pode-se formulá-la agora também da seguinte forma: quanto mais intensivamente a área de aplicação é racionalizada, mais falta o próprio exercício do juízo e, com isso, a experiência prática no seu verdadeiro sentido.

Não se pode sair por inteiro, mas é possível retirar-se através da interpretação por meio da singularidade que a hermenêutica de Gadamer oportuniza no *modelo estrutural do diálogo*. No caso, a *aplicação é algo problemático, já que não se pode aplicar aquilo que já se possui*. A compreensibilidade do *ser* por meio da *linguagem* é o elemento do qual fala a hermenêutica filosófica, que, baseada em um *modelo dialógico*, crê na solução dos conflitos e das divergências. Em Gadamer (1998, p. 13), constatamos que, com o *diálogo* hermenêutico,

A palavra filosofia tem aqui naturalmente um sentido muito mais amplo que o da minha modesta cátedra. Filosofia significa seguir interesses teóricos, significa uma vida que formula as perguntas sobre a verdade e o bem de um modo que não reflete nem benefício próprio nem o proveito público.

Não se trata apenas de um problema de justificação que instiga ao filósofo transcendental sobre a compreensão da *alteridade* colocada em xeque por *tradições totalitárias*, mas também o fato de que nesse processo o homem revela-se em totalidade, ontologizando-se, jogando-se com sua experiência na própria realidade de si e do Outro. (DUTT, 1998, p. 104-105). Na técnica, há uma redução do domínio da natureza para o da vida social, caracterizando-se pela repetição mecânica de forma administrativa e planejada. Na sociedade contemporânea, surge *atarefa humana fundamental*. (GADAMER, 1998, p. 26). De acordo com Gadamer (2011, p. 144), essa tarefa deveria ser condição natural de *viver com o Outro, viver como o Outro do Outro*.

Nesse *diálogo*, verifica-se que o que deve ser superado é o *mito da autocerteza, que em sua forma apodítica passou a ser origem e a justificação de toda a validade, e o ideal de fundamentação última, disputado pelo apriorismo e o empirismo, perde sua credibilidade ante a prioridade e ineludibilidade do sistema da linguagem que articula toda a consciência e todo saber*. (GADAMER, 2002b, p. 390-391). Para Gadamer (1994, p. 314), o decisivo, tanto para as nomeadas ciências do espírito quanto para a filosofia prática, é que, nas duas,

[...] a natureza finita do ser humano adquire uma posição determinante ante a tarefa infinita do saber. Este é o distintivo essencial do que chamamos racionalidade ou do que significamos ao dizer de alguém que é uma pessoa razoável: que alguém supera a tentação dogmática que espreita todo presumido saber. Por isso há que se buscar nas condições de nossa existência finita o fundamento do que podemos querer, desejar e realizar com nossa própria ação.

Para realizar a crítica à sociedade técnico-científica e seus preconceitos e ideias preconcebidas, impõe-se sempre como tarefa da *autodisciplina científica* na medida em que se constitui em extensão de uma técnica especializada. (GADAMER, 1998, p. 28). Somos capazes de *compreender* uns aos outros e podemos *compreender* uma leitura e formar uma opinião, o funcionamento das *coisas*. Häberle esclarece que não existe somente norma jurídica, mas norma jurídica interpretada. Tal *compreensão* informa que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, pois é preciso interrogar-se acerca dos participantes no seu desenvolvimento e concretização.

Häberle autoriza a conclusão de que *Constituição* e *Política* são fenômenos sociais indissociáveis, e a ampliação do círculo de intérpretes é o resultado de um processo de democratização da hermenêutica, buscando compor um cenário de realidade pluralista. (HÄBERLE, 2000, p. 159-160). Por essa razão, retorna a Gadamer e a seus indícios do *diálogo hermenêutico*, enquanto modelo estruturante para *compreender* a sociedade. Ao entender-se a sociedade como *vivência* na circularidade dentro da finitude e sua função propositiva para uma adequada decisão judicial, constitui-se em um espaço edificador da *Constituição* enquanto totalidade hermenêutica. Para Gadamer (2002b, p. 247),

O diálogo não é, para nós, aquilo que deixou uma marca. O que perfaz um verdadeiro diálogo não é termos experimentado algo de novo, mas temos encontrado no outro algo que ainda não havíamos demonstrado em nossa própria experiência de mundo. [...] O diálogo possui uma forma transformadora. Onde um diálogo teve êxito ficou algo para nós e em nos transformou. O diálogo possui, assim, uma grande proximidade com a amizade. É no diálogo [...] que os amigos podem encontrar-se e construir aquela espécie de comunhão onde cada qual continua sendo o mesmo para o outro porque ambos encontram o outro e encontram a si mesmos no outro.

A categoria do *diálogo* (*Gespräch*) experimenta uma realidade na qual os homens vivem, conscientizam-se e se tornam mais do que simples seres racionais, incorpora interesse no processo de evolução do saber filosófico, bem como observa a teoria que revigora a filosofia na medida em que tenciona o *senso comum* e afirma a *era da ciência* conduzindo nosso *mundo vivido*. (GADAMER, 2002a, p. 118-119; 130). A tensão desempenha papel importante no *diálogo*, pois permite a reflexão permanente sobre possibilidades e reavaliações sobre o contexto que se lhe apresenta. A tensão significa incerteza e acaso. No agir da dialética, precisamos aguardar seu final para saber como foi o *diálogo hermenêutico* e verificar sua construção. A interpretação se determina a partir da pergunta que se colocou. (RISSER, 2015, p. 337-338). O *diálogo hermenêutico* vai muito além de uma categoria formal, pois trata-se de um princípio ontológico, constituinte e constituidor da filosofia, uma vez que a identidade do eu se constitui de modo a ir além de uma relação intersubjetiva que almeja ao consenso. Na construção do consenso social e do *diálogo*, a *práxis* se apresenta essencial, pois

Esse surgimento reduziu antes de tudo o sentido da teoria, uma vez que a teoria esta articulada de maneira antiética e restritiva com o ideal construtivo do fazer. A *práxis* é compreendida simplesmente como aplicação de uma teoria. Isso coloca até mesmo a tarefa de uma ética filosófica em uma nova ambiguidade. (GADAMER, 2007c, p. 67).

O diálogo conserva e amplia, relacional e historicamente, o Ser que pode ser compreendido em uma linguagem. (ROHDEN, 2000, p.556). No diálogo (*Gespräch*), temos algo em comum com a tradição com a qual nos relacionamos e da qual advém a *compreensão*. Logo, o sujeito não pode tornar-se objeto da reflexão, pois ele é mais conduzido ou carregado pelo movimento que antecede a sua reflexão do que aquele que conduz. O sujeito é sujeito enquanto se impõe ao objeto, e a *linguagem* que vem à fala, no diálogo, não é absolutamente objetivificável e tampouco disponível para os parceiros do diálogo. Gadamer é descritivo sobre a conformação da teoria e da origem da ciência na filosofia, orientando-se por um discurso que é correto na análise da ciência racionalista e na técnica objetificante. Gadamer (2011, p. 17-18), entretanto, explicita seu temor com a natureza complexa que a sociedade contemporânea possui, bem como a relação que a tradição e a ciência desempenham junto a sociedade, pois

[...] vê-se hoje a própria ciência em conflito com nossa consciência humana de valores. Eu me refiro a algo como a horrível perspectiva que foi desenvolvida com base na moderna genética em direção a mudança de genótipos e a reprodução controlada. Isso não possui de certo, a força dramática que o darwinismo tinha outrora. Também não tem a pavorosa nitidez que teve o emprego de energia atômica para a destruição de vidas em Hiroshima. Mas, na consciência do pesquisador, manifesta-se, desde então, a advertência de que ele possui uma crescente responsabilidade pelo futuro da humanidade.

A Constituição é um *medium político-jurídico* instituído pela *linguagem* em uma sociedade, em dado momento, e não se pode ter sobre o texto constitucional e seu sujeito constitucional uma visão alienada que se constitua em horizonte estático, sob pena de interromper o diálogo hermenêutico que redefine a *condição existencial da Constituição* no tempo e espaço. Constata-se que a condição existencial da Constituição trata de uma construção caracterizada por pluralidade de interesses que se constitui em abertura. O fato de nossa *compreensão* ser historicamente posicionada não implica a desistência em fixar padrões racionais que assinalem os preconceitos legítimos e ilegítimos. Ao revisar criticamente nossa *tradição constitucional*, percebe-se a incapacidade para o diálogo hermenêutico em sede de *applicatio* como a que se encontra na *decisão inautêntica* da ADPF 153 DF, na *decisão em jurisdição constitucional* que tratou da Lei 6.683/79, que concedeu anistia a todos que, em determinado período, cometeram crimes políticos. Além disso, a referida lei estender-se-ia, segundo esse preceito, aos crimes conexos, crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política, em vista de que repristinou argumentos pertencentes a uma tradição jurídica (redemocratização pós-Estado de Exceção) sem a devida fusão de horizontes com a tradição constitucional democrática (Estado Democrático de Direito)

que tem como objetivo da República a defesa dos direitos humanos e o repúdio à tortura, adotando uma justificação orientada pela *discricionariade como fatalidade positivista*.(STRECK, 2010a, p. 110-112).

A situação existencial terá curso por meio de uma decisão que deverá levar em consideração tanto o conteúdo jurídico debatido na questão quanto os princípios hermenêuticos debatidos no *Capítulo III*, a fim de alcançar a decisão judicial adequada ao sentido de Constituição. Com o horizonte permeado pela filosofia especulativa, tanto na arte quanto na hermenêutica, a questão da vivência assume espaço essencial na medida em que necessitamos dos preconceitos dentro do sentido de uma obra. (GADAMER, 2002a, p.107-108). A utilização da dialética enquanto elemento essencial ao *diálogo* é trazido por Rohden (2002, p. 202) como um caminho comum entre os dialogantes, visto que

[...] quem se dispõe a dialogar deveria ser capaz de tomar consciência do contexto em que está inserido e do ponto de vista do parceiro para procurar (re)construir o todo. Essa reconstrução do todo não é realizada dialética, mas dialogicamente. A prioridade da relação com o outro é intrínseca há hermenêutica filosófica e parece refletir, em última instância, a regra de ouro moral.

Na crítica à ciência racionalista e na técnica objetificante que Gadamer expõe, é possível adotar-se o modelo de *diálogo gadameriano*, que extrapola a relação única para com os textos da tradição e se apresenta como um espaço e lugar para o debate que argumenta e instiga uma disputa de concepções que, sem amarguras, objetiva o consenso, pois *o diálogo hermenêutico não é uma forma de discussão sem compromisso*. (ROHDEN, 2002, p. 193).

A *compreensão* crítica do Direito não se constitui em instrumento trazido para utilizar na prática jurídica como se pudesse ser atividade fechada que requer provocação externa para superar miopias ideológicas. A teoria crítica do Direito emerge a partir da prática jurídica, que é constante em situações mais críticas e desordenadas. A utilização de Gadamer do método de *diálogo* (*Gespräch*), nas palavras de Mootz III (2001), não deve ser confundida com questões superficiais ou amabilidades sociais. Gadamer invoca diálogos verdadeiros nos quais duas ou mais pessoas reúnem-se em debate com o objetivo de chegar, de modo colaborativo, a um entendimento sobre um tema que prossegue a partir de sua discussão, muito embora o *diálogo* não tenha critérios formais e institucionais dirigidos. (MOOTZ III, 2001, p. 104). Na formação do *diálogo* (*Gespräch*), Gadamer (2007c, p. 61-62) traz ao debate suas origens na Grécia, e recorda que

[...]pergunta socrática, porém, incluía, em verdade, precisamente uma suposição, incredivelmente desafiadora, a saber, que ninguém sabia o que é o bem. E justamente essa é a base e o pressuposto de toda a dialética socrático-platônica. Cada um pretende saber o que é o bem.

Há uma diversidade de sentidos implicando dizer que, por meio do processo da mediação, pode-se obter a *compreensão* plena do objeto em razão da distância temporal desde que se acolha o direito de que o outro pratique o direito à sua opinião. No Direito, isso se dá no acolhimento do devido processo, em que o positivismo/garantista de Ferrajoli (1997) tem contribuição fundamental. Na fenomenologia está a *compreensão* enquanto dado lógico da comunicação e entendimento de um elemento estruturante do processo discursivo que denominava, antes, o *compreender*. A fenomenologia é a possibilidade de pensamento porque é o método de acesso à coisa (*Sache*), ao que se torna tema da ontologia. (CERBONE, 2012, p. 103-104). Trata-se do método que determina o objeto da ontologia, legitimando, pois, o ser do *ser-aí*, que é a existência. Concentra-se a focar-se não tanto nas experiências lá fora no mundo, mas na nossa vivência do mundo, e dá o primeiro passo na prática da fenomenologia, visto que presta atenção à experiência em vez daquilo que é experiência, enquanto atento aos fenômenos. (CERBONE, 2012, p. 12).

Não é possível compreender a *mediação* dissociada tanto do *jogo* quanto do *diálogo gadameriano*. Entende-se que o modo com o qual se move o intérprete na busca da abertura para a verdade do objeto observado e sua estrutura é a *dialética da pergunta e da resposta*, arte que marca o caráter dialógico da *compreensão* (objetividade e subjetividade) e demonstra a *mediação* enquanto resultado do *diálogo hermenêutico*. A utilização do *diálogo* (*Gespräch*), introduzido por Gadamer enquanto autoimplicativo, é abordado por Rohden (2002, p. 195-196), como segue:

O diálogo não visa apenas à troca de informações universais, descomprometidas com a realidade de cada um, nem intenciona apenas conciliar opostos, mas salvaguardar aqui que emerge nele mesmo. [...] só há diálogo se os parceiros do diálogo entram no movimento autoimplicativo, histórico existencial e o assumem para, ao filosofar, discernir, decidir. Por ser sempre autoimplicativo, denominamos diálogo de ontológico. Ao diálogo pertence a essência de uma decisão não-objetificável, mas dialogal, pois “a decisão sempre faz parte do ser para algo”, “o ser exigido algo de mim”, o “eu tenho que responsabilizar por”.

A interpretação tem a estrutura da *experiência hermenêutica* de todo o ser finito e histórico, na medida em que toda interpretação tem que começar em algum ponto e procurar superar a parcialidade que ela introduz com seu começo. Esse círculo da compreensão hermenêutica permite fluir como verdadeiro agir do acontecer linguístico no qual somos

formados. Com Gadamer (2002a, p. 368), verifica-se que o caminho à experiência hermenêutica é revelado nas trilhas inexploradas da *vida histórica que evidenciam a realidade de que os preconceitos de um indivíduo, muito mais do que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser*. Toda interpretação é motivada e obtém seu sentido a partir do seu nexo de motivações, portanto, a tarefa essencial da interpretação continua sendo não autorizar que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia lhe sejam impostas por instituições ou noções populares, igualmente, a partir do enfrentamento da autenticidade de tais *pré-conceitos*. (GADAMER, 2002a, p. 355).

A apreciação das probabilidades sugere que o *ser (Sein)* tem de existir e de revelar-se por meio dos caminhos que se dão no tempo e que apreciam a *tradição jurídica* que entifica (ruptura o *ser* e o *ente*) a Constituição dentro da perspectiva positivista-normativista dogmática de Constituição. (DOSTAL, 2002, p. 256-257). A ressignificação que o contexto lhe delinea e enfrenta na crise civilizatória denuncia a incerteza na qual uma derradeira reserva surge na *Constituição*, que se institui como mero instrumental de uma técnica dogmática estruturadora de uma sociedade estática. (GADAMER, 1998, p. 36). O modelo *dialógico* da hermenêutica filosófica pode ser adotado como *compreensão* em direção à construção de novos horizontes que possibilitem o *Direito fraterno* entre os homens na sociedade contemporânea a partir de uma jurisdição constitucional superior, tanto ao objetivismo formalista quanto ao decisionismo voluntarista.

Em síntese, a práxis vital de cada um surge na hermenêutica em direção a uma *autoconsciência* e à *alteridade* por meio da compreensão da *teoria*. Estamos inseridos em um processo que realiza um nivelamento das formas de conhecimento, a obrigação de (re)construir a ciência e a técnica como instrumento que acompanhe a evolução da humanidade, oportunizando o entendimento (res)significado pelo *diálogo gadameriano* indutor de uma cultura de responsabilidade ontológica e, também, para com o *Outro*. A hermenêutica filosófica desenvolve-se crítica na análise da tradição e autoridade que se diluem na história efetiva que instigam *ser-capaz-de-fazer* em uma espécie de *teoria do agir* de Gadamer.

Na sequência, observa-se o conceito de *compreensão*, em Gadamer, e sua relevância para a *decisão judicial autêntica e inautêntica* adotada pelo ativismo judicial. A *discricionariedade judicial*, sob a égide do fundamento do positivismo normativista e do decisionismo voluntarista, surgem como compreensões e decisões *inautênticas* frente ao *diálogo hermenêutico* como modelo estruturante de aplicação da jurisdição constitucional.

4.3A COMPREENSÃO *INAUTÊNTICA* DA *DISCRICIONARIEDADE* NA DECISÃO

A transformação na ciência jurídica implica tanto o esforço para a reconstrução de categorias capazes de fornecer à *Ciência do Direito* quanto uma cognição mais elevada desse objetivo, e, acima de tudo, proporcionar ao jurista o reconhecimento da gravidade de seu agir em *senso comum teórico*, bem como reconduzir a dimensão do caráter ontológico dessa atividade jurisdicional. A decisão e *discricionariedade judicial* se instituem em preocupação urgente da Teoria da Constituição, e a forma como a *compreensão gadameriana* pode ajudar-nos a melhor enfrentarmos tais dilemas da jurisdição constitucional (para além do objetivismo e subjetivismo) sem incorrer na deslegitimação da Constituição. A *discricionariedade* é a manifestação da própria *incapacidade para o diálogo* que, com frequência, tem se assentado no argumento de autoridade que constitui-se em *inautêntica*, pois, carente de reconhecimento da tradição.

O pensamento jurídico identificado com a *discricionariedade judicial* rompe com o pensamento positivista normativista de modo intenso, pois, se caracterizando como uma escolha torna-se uma *decisão judicial inautêntica*. Gadamer faz uma ontologização da hermenêutica no sentido novo e pondera sobre uma hermenêutica filosófica tendo como ponto central a hermenêutica da *facticidade*. (HEIDEGGER, 2012, p.21-22). Na tradição heideggeriana a *compreensão* é permeada de pré-juízos e preconceitos que revelam os juízos *autênticos* e *inautênticos*. O que é identificado como *decisão judicial autêntica* ou *decisão autêntica* emerge de uma *fusão de horizontes* tanto na tradição gadameriana quanto na heideggeriana que se manifesta a partir de *parâmetros significativos* constituídos em uma decisão judicial que resulte da *applicatio* constitucional-filosófica de matriz hermenêutica. A questão que envolve os juízos *inautênticos* e suas consequências para a tradição constitucional já havia sido alertada por Streck (2001), a fim de tornar o fenômeno Constitucional visível, *deixando-o vir à presença*, ao contrário da dogmática jurídica, que vê a Constituição como uma (mera) ferramenta jurídica a ser confirmada (ou não) pela técnica interpretativa, por denominada *hermenêutica constitucional*.

A falta da elaboração e consolidação de uma *linguagem autêntica* é uma tarefa especial para quem busca trazer à fala uma tradição escrita e com ela estabelecer uma atitude relacional, a fim de evitar um *atrofiamento formalista*, como percebemos na matriz das *Constituições* caracterizadas tanto pelo subjetivismo quanto pelo objetivismo que caracterizam o pensamento jurídico ocidental. (SUMMERS, 2011, p. 256-259). *Compreender* é sempre *pré-*

compreensão condicionada por nossa historicidade, e com ela nos movemos pelas expectativas de sentido que surgem também a partir do que os outros já compreenderam e do que nós mesmos temos por compreendido. (GUTIÉRREZ, 2012, p. 298).

Quando Gadamer reflete especificamente sobre o Direito ele coloca em evidência que a hermenêutica perdeu sua autoconsciência histórica, pois a teoria pós-romântica era dividida em *subtilitas intelligendi* (*compreensão*) de uma *subtilitas explicandi* (*interpretar*). Seu último componente, para nós, é a substância. Seu terceiro componente denominava-se *subtilitas aplicandi* (*aplicação*), que, para o Direito, assume caráter fundamental dentre os três componentes modernos que integram o problema hermenêutico da aplicação dentro de um modelo tradicional entrou em crise. A *experiência hermenêutica* é verificada com a *linguagem* para se revelar, através de atribuição de sentido, em objeto de reflexão os problemas decorrentes das colisões de bens e valores constitucionais (direitos fundamentais). A jurisdição constitucional pode instituir-se como *diálogo* (*Gespräch*) em razão de fazer parte de sua própria *experiência* identificar por meio da *linguagem* as palavras que exprimem, de certo modo, a designação de sentido que pertence realmente à coisa (*Sache*), de modo que ela própria decorre da palavra e se exterioriza por meio da decisão, pois

Se a compreensão de um texto é sempre antecipação de sentido do todo de um texto que se refere a fatos (eventos), a revisão do projeto, por sua vez, se realiza com novas antecipações de sentido desse mesmo texto que continua fazendo referência a fatos. Tudo isso fez Gadamer afirmar que a *subtilitas intelligendi* (*compreensão*), a *subtilitas explicandi* (*interpretação*) e a *subtilitas aplicandi* (*aplicação*) “*perfazem o modo de realização da compreensão*”. (CARNEIRO, 2011, p.87).

A hermenêutica jurídica é sintomática para expressar o modelo gadameriano, uma vez que o intérprete abre o espaço para a pressuposição de verdade trazida pelo texto, possuindo, a lei, ao menos em tese, uma *autoridade reconhecida*. (GADAMER, 2002a, p. 416-417; 419-420). O instantânea discussão *hermenêutica*, para Gadamer, nos autoriza devolver o ponto de vista da significação de princípio em que a ausência de uma verdade absoluta não representa a inexistência de uma verdade que opõe a matéria constitucional (colisão). Existem verdades nas quais participamos de fato e que podem legitimar-se a fim de que não se tornem nem arbitrárias e tampouco asseguradas de maneira absoluta, pois enquanto constitucionais são finitas, contingentes, válidas e legítimas. Sobre os requisitos da combinação entre a hermenêutica filológica com a jurídica, no que se refere à aplicação enquanto modelo tradicional ligado tanto ao subjetivismo voluntarista quanto a um positivismo normativista de perfil objetivista-formalista.

Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar. (GADAMER, 2002, p. 461).

Desde logo, Gadamer sustenta a insuficiência da hermenêutica espiritual-científica a partir da hermenêutica jurídica e teológica, afirmando que o incrível da *compreensão* consiste no fato de que, antes, a cogencialidade não é imperativa para reconhecer o que é essencial e o sentido original de uma tradição. Não é mais possível confundir o “labor hermenêutico do Direito com a mera apreensão de um sentido prévio da norma e a conseqüente subsunção lógica da circunstância fática, devemos, pois, dar conta da integralidade do fenômeno sem esquecermos as exigências de sua validade”.(PEREIRA, 2001, p. 180). Oportunas, nesse sentido, são as observações de Streck (1999, p. 165-166):

[...] compreensão possui uma estrutura em que se antecipa o sentido. Ela se compõe de aquisição prévia, vista prévia e antecipação nascendo desta estrutura a situação hermenêutica. [...] para Gadamer, ter um mundo é ter uma linguagem. As palavras são especulativas, e toda interpretação é especulativa, uma vez que não se pode crer em um significado infinito, o que caracterizaria o dogma. A hermenêutica, desse modo, é universal, pertence ao ser da filosofia, pois, como assinala Palmer, a concepção especulativa do ser que está na base da hermenêutica é tão englobante como a razão e a linguagem.

A *compreensão* de um objeto se dá na circularidade entre ele e suas interpretações, assim como entre estas e as críticas às quais está sujeito enquanto movimento de *compreensão* que estrutura a pré-compreensão, no des-velamento junto com a diferença ontológica. A *compreensão* é apropriação, de modo que o dito se converta em coisa própria sem que a interpretação pretenda pôr-se no lugar da obra. (GADAMER, 2002a, 576-567). *A decisão*, antes de tudo, é um instante que se estrutura em processo de *compreensão* e *justificação*. Tanto ao nível do *medium* do discurso (linguagem) como da matéria do discurso (tema) quanto do *diálogo* (*Gespräch*) enquanto construtor do *medium* político-jurídico, o princípio do conhecimento prévio, ou o círculo hermenêutico, opera em todo o ato de compreensão. (ROHDEN, 2002, p. 191). A questão da mediação surge em *Verdade e Método* e é observada por Rohden (2002, p. 191), que faz a análise de sua relação intrínseca com a *linguagem*, já que

[...] noções-chaves de *Verdade e Método* – como a fusão de horizontes [...] e ao conceito de aplicação. [...] é que aquele âmbito da linguagem como lugar da mediação

total da experiência do mundo e de todo dar-se do ser, a que nos remete a tese de que o ser que pode ser compreendido é linguagem ainda do que como fato da linguagem – ou de maneira igualmente originária –, como âmbito ético.

A *compreensão*, que faz parte do modo de *ser-no-mundo*, antecipa qualquer tipo de esclarecimento lógico-semântico, não no sentido temporal, mas, por estarmos no mundo, há uma *compreensão* que se antecipa qualquer tipo de explicação. Há uma estrutura do nosso *modo de ser* que é a *interpretação*. A *Constituição* e o *constitucionalismo* estruturam-se em um mesmo ser. O horizonte do sentido é revelado pela *compreensão* que contemos de algo. O ser humano é o *compreender* de sua existencialidade, que só se constrói, refunda e se dá mediante *compreensão*. Por isso, *os preconceitos de um indivíduo, muito mais do que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser*. (GADAMER, 2003, p. 198). Em Gadamer, surge o *insight* de que a *compreensão* é superior à originária devido justamente à distância temporal a qual o intérprete da *Constituição* deve estar sempre atento.

O compreender deve ser pensado menos como uma ação da subjetividade do que como um retroceder que penetra em um acontecer da tradição, no qual é o que tem de fazer-se ouvir na teoria hermenêutica, demasiado dominado pela ideia de um procedimento, de um método. (GADAMER, 2002, p. 435-436).

A *compreensão* hermenêutica filosófica deve obter uma espécie de *diálogo* (*Gespräch*) entre os objetivos peculiares, de modo que, para propiciar o conjunto dessas aplicações, deve tornar-se concreto no *sentido de uma lei*. O historiador deverá desenvolver uma leitura que ofereça aplicação de justiça às mudanças históricas pelo que a lei passou realizando uma tarefa de intermediar compreensivamente a aplicação originária da lei com a atual. (GADAMER, 2002a, p. 483-484). O constitucionalista deve abrir-se à *compreensão*, que é uma postura produtiva e não meramente reprodutiva, capaz de superar os problemas da reflexividade e da referência de Canotilho (1998, p. 1257-1258). A *compreensão* já não diz respeito à individualidade e às suas opiniões, mas à verdade da coisa (*Sache*), sendo “a coisa” levada a sério, portanto, em sua pretensão de verdade. (GADAMER, 2002a, p. 443-444).

O tempo não é mais um abismo a ser transposto, mas o fundamento que sustenta o *acontecer*, já que é uma possibilidade positiva e produtiva do *compreender*, pois o conteúdo de uma *coisa* apenas se divisa a partir da distância temporal. (GADAMER, 2002b, p. 80). O seu verdadeiro sentido nunca se esgota, já que é um processo infinito e, com frequência, não apenas se eliminam novas fontes de erro, mas também surgem novas fontes de *compreensão*.

(GADAMER, 2002a, p.445-446).No contorno da aplicação no Direito, advém uma espécie de *dialética* da proximidade e da distância,

[...] os horizontes das duas que se fundem; e, por isso, ao compreenderos aquela em função da nossa, compreendêmo-la - redimensionado pelas necessidades do presente. Para Gadamer, a hermenêutica jurídica é o guia prático da experiencia hermenêutica, cujos limites e possibilidades estão circunscritos pela linguagem, assuntoda terceira e ultima parte de Verdade e Método (“A virada ontologica da hermenutica no fio condutor da linguagem”).(NUNES, 2011, p.274).

O pensamento da ortodoxia dogmática jurídica conduza uma situação de insegurança jurídica como se houvesse a efetivação desse conceito, uma vez que se renega a uma predeterminação total do conteúdo das sentenças na lei. Apesar disso, a dinâmica *hermenêutica filosófica*no Direito só tem razão de ser a partir da “superioridade da lei”, de uma situação que possa ser associada à construção do Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2011a, p. 409-413). Esquecer-se da obrigação de ponderação da lei, pelo juiz, diante do fato concreto, não traz segurança jurídica, traz injustiça e ilusão, uma vez que a legitimidade estaria instituída, pois entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, portanto, uma relação essencial na qual a hermenêutica detém uma posição hegemônica, porque não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica absoluta sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção. (GADAMER, 2002, p. 490). A interpretação, de acordo com a Constituição que tem sido utilizada por um número mais expressivo de juristas, aponta que

[...]da operacionalidade do Direito, no momento em que alguém alegar/requerer a aplicação do princípio da interpretação conforme e não for atendido, já estará apto a interpor recursos extraordinários constitucionais, uma vez que já estará atendido o requisito do prequestionamento. (STRECK, 2001, p. 243-244).

Os nossos julgamentos são atitudes resultantes de uma interpretação que, muitas vezes, pode se dar sem uma *discussão prévia*.(CARDUCCI, 2003, p. 27). Os princípios de cada indivíduo são os formadores do que é correto, porém, para podermos entender o que é correto, devemos nos permitir entrar em um círculo de reflexões para assim conseguir alcançar o que é justo, portanto, apropriar-se do *círculo hermenêutico*, como já foi analisado no *Capítulo III* da tese. Verifica-se que não é o sujeito que age, que domina com seu conhecimento, um sistema lógico, cujas conexões estão de antemão impecavelmente ajustadas, esperando serem usadas, já que *é um sujeito que, em sua relação diária com este mesmo objeto (textos normativos e sociais) e justamente com os demais sujeitos, constrói cotidianamente, ou nas palavras de Muller, concretiza o Direito*.(MIOZZO, 2014, p. 284).

O sujeito, ao constatar a relevância que a vontade desempenha e sua capacidade libertadora surge ante a ruptura do paradigma hegemônico em curso (cientificista objetivista), pois não condiciona o agir à determinação causal (subjativismo-voluntarista). (STRECK, 2014, p. 98-100). Impõe-se admitir a impossibilidade da justificação de uma posição neutra apartada de todas as diferenças que competem por inclusão no interior do sujeito que produza uma cisão de natureza judicial. A identidade do sujeito constitucional jamais pode se tornar fixa, pois não há como superar e separação entre o “eu”, o (self) e o “Outro”, pois

[...] o melhor equilíbrio entre o self e o outro que o sujeito constitucional pode se esperar alcançar é aquele no qual o máximo possível de diferenças encontre guarita na postura inclusiva em relação ao outro interno. O ideal de integrar todas as diferenças, embora inafiançável, fornece uma útil finalidade crítica que opera como um contrafactual pensado para nos recordar que todas as identidades constitucionais são falhas, insuficientes e sempre em constante carência de maior aperfeiçoamento e finalização. (ROSENFELD, 2003, p.114).

Nopensamento jurídico ocidental, evidencia-se a dificuldade do subjativismo voluntarista que advém da postura do “sujeito decisionista” observável na crítica que é feita por meio da *judicialização da política* que se institui em eventual ameaça ao Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2001, p. 245; 247-248). O judicialização da Política como controle dos excessos cometidos pelos Poderes constitui-se em espaço legítimo de construção de uma sociedade *Republicana*¹⁴, entretanto, o *ativismo judicial*¹⁵ consagra-se como uma apropriação inautêntica das competências dos próprios Poderes de Estado. O ativismo judicial tem a capacidade de forma irresponsável colocar em xeque as instituições do Estado Democrático de Direito por meio de sua *autoridade e juízo inautêntico*. Nesse caminho, há ausência de legitimação do Poder Judiciário para agir politicamente quando adota o *ativismo judicial* como forma de ser, pois não existe designação de seus membros por aprovação direta do povo por meio do sufrágio

¹⁴ AGRA, Walber de Moura. **Republicanism. Estado e Constituição**. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 112-3: “O Republicanismo democratiza o poder ao torná-lo acessível a população de forma indistinta, ao fazer com que cada cidadão se sinta co-responsável pelas decisões escolhidas e ao estabelecer o sentido de *res publica* como standart para a conduta dos agentes públicos. Portanto, a democratização do poder e a consequente densificação da legitimidade da organização política são uma decorrência dos princípios agasalhados por essa doutrina. (...) O Republicanismo se mostra sim como uma das alternativas aos problemas que assolam a Pós-Modernidade. A definição dos caminhos tomados pelas organizações políticas retorna às praças públicas, local que foi celebrado pelas repúblicas clássicas, saindo definitivamente de espaços privados de difícil acesso à população. Seus conceitos fundamentais, como *res publica*, virtudes civis, cidadania ativa, supressão de qualquer espécie de domínio, luta contra a corrupção etc., configuram-se como vetores, de conteúdo principiológico, para a regulamentação de uma forma de organização política que revalorize o homem como ser integral, esquecendo-se de sua vertente de *homo economicus*, que é uma das causas de sua opressão.

¹⁵BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de [et al] **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003. p. 125-26.

universal, e, sendo o critério de seleção destes em detrimento da discricionariedade-técnica, natural seria que suas atribuições fossem, também, técnicas (objetivista-formalista), e não, políticas (subjativista-decisionista). A admissão de um ativismo político por meio da *decisão judicial* colide com a soberania popular, uma vez que

[...] as cortes constitucionais - nos dias de hoje - chamadas diariamente à agenda política das sociedades, transformam-se em autênticos *policy makers*, constroem decisões sobre temas polêmicos nas sociedades, os quais permanecerão muito tempo em vigor [...]. O que incomoda, e, talvez, por isso mesmo seja silenciado, é que, novamente, os membros destas cortes não passam pelo crivo de uma eleição direta e, discursivamente, não se sentem obrigados à satisfação ao mesmo povo para o qual também governam. (LIMA, 2003, p.204-205).

Na crítica à *discricionariedade judicial* e ao positivismo jurídico, precisa-se sublinhar o ceticismo filosófico que possui aproximação ao Direito enquanto saber prático autônomo que pode servir como uma solução pragmática e fácil para os conflitos cotidianos. Os magistrados, em certo sentido, adotaram a *discricionariedade* recepcionada a partir do direito administrativo de caráter político-programático ou no “Estado de Natureza Hermenêutico” que instituem o intérprete formal (juiz e tribunal) *o poder discricionário de atribuir sentidos que não podem se reconfigurar em uma espécie de uma supra-hermeneuticidade ou delegação dessa função para uma supernorma que possa “prever as hipóteses de aplicação”*. (STRECK, 2012, 450-451). O paradigma da subjetividade, impregnado na filosofia da consciência, acolhe o decisionismo (discricionariedade), que também se assenta no ato de vontade de Kelsen (Cap. VIII), além de estar presente tanto no ato de julgar solipsista quanto no plano de uma racionalidade argumentativa. (LUIZ, 2013, p. 46-47).

É possível indicar que o pragmatismo judicial assimilou distintas teorias para utilizá-las como instrumental de justificação de uma *discricionariedade judicial* ainda mais ampla e irrestrita no modelo positivista normativista ou, paradoxalmente, instituir o “Estado de Exceção Interpretativo”, em que “razões pessoais, políticas, argumentos de segurança pública, etc., não podem valer mais do que a Constituição, para ficar no ponto contextualizado”. (STRECK, 2016, p. 04). Streck critica a existência de vaguezas e ambiguidades nos textos jurídico-constitucionais, bem como a abertura para vários significados dos princípios que não podem ser justificativa para o uso da *discricionariedade*,

O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é a sua transformação em normas) não depende e não pode depender – de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete. Ora, fosse isso verdadeiro, teríamos que dar razão a Kelsen,

para quem a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade. Isso para dizer o mínimo! (STRECK, 2010a, p. 93).

O encontro do hermenêutico se dá no processo de interpretação da Constituição e tem, sim, uma série de peculiaridades, uma vez que a Constituição é compreendida como espaço garantidor das relações democráticas e ontológicas de *mediação* ético-política da sociedade. Na análise do positivismo normativista, Abel (2015, p. 165) debate a insuficiência crítica da academia e da doutrina em razão de suas lições reiteradas e, de certo modo, ignora o fato de que a *discricionariedade no positivismo* tem se constituído em discurso de legitimação e justificação de uma prática judicial,

O positivismo jurídico não mais servia e que precisava ser superado, mas passaram ao largo da crítica a discricionariedade judicial. Pior, fomos ensinados (pelo menos nas entrelinhas) que a discricionariedade judicial seria justamente o caminho para a superação do positivismo jurídico – daí o apelo ao “bom juiz” [...] Este tipo de simplificação banal do positivismo jurídico – e das complexidades para superá-lo – é algo que explica, em grande medida, o estado de coisas no qual nos encontramos atualmente.

Contra a fragmentação das teorias pragmaticistas, Streck (2013b) se posiciona no sentido de que o *princípio da integridade* está implícito na democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, pois, desse modo, estariam afastadas posições *objetivistas* que consideram estar na lei todas as respostas e as posições *subjetivistas* que consideram os juízes responsáveis pela atribuição de sentido às normas. Gadamer (1996, p. 68-69) destaca que “[...] já não estamos cientes disso porque, na prática, fomos forçados no sentido de pensar a aplicação da ciência”. Para justificar uma decisão, deve o juiz fundamentar suas razões, logo, “explicitar as condições pelas quais compreendeu”, de modo que a justificação das decisões seria a condição de existência da transparência do processo democrático de aplicações das leis. E, a respeito dos limites do formalismo no paradigma cientificista na decisão judicial, Streck (2013b, p. 342) diz que

O estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões proporciona, também, a superação de quaisquer resquícios próprios dos paradigmas jurídicos do passado, como a prática da subsunção ou do silogismo-dedutivista. A necessidade da fundamentação impede que as decisões se resumam à citação de enunciados assertóricos, anti-hermenêuticos na origem, por obnubilarem a singularidade dos casos.

As diretrizes da crítica à ciência e à técnica, a unidade da *compreensão*, os preconceitos da *linguagem* da primazia da tradição, da verdade e de ocultamento, decorrentes da formulação

de perguntas metódicas, moldaram a visão entificada de *Constituição* e *Constitucionalismo*, que trazem reflexos negativos tanto para o *sujeito hermenêutico* quanto para a *jurisdição constitucional*. Agora, o resultado da interpretação se torna legítima quando se mantém nos parâmetros normativos fixados pela Constituição. O texto constitucional passa a situar-se no âmbito da interpretação/concretização das normas que devem pautar-se por limites epistemológicos estruturados pelo *diálogo hermenêutico* entre a norma constitucional e a Constituição parametrizada pela doutrina e jurisprudência observadas na *decisão* dos objetivos do Estado democrático de Direito.

A postura cientificista como modo de entender o mundo influenciou as ciências humanas e, também, o Direito, em que tal solipsismo se evidencia com a sistemática reprodução da ideia de que há um mundo jurídico e um mundo dos fatos que podem, mas nem sempre, estar assentados no mesmo modo de *ser*. Nesse mundo jurídico “paralelo”, constituído em um *horizonte fictício*, o jurista tradicional presta um serviço “singular” de *reprodução* do pensamento ao realizar a subsunção do Direito (fato-norma), contudo, em outro horizonte, a ontologia gadameriana nos faz dissociar dessa *compreensão inautêntica* da fenomenologia jurídica enquanto compreensão do humano, pois, hoje, a tarefa da interpretação,

[...] é libertar-se da objetividade científica e da maneira como o cientista vê as coisas, é recuperar o sentido da historicidade da existência. Estamos tão obcecados com a perspectiva do pensamento tecnológico que só de um modo disperso temos consciência de nossa historicidade. [...] A linguagem é histórica – é o repositório do modo de ver de toda nossa cultura. [...] própria interpretação é histórica, e se tentarmos fazer dela qualquer outra coisa acrescentando-lhe ou tirando-lhe algo, empobrecemos a interpretação e empobrecemo-nos a nós mesmos. (PALMER, 2011, p. 253-254).

A interpretação ocupa espaço privilegiado na consolidação de uma *Constituição* como cultura dentro de uma visão de sociedade aberta e interpretativa, uma vez que atribui sentido de *medim político-jurídico* instituído pela linguagem que contempla as tradições jurídicas de uma sociedade. Streck (2010a), quando aborda o tema da interpretação ao referir-se à abertura da clareira, nesse espaço aberto pela hermenêutica, que deve estabelecer as bases para des-cobrir o ainda não des-velado do texto constitucional, informa que o fenômeno da *Constituição* está sobrecarregado. Isso quer dizer que antes tinha sido descoberto para, depois, em face da constante revisão da situação hermenêutica, que tende sempre a se tornar definitiva (inautêntica) a partir e no interior do campo jurídico colonizado pelo *sentido comum teórico*, voltou a encobrir o que nos impõe o dever de (des)velá-lo e (re)fundá-lo dentro de uma perspectiva humanista de um constitucionalismo que venha a se afastar de um *Estado de*

Exceção Interpretativo. (WARAT, 1995a, p. 98-99). De acordo com Gadamer (2007c, p. 63), isso ocorre uma vez que

[...] não é para se tornar semelhante ao todo que os homens fundam uma constituição e uma ordem social. E, contudo, isso não significa que, por exemplo, se trata aqui de uma fundamentação convencional da ética, que põe fim a um estado natureza. Ao contrário, é o logos e a distância em relação ao “objeto” que torna pela primeira vez efetivamente possível as convenções e que encerra em si o sentido para o útil, para o que é racional de acordo com fins – tal como se dá com o direito.

Ao abordar o tema da filosofia prática, Rohden (2008) assevera que partimos do princípio de que o ser humano se orienta, em suas *decisões concretas*, de acordo com seu *ethos*, não por uma coação externa para ser ético. Essa pragmática colabora a fim de que se evitem equívocos, desenvolvendo uma reflexão racional que tenha em seu horizonte os objetivos de sua ação. De tal condição “não decorre a construção abstrata e imutável das mesmas, mas ela é, em última instância, uma postura crítica pessoal e social. Vivenciamos o fato de que, em sociedade, constantemente reajustamos as vigências morais existentes”. (ROHDEN, 2008, p.150).

Na perspectiva gadameriana, a percepção se inverte: se volta sobre si mesmo, de modo que o que experimenta se torna consciente de sua experiência, se torna um perito, advém novo horizonte no qual algo pode converter-se para ele em *experiência*, já que indica a obrigação de *tomada de consciência* do dado comum que a todos articula, a saber, a Constituição. A atribuição do intérprete ao objeto a *compreender* pode estar situado no âmbito do Direito Constitucional e nos *precedentes judiciais* que formam, junto com a *doutrina constitucional*, um *novohorizonte* da tradição jurídica a ser utilizada como referencial significativo, uma vez que

[...] tomar parte consiste em realizar uma experiência que afeta nossas vidas numa perspectiva de totalidade, própria do autêntico filosofar, superando a relação estanque sujeito-objeto na filosofia. A hermenêutica filosófica não trata simplesmente de “uma doutrina do método de compreender, mas ‘da pergunta filosófica[...]ao todo da experiência do mundo e práxis da vida humana’”. (ROHDEN, 2002, p.76).

A pretensão da universalidade hermenêutica, como *práxis*, orienta-sena condução a todas as ciências, recepcionando os êxitos cognoscitivos dos métodos científicos e adoção em seu potencial. O fenômeno hermenêutico restitui, aqui, a sua própria universalidade à construção ôntica do compreendido, quando a origina, em um sentido universal, como *linguagem*, e gera sua própria referência ao ente, como *interpretação*. A unidade indissolúvel entre *ethos* e *dianoia*

busca a construção de uma dimensão racional do bem, que, de alguma forma, está inserida na *consciência histórico-efetual* do sujeito hermenêutico.

[...]isso não é inicialmente uma consequência do relativismo, do historicismo, do fragmentarismo modernos – ou como quer que venhamos a caracterizar os traços fundamentais inegáveis de nossa própria situação de mundo. O tema do caráter multifacetário da concreção do bem, assim como também precisamente tema dos pontos comuns que se mostram como hábitos a partir dessa tarefa de escolher o bem, já são pensados pelos gregos na fundamentação teórica daquilo que não pode ser senão filosofia prática. (GADAMER, 2007c, p.65).

Verifica-se que uma das questões difíceis a serem enfrentadas pela filosofia prática é valiosa para a *applicatio constitucional*, bem como sua *legitimação*, uma vez que está conectada com o problema geral da vida humana, que, por seu turno, não pode ser limitado em uma perspectiva originária de conhecer. Sendo ética, “não se limita a descrever normas vigentes, mas aspira fundamentar sua validade ou introduzir normas mais justas”. (GADAMER, 1994, p. 296). Rohden (2008, p. 142), em seu estudo sobre Gadamer, esclarece os riscos enfrentados na tentativa de ultrapassar o horizonte da teoria moderna da ciência e a filosofia das ciências do espírito, com sua concepção de *hermenêutica filosófica*, tomando como referência o modo de ser linguagem do ser humano, e aborda o tema

[...] como filosofia prática, no âmbito do saber sobre o homem [e do seu saber sobre si mesmo e sua ação] não resolve o problema moral como Descartes, isto é, solipsisticamente; também não elabora sua ética separando-se do mundo dos fenômenos nem pretende construir um sistema abstrato.

Na adoção mediada da hermenêutica enquanto ocupação teórico-prática, não se ignora o rigor metodológico da ciência moderna, visto que seus interesses e métodos diferem da filosofia prática e da hermenêutica filosófica. Se a política constitui-se em filosofia prática, é mais que uma técnica superior e deve ser estendida à *hermenêutica filosófica*, que “insere a contribuição das ciências nesta relação de consenso que nos liga com a tradição chegada até nós, não é um mero método”. (GADAMER, 1994, p.308). Por essa razão, a metodologia formal empregada pela dogmática jurídica é colocada em xeque pelo pensar gadameriano, já que se conduz por *silogismos* e pela *subsunção* da norma constitucional no caso concreto.

Na filosofia, a *teoria da decisão* é tradicionalmente cindida em uma teoria da escolha individual, teoria dos jogos e teoria das escolhas coletivas. A denominada teoria da decisão traz ao debate um conjunto de reflexões filosóficas e de resultados matemáticos, construtora de certa unidade em razão de um caráter bem geral de normas e conceitos fundamentadores. A tarefa

comum dos homens é criar uma linguagem autêntica que tenha algo a dizer e, por isso, não dar sinais previsíveis, mas procurar palavras pelas quais possa alcançar o outro. Instituir uma Constituição autêntica torna-se nosso objetivo no lugar e na medida em que caminhamos em direção da descoberta de um lugar *existencial da Constituição* que seja diferente dos horizontes de conhecimento representados tanto pelo objetivismo científico (positivismo normativista) quanto pelo subjetivismo (decisionismo voluntarista). Na verdade, no âmbito crítico, a teoria da Constituição, Streck caracterizou com eficiência a distinção colaborativa de escolha e de decisão para a Teoria da Decisão no Direito para o instante da *applicatio* na interpretação para a prestação da jurisdição constitucional.

No Direito, para uma adequada *compreensão (Verständnis)* da Constituição, é necessário termos uma pré-compreensão da Constituição na história e das teorias que a fundamentam a partir da análise correta de Gadamer. Apesar disso, tal visão totalizante deve ser concebida como condição de possibilidade diante de uma leitura da hermenêutica filosófica em que a Constituição é mais do que um texto, “é um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social. A tradição nos legava vários sentidos da Constituição”. (STRECK, 2002, p.179). A partir disso, considera-se o entendimento de uma das categorias centrais de Gadamer: o preconceito. O preconceito básico do *Aufklärung* é o preconceito contra os preconceitos enquanto tais, e, com isso, a despotenciação da tradição verdadeira capaz de reunir valores comunitários e institucionalizar regras decisórias, de modo que

[...]as preferências dos membros do grupo sejam redutíveis a um denominador comum que represente a dimensão única do conflito e, portanto, da escolha. Isso implica a existência de um acordo dentro do grupo que decide sobre o fato de que as preferências de cada um em torno de um determinado problema de escolha difiram apenas quanto a um único parâmetro. [...] entre consenso e dissenso, esta espécie de *concordia discors*, reduz notavelmente a área de conflito, permitindo assim que a regra de maioria funcione de maneira apta a distribuir equitativamente os benefícios ou custos do processo decisório. (D'ALIMONTE, 2000, p. 310).

Mas, afinal, o que é decisão? Para os teóricos da Ciência Política, a decisão ainda é abusivamente relativa, pois é depositária de um processo assentado na regra de maioria no sistema democrático. (SARTORI, 2000, p. 261-264). A *decisão* ainda é objeto de análise na construção de seu processo *resolutivo*, ou por meio da unanimidade ou em razão da proporção decorrente da engenharia política na sociedade contemporânea, com regras de maioria, que, de certo modo, tem trazido *efeitos subjetivistas para a esfera judicial*, pois já é comum na política, em que as

[...] decisões individuais não apresentam os problemas das regras de decisão. E isto também é verdadeiro no tocante as decisões que respeitam órgãos monocráticos. Não é assim com as decisões coletivas. Quando o poder decisório é confiado a um grupo e não a um simples indivíduo, torna-se necessário estabelecer as regras que hão de ser seguidas para reunir preferências (opiniões ou interesses) de cada um numa decisão coletiva. (D'ALIMONTE, 2000, p. 307).

Sem possuímos *conscienciado* horizonte da tradição, ao interpretar, pode-se estar de maneira insuficiente interpretando e buscando compreender o mundo no qual somos parte de sua construção. A razão nos impõe a tarefa da compreensão de que *interpretar* é nosso modo de *conhecer*, de *agir* e de *ser*. Interpretar é da essência de nossa humanidade, pois o próprio fato de existir pode ser entendido como um processo constante de interpretação. (DOSTAL, 2002, p. 261-262). Assim, isso revela que o verdadeiro conhecimento pela alma imortal jamais pode ser alcançado em *algo parcial*. (GADAMER, 1980, p. 117). A visão científica subjaz a uma pretensão de ciência universalizante insuficiente para o Direito, a fim de *decompreender* (*Verstehen*) exatamente não apenas a interpretação de uma “vontade” jurídica solipsista, como a

[...] distinção entre uma função normativa e uma função cognitiva faz cindir, definitivamente, o que claramente é uno. O sentido da lei, que se apresenta em sua aplicação normativa, não é, em princípio, diferente do sentido de um tema que ganha validade na compreensão de um texto. [...] Mas para isso o verdadeiro modelo é constituído pela hermenêutica jurídica e teológica. A interpretação da vontade jurídica e da promessa divina não são evidentemente formas de domínio, mas de servidão. Ao serviço daquilo que deve valer, elas são interpretações que incluem aplicação. (GADAMER, 2002, p.463-465).

No processo de decisão e/ou resolução, o elemento central da *mediação* dos sujeitos se constitui na *linguagem* e como conseguimos *compreender* (*Verstehen*) o mundo, mas, às vezes, a nossa *compreensão* (*Verständnis*) resulta erroneamente em projetos incompletos. É exatamente o *ser* que compreendemos na expressão de Gadamer que é lembrado utilmente. (GRONDIN, 2012, p. 13). Trata-se de um discurso sobre o *ser* desde o *ser*. Porém, nada mais é falso. Somos capazes de *nos compreendermos uns aos outros*; podemos compreender uma leitura e formar uma opinião: o funcionamento das *coisas*. Logo, temos a capacidade de, pela *linguagem*, construir um *diálogo hermenêutico* capaz não apenas de instituir a *Constituição* como *medium de uma linguagem político-jurídica de uma comunidade* com também dar-lhe movimento e adequação no tempo em razão de uma *applicatio* quando demandados por meio da jurisdição constitucional na *fusão de horizontes* de tradições reguladas pela *consciência humana formada*. Compreendermos efetivamente o mundo, mesmo que nossas conclusões sobre as compreensões

do mundo não sejam corretas, relacionadas a outras concepções e teóricos com quem temos pontuais aproximações, como, por exemplo,

[...] Dworkin, [que] realiza uma espécie de desconstrução hermenêutica do positivismo discricionário do *common law*, de John Austin e Herbert Hart, em especial deste último. Para ele, em visão contrária à de Hart, os juízes não possuem qualquer discricionariedade porque, mesmo naqueles casos chamados “difíceis” (hard cases), eles estão vinculados a julgar conforme, pois padrões prévios da conduta que são descritos por Dworkin como princípios jurídicos. (STRECK, 2013c, p. 2352).

A hermenêutica se faz visível no agir que constrói a decisão normativa relativa a um problema concreto, pois se caminha em direção à *resolução* coerente dos preceitos normativos adequados em vista das circunstâncias práticas, e, em razão do constituído pelo discurso que traz, ao mesmo tempo, “segurança jurídica (controle do arbítrio) e legitimidade do juízo (racionalidade da adequabilidade)”. (PEREIRA, 2001, p. 169-170). A decisão se dá a partir do comprometimento com algo que se antecipa, o que seria a pré-compreensão, e, no caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa seria a compreensão (*Verständnis*) daquilo que a comunidade constrói como Direito. A comunidade política que “condicionará a forma como a *decisão jurídica* será realizada de maneira, que somente a partir desse pressuposto, é que podemos falar em respostas corretas ou respostas adequadas”. (STRECK, 2010, p. 106).

Não há um método para se chegar a uma decisão correta, há estruturas que se situam antes de qualquer aporte metodológico que já constituem conhecimento, aproximando para o Direito a hermenêutica filosófica de Gadamer.

Compreender, e, portanto, interpretar (que é explicitar o que se compreendeu) não depende de um método. Existe um processo de compreensão prévio (pré-compreensão) que antecipa qualquer interpretação e que é fundamental, levando-nos para uma ideia de duplo sentido da compreensão. (STRECK, 2010, p. 77).

A construção da racionalidade desse processo decisório que torne o “caráter dialógico da compreensão não estabelece um padrão prévio da verdade, mas admite que a possibilidade de sua correção advém da necessidade de inclusão dos diferentes pontos de vista no processo decisório”. (PEREIRA, 2001, p. 170). Sobre a abertura da *experiência hermenêutica*, trazemos Palmer (2011, p. 248), que contribuiu ao indicar que o

[...] método é uma tentativa de avaliação e controle por parte do intérprete; é o oposto de nos deixarmos guiar pelo fenômeno. A abertura da experiência – que altera o próprio intérprete a favor do texto – é a antítese do método. Assim o método é de facto uma forma de dogmatismo, separando o intérprete da obra, colocando-se entre esta e ele,

e impedindo-o de experimentar a obra em toda sua plenitude. A visão analítica é cega a experiência; é uma cegueira analítica.

No ambiente decisório que decorre da condição de exercício e de organização do poder estatal, o Direito, de modo geral, e a Constituição instituem-se como espaço de debates e de conflito que se apropriam de preconceitos – senso comum teórico – e, inconscientemente (tradição jurídica) ou conscientemente (positivista-normativista), o Direito não é somente uma criação da sociedade e da cultura, pois, em razão de o homem viver em uma determinada sociedade significar *viver-em-situação*, isso faz com que o Direito exista em múltiplas manifestações, como produto cultural, diverso e mutável. (MAMAN, 2000, p. 85).

Na Filosofia e no Direito, *compreender* (*Verstehen*) significa o mesmo que aplicar um sentido à nossa situação e às nossas indagações. Não existe uma pura e objetiva *compreensão* de sentido, que, depois, na aplicação de nossas questões, adquira especial significado. Não é de se estranhar que a *compreensão* sempre aconteça de maneira diversa de época para época e de indivíduo para indivíduo. A *compreensão* (*Verständnis*), motivada por acidentais questões, não é apenas uma conduta reprodutiva, mas, também, já que ela implica aplicação e uma conduta produtiva. (GRONDIN, 2001, p. 193). Sobre hermenêutica filosófica e sua neutralidade científica, conhecimento e facticidade, percebe-se que não há um conhecimento neutro, o que denuncia a pretensão de neutralidade dos discursos científico-filosóficos, e, no Direito, comumente há confusão entre neutralidade e imparcialidade. Ao indicar os preconceitos do pré-conceito de um conhecer complexo e alimentado pela facticidade, reflete-se sobre seus padrões e revela-se a ontologia gadameriana. E, em Gadamer (2002a, p. 461-463), percebe-se que

[...] a compreensão é menos um método através do qual a consciência histórica se aproximaria do objeto eleito para alcançar seu conhecimento objetivo do que um processo que tem como pressuposição o estar dentro de um acontecer tradicional. A *própria compreensão se mostrou como um acontecer*, e filosoficamente a tarefa da hermenêutica consiste em indagar que classe de compreensão, e para que classe de ciência é esta que é movida, por sua vez, pela própria mudança histórica.

Gadamer esculpe outra expressão, que é o *acontecimento da verdade*, que gera desconforto naqueles que observam a hermenêutica filosófica sem compreendê-la como possibilidade do (des)velar, pois o elemento da facticidade diz que todo processo de *compreensão* do *ser* (*Sein*) é limitado por uma história. Recorde-se que um magistrado não está obrigado a julgar de acordo com a jurisprudência, mas “a ruptura na coerência do sistema só se legitima quando estiver respaldada em uma necessária adaptação do sistema já se sustenta pela comunidade jurídica”. (CARNEIRO, 2011, p.264). Portanto, deve permanecer na

parametricidade constitucional por nós já indicada. A verdade diz respeito ao problema da tradição, pela *história do ser* que limita à *compreensão* (*Verständnis*), podendo gerar estranheza naqueles que observam a *hermenêutica filosófica* como incompatível com a ideia de *Constituição* ou como relativização do saber na *teoria* que Gadamer (2007e, p. 98) defende, uma vez que

Ele não estava disposto a admitir que as decisões adicionais que tem que ser tomadas pelo tradutor, pelo artista e pelo músico, assim como as decisões práticas do juiz ou do pastor de almas, emergem na compreensão “correta”. [...] que desempenha o papel decisivo particularmente nas artes reprodutivas, contando que o modo de ser da reprodução não se transforme propriamente em objeto.

A hermenêutica nos conscientiza de que a interpretação é algo essencial para interpretação de palavras e textos e nos mostra os sentidos das palavras. Streck (1999) afirma que a hermenêutica é a propositura de se dizer a maneira de viver que resulta das circunstâncias em que cada um se acha, e não meros métodos científicos. Não pode existir uma interpretação correta porque se trata de um caso de “texto” analisado, como *linguagem* de uma nova apropriação, pois “interpretar é um fluir de sentido através do tempo que tem de abordar linguagens/tradições diferentes a fim de se dirigir a ouvintes e situações sempre distintas”. (GUTIÉRREZ, 2012, p. 304). Quando o intérprete é da tradição do texto proposto é impensável sua indução ao sentido que a norma busca repassar. (STRECK, 1999, p. 187).

O intérprete de tradição gadameriana se afasta da interpretação objetiva de Betti, que busca “ajudar a transpor os obstáculos à interpretação e facilitar a reapropriação da mente objetiva por outro sujeito; a necessidade de um conhecimento, relativamente objetivo, requer que o agente da interpretação entre numa relação sujeito-objeto com outro texto”. (BLEICHER, 1980, p.71). Gadamer compartilha a ideia de que o *ser* compreende aquilo que está em seu horizonte avaliativo e, no caso dos intérpretes da *Constituição*, a própria. Desse círculo não pode escapar, mesmo os horizontes sendo alargados e sua opinião mudando no tempo. O formalismo da decisão na modernidade é desenvolvido por Picavet (2003, p. 391):

A teoria moderna da decisão apresenta um caráter nitidamente “formal”, ligado à linguagem estritamente codificada (geralmente matematizada) que lhe é própria e que autoriza os desenvolvimentos conceituais mais abstratos. Ela pode ser dita “formal” num outro sentido por causa da ambição fundamental que a anima: a descoberta de estruturas típicas de classes de situações de uma maneira plenamente inteligível.

O perfil dominante do pensamento jurídico ocidental está assentado na doutrina positivista normativista de caráter dogmático, que se ocupa das condições de probabilidade para

a razão de decisão. A corrente dogmática volta-se, em essência, para elementos técnicos que constituem os instrumentos de que se utiliza aquele que decide para obter a decisão que majoritariamente se imponha e os organize juridicamente. (WARAT, 2002, p. 44-45). Streck (2010, p. 106) questiona a diferença entre decisão e escolha; esta última significa “*discricionariadee*, quiçá, arbitrariedade”; dessa forma *a decisão- no caso, a decisão jurídica- não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher.*

Em Kelsen, há distinção entre a interpretação realizada pela ciência jurídica (inautêntica) e quando desenvolvida por órgãos jurídicos (autêntica), contudo, penso que o que define pela autenticidade da interpretação está relacionado ao objeto decisório e a não ruptura com parâmetros definidos legitimamente pela tradição constitucional. Pode-se ter uma doutrina ao interpretar agir de modo autêntico e um órgão judiciário, ao realizar fazê-lo discricionariamente, agir de modo inautêntico. Hoje, o conceito de *decisão* tem se configurado em um processo complexo que, em sentido lato, pode ser denominado de aprendizagem. Sem levar em consideração as “divergências teóricas específicas, poderíamos postular que pertencem ao processo de impulso, motivação, reação e a recompensa”. (FERRAZ JR., 2013, p.286). A difícil discussão sobre a formulação de *parâmetros* para as decisões é trazida por Streck (2013d, p. 2352) para a interpretação, lembrando que em

[...] cada decisão há um princípio que necessariamente vincula as decisões nos próximos casos semelhantes. Deste conjunto principiológico, oriundo da história institucional do Direito, o intérprete tem o dever de resolver o caso seguinte, na forma de um romance em cadeia, escrito por diversos autores, porem com todos seguindo de forma coerente a ideia principal, realizando o trabalho de adequar o princípio ao caso concreto, constringidos pela tradição, dando resposta correta ao caso.

A complexidade do campo de *teoria da decisão* advém da dupla natureza “positiva” (explicativa) e “normativa” (ética e política) e das estruturas que busca delinear. A dimensão normativa é aquela que desperta maior potencialidade às nossas reflexões, já que é assentada na teoria das escolhas individuais e que demonstra, em sua forma clássica, evidência de uma investigação filosófica sobre a racionalidade da ação e no julgamento (adoção conjunta de valores subjetivos) e uma investigação positiva sobre a postura que se pode aguardar por parte dos indivíduos sobre os quais não se tem razão especial de acreditar que sejam irracionais. Ainda sobre os destinatários da decisão, Picavet (2003, p. 394) traz para sua justificação o

diálogo, contudo, sua argumentação percorre sentido diferente da hermenêutica filosófica porque está impregnado pelo *paradigma objetivistaformalista*, já que, para ele,

[...] a abordagem matemática para coincidir com o esforço de delimitação de uma intuição correta da escolha racional. Seja, porém, no nível das pessoas ou ao nível de sociedades inteiras, as normas que as exposições matemáticas levam em conta só adquirem sentido num diálogo constante com uma reflexão moral e política que vá além do ideal de coerência que essas exposições privilegiam. [...] Pode uma decisão ser dita racional ou razoável (e, portanto justificável), considerando apenas o caráter apropriado da ação relativamente à satisfação dos desejos ou das preferências daquele que assume sua responsabilidade?.

Com Gadamer, dentre os modelos estruturais indicados para a *compreensão* está a *mediação*, que consiste em concluir que nenhum objeto é compreendido na totalidade de seu sentido, mas parcialmente, ou seja, a *compreensão* é influenciada pelo prisma sob o qual o intérprete investiga e, em nosso caso, *na fusão de horizontes*. Desse caminho advém que toda atividade interpretativa é de reconhecimento, aí resultando na *autoridade* da situação histórica do objeto interpretado e da tradição na qual o intérprete se encontra inserido em *mediação* com o horizonte atual e pretérito; e, por essa razão, há “compreensão”. Na construção do *consenso possível* por meio do *diálogo*, a figura do acordo ressurgue e não significa adesão ou submissão ao Outro, mas aquilo que surge no *diálogo* já que, no acordo sobre a compreensão que se forma em razão do dizer do outro ou o *dizer, pensar ou querer, expressar, faz ou quer fazer, mesmo que um parceiro discorde do outro*. (ROHDEN, 2002, p.196).

[...] a teoria da decisão inscreve-se na tradição da reflexão filosófica sobre a prudência e a racionalidade na ação, ao mesmo tempo que oferece seu concurso aos especialistas das ciências humanas que não consideram insensato atribuir aos agentes que eles estudam (estudam as modalidades de interação) um comportamento racional baseado em avaliações concorrentes (PICAVET, 2003, p. 391).

O homem como existência, sua noção de *ser no mundo*, consiste no fato de que nossos *preconceitos*, com nossas estruturas prévias de compreensão herdadas, incluem tudo que se sabe, consciente ou inconscientemente, como *preconceitos* que podem ser legítimos, fundados nas coisas em si, ou ilegítimos, assentados em ideias ao acaso e percepções populares, pois uma parte significativa de *Verdade e Método* explica como o procedimento de legitimação e a tarefa crítica de rejeitar preconceitos ilegítimos acontecem na compreensão. (LAWN, 2007, p. 147-148). A Teoria da Constituição tem, na própria doutrina, estrutura que vai além de conceitos formais edificados a partir de um *positivismo normativista objetivista* ou de um *decisionismo subjetivista* de matriz voluntarista que já foram vistos no *Capítulo II* da tese.

[...] quando critico o “solipsismo judicial” ou, o que é a mesma coisa, as decisões conforme à “consciência do julgador”, tenho em mente a tese de que as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, isto é, a partir da consciência psicologista. [...] a superação do paradigma daquilo que se denomina de filosofia da consciência. A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis (e os fenômenos) são produtos de uma intersubjetividade e não de um indivíduo isolado. (STRECK, 2010a, p. 115).

A imagem refletida está unida ao próprio aspecto visível através da *mediação*, que é a do observador. O *ser* que compreendemos surge, em Gadamer, ao dizer que é na linguagem que se entende o mundo, pois a *linguagem* é tanto objeto quanto desenvolvimento ou processo de *compreensão*, e busca, na verdade, que nós nos *compreendamos* no mundo por meio do *modo linguístico*. A linguagem é toda forma de compreensão que acontece ao nosso redor. E um juízo é especulativo quando a afinidade que nela está presentificada não se deixa pensar como a atribuição precisa de uma deliberação a um sujeito, de uma propriedade à *coisa*(*Sache*) dada, mas que tem de ser imaginada como procedimento que se limite a refletir a pura aparência do refletido. (GADAMER, 2002a, p. 79-80; 87-88).

A resposta correta se manifesta de diversas formas no tempo em razão de seu caráter ontológico, determinada pela tradição e posta à luz pelo intérprete na sua condição de ser no mundo. A verdade está nas ciências do espírito e na sua historicidade, e essa mesma verdade se dá com revelação e um crescimento do ser, que, nas ciências exatas, não conseguimos encontrar por serem constantemente revisadas pela história. Gadamer é frequentemente (equivocadamente) visto como fazendo *apologia ao relativismo*, ou seja, fazendo relação da história com a evolução do espírito. (GRONDIN, 2012, p. 4-5). O ponto de partida da interpretação não é arbitrário, já que contém a *situaçãohermenêutica* do intérprete, em que, no passado, não existe gênese na recordação, mas no esquecimento. A substância da tradição é uma mesma coisa, mas é, ao mesmo tempo, distinta, porquanto a linguagem interpretadora é a linguagem do intérprete, e não essencialmente a do texto,

[...] quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e o direito a um tratamento igualitário, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que proferem. Decisões emanadas de “últimas instâncias”, embora inegavelmente devam ser obedecidas, devem, entretanto, sofrer fortes “constrangimentos epistemológicos” ou, se se quiser chamar assim, de “censuras significativas”. Esse é o papel da doutrina em país democrático. (STRECK, 2013 d, p.2359).

A interpretação é uma inovação do *compreender*, uma vez que a *linguagem* do intérprete é a manifestação abrangente da linguisticidade que encerra, em si, todas as formas de uso.

Significa que as interpretações das obras que constituem a tradição devem efetuar-se a partir da consciência da relação intérprete/interpretado. O intérprete se encontra pertencendo à *tradição* e a distância dos objetos que interpreta. Na prática, é a realização de si mesmo e agir em solidariedade, no entanto, a solidariedade é a condição decisiva e base de toda a razão social. (GADAMER, 1996, p. 86-87). Sobre a *applicatio*, convém lembrar que

O Supremo Tribunal, por exemplo, não tem o direito de errar por último, e por isso que acreditamos em uma doutrina jurídica crítica, para impedir que más decisões, frutos de uma racionalidade ideológica subjetivista/discricionária (ambas são faces da mesma moeda) se repitam. (STRECK, 2013d, p. 2359-2360).

A *compreensão* não seria orientar-se somente com base na *linguagem*. Isso seria um modo de contra-argumentar Gadamer, porque existem outros tipos para obter a *compreensão* pela simples essência das coisas na *linguagem*. Não obstante, seu ponto de partida não é arbitrário, tampouco pode ser discricionário, como tem propugnado a contemporaneidade constitucional. Em verdade, não se trata de um começo real, já que resulta na circunstância de que o texto que se trata de *compreender* está impregnado por opiniões prévias e, nesse sentido, é suficiente investigar as pré-compreensões e os pré-conceitos dos doutrinadores do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição para constatar suas tradições. Gadamer se insurge contra concepções que se articulam por meio de uma *pretensão constitutiva de um modelo que tem início na dúvida e, conseqüentemente, do caráter pejorativo da pré-compreensão*. (CARNEIRO, 2011, p. 85). A experiência hermenêutica se encontra entre aquele que compreende seu texto e o que pode vir a participar, dando origem à noção de aplicação decorrente da servidão do intérprete à *compreensão*.

A distinção entre uma função normativa e uma função cognitiva faz cindir, definitivamente, o que claramente é uno. O sentido da lei, que se apresenta em sua aplicação normativa, não é, em princípio, diferente do sentido de um tema, que ganha validade na compreensão de um texto. [...] uniria o criador e o intérprete de uma obra. [...] verdadeiro modelo é constituído pela hermenêutica jurídica e teológica. A interpretação da vontade jurídica e da promessa divina não são evidentemente formas de domínio, mas de servidão. Ao serviço daquilo que deve valer, elas são interpretações que incluem aplicação. (GADAMER, 2002a, p. 463-465).

Gadamer colabora na transformação da Constituição, realizando uma leitura filosófica, tanto do constitucionalismo *positivista normativista objetificante* quanto do *subjetivismo voluntarista autoritário* e, como se observa, a obscura conformação de preconceitos que habitam o imaginário do sujeito na hermenêutica constitucional, ou, em linguagem waratiana, o senso comum teórico dos juristas. (WARAT, 1994, p. 26-27). A

justificação técnica da necessidade da *discricionariedade* enquanto conveniência e oportunidade mediadora da lei nos parece razão argumentativa. (CAMPILONGO, 2011, p. 181-182).

A questão da decidibilidade gira em torno do conceito de sentido jurídico, que assume um saber tecnológico, constituindo-se em dogmático e distancia-se da realidade social, mas procura incansavelmente formar regras para a *tomada de decisão*. Recorde-se que a decisão ocupa uma tarefa fundamental para esse modelo. O fechamento operativo do sistema jurídico é fornecido pela alocação dos valores de seu código comunicativo (lícito/ilícito). (CAMPILONGO, 2011, p.22-23). No Direito, a questão da decidibilidade apresenta-se como resultante *continuum* na convivência (sistema de conflitos intermitentes). Essa decidibilidade se dá por meio de *linguagem*, e *alinguagem* é cerne do *diálogo*, visto que qualquer forma de sociedade de vida humana se define em formas de comunidade linguística, e cada comunidade tem uma forma de interpretar e falar.

Streck (2013 d, p. 2359) contribui para uma teoria da *decisão judicial* “baseada em critérios jurídicos da legalidade e constitucionalidade”, com objetivo de controlar as decisões judiciais e, com isso, transcender a existência de respostas diferentes para casos análogos, propiciando segurança jurídica e a *coerência e integridade das decisões*¹⁶. Tal teoria alicerça-se essencialmente em cinco princípios, que, segundo o autor, representam “a conformação de um agir concretizador da constituição”. Constituem-se em parâmetros de preservação à autonomia do direito, o controle hermenêutico da interpretação constitucional, o efetivo respeito à integridade e à coerência do Direito, o dever de justificar as decisões e o Direito a uma resposta constitucionalmente adequada. (STRECK, 2014, p. 329).

No diálogo argumentativo é que será possível compreender e realizar a Constituição e, de maneira mais significativa, também na convivência política, atendendo exigências de racionalidade e de previsibilidade, o que, em nossa perspectiva, caracteriza o atuar *discricionário*, que é concedido para que a jurisdição constitucional, por meio da decisão judicial, tenha por critério atender aquilo que a lei tem por *parâmetro dogmático*: a tradição constitucional. (RAMOS, 2015). No caso concreto, trata-se de um modo em que todo atuar descompassado com essa finalidade será um ato ofensivo à Constituição. O acordo sobre

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 273. O direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso.

determinado assunto, que pode decorrer do *diálogo*, não significa óbvia conciliação e também um processo externo que conforme os argumentos. (ROHDEN, 2002, p.196).

A construção da hermenêutica representa um modo de existência que antecede a mera atividade interpretativa, e toda a aplicação no Direito provém de um juízo de adequabilidade, a fim de determinar qual o conjunto normativo que, observando o dever de coerência, deve indicar a resolução do problema concreto; que se diluem na história efetiva que instiga o ser-capaz-de-fazer em uma espécie de teoria do agir de Gadamer, sendo aplicável na sociedade enquanto percepção da urgência do diálogo. O modo particular como a modernidade encontrou expressão na ciência refundou o mundo humano enquanto artificial da experiência científica que ocupa, aqui, uma posição singular, enquanto *compreensão* de modelo estrutural. Não se pode ignorar que tradição e razão fazem parte de uma unidade localizada em um contexto cultural, dentro de determinada estrutura histórica, pois aquilo que se denomina como racional é observado dentro de parâmetros da tradição. Nunca se pode escapar da tradição, uma vez que se está imerso nesta, visto que é sempre especulativa. (GADAMER, 2007f, p. 18-19).

Em síntese, constata-se a relevância que a compreensão gadameriana enseja no diálogo hermenêutico, bem como sua difícil aplicação por parte do Poder Judiciário, em razão da crônica incompreensão e indisponibilidade teórica que o Direito exerce sobre seus intérpretes. Quanto mais se aplica a ontologia gadameriana no agir como constitucionalista perplexo encontra-se fenômenos como a compreensão inautêntica exercida pelo pretense ativismo judicial, o qual age de forma decisionista e voluntarista, ou seja, por meio da *filosofia da consciência*, incapaz de perceber o risco oriundo de um processo de aplicação do Direito. Ao demais, o véu da legalidade do positivismo normativista de matriz kelseniana justifica seu agir relativista com uma leitura insuficiente do *Capítulo VIII da Teoria Pura do Direito*, e adota a via da *discricionariedade* como panaceia decisionista. Portanto, no agir do ativismo judicial sem limites epistêmicos, adota o pior de dois mundos: subjetivismo voluntarista do decisionismo de matriz schmittiana e o positivismo normativista objetivista de ordem kelseniana, que, de maneira distorcida, constitui uma matriz anárquica do ponto de vista epistemológico ao fundamentar suas decisões.

5 CONCLUSÃO

A hermenêutica filosófica, sendo filosofia prática, não se refugia nem se fundamenta na absolutidade de princípios rígidos, mas, sim, na facticidade fenomenológica. A racionalidade da *práxis* humana e a racionalidade da filosofia prática estão conformadas ao contingente temporal que se aparta e uma pré-compreensão de ciência com base em um pretense princípio da universalidade. A consciência crítica é aquela que não está vinculada ao seu tempo, cuja situação hermenêutica nunca permanece estática, pois trata-se de uma consciência que procura dar conta das transformações que causam um saber em que essas mudanças são produzidas em razão das circunstâncias históricas e entravadas por conta de falsos projetos articulados com olhos no passado. Toda experiência, por mais que se pense consumada ou exaurida, constitui sempre *abertura*. Esses foram os *pré-conceitos* que deram origem à reflexão que orientou a presente tese. Esclareço que esta tese teve a pretensão de produzir a *fusão de horizontes* da Filosofia e do Direito constituindo uma Filosofia no Direito que tenha no diálogo hermenêutico de Gadamer um de seus pilares contemporâneos dentro de uma tradição humanista.

A teoria de Kelsen utiliza a estrutura lógica e formal das categorias jurídicas, ou melhor, dos conceitos jurídicos mais abstratos e universais. Com relação ao pensamento de Kant, a lei moral independe da experiência. O imperativo categórico, por não estar ligado a uma finalidade que o contenha, não limita outra coisa senão a obrigação de que a máxima de ação seja conforme a lei. Por outro lado, Kelsen abandona suas pretensões exclusivamente descritivas e cria uma instância normativa pressuposta que se apresenta enquanto hipótese lógico-transcendental. A construção da tradição verificada em Kelsen conduz o Direito ao processo de cientificização e à construção da organização do poder político como um dos elementos estruturantes da Constituição baseada na matriz do *positivismo normativista e objetivista*.

O problema enfrentado na teoria de Kelsen levou ao excesso de formalismo produzido pelo positivismo. O positivismo normativista possui diversas tendências, inclusive a *garantista* de Ferrajoli, que mantém sua relevância na sociedade contemporânea. O *objetivismo* não é um inimigo a ser eliminado, mas, sim, uma concepção científica séria que deve ser atualizada em vários momentos e características, e também assumida como essencial à construção permanente do Estado Democrático de Direito. O positivismo normativista *garantista* de Ferrajoli é essencial ao Direito e à Democracia, portanto, à compreensão da *Constituição* e do *Constitucionalismo*.

A Teoria da Constituição atual possui outras tradições científicas em que elementos como a *dialética* podem ser verificados à luz do *formalismo objetivista* e do *subjetivismo* científico

plasmados no positivismo de Kelsen e no decisionismo de Schmitt, no *compreendera Constituição* de modo a transformá-la no lugar da realização do seu *lugar existencial*. O subjetivismo, na filosofia moderna, tem indicado uma supremacia do sujeito no fenômeno da compreensão que contamina o horizonte subjetivo da interpretação na história e na linguagem. A consciência de nossa finitude nos determina na aproximação como os objetos indicam as restrições de nossa pré-compreensão ao agir. Aceitar a posição de recusa a uma justificação última do conhecimento constitui-se em cenário em que o sujeito não dá conta da coisa (*Sache*). Em Schmitt, esse *subjetivismo* é trazido por seu *decisionismo voluntarista* político-jurídico-filosófico de característica autoritária e antidemocrática, que é constatado por sua ênfase no *Estado de Exceção* e no exercício de sua distorcida soberania.

Com autores constitucionais contemporâneos, tais como Heller, Müller, Häberle, Bonavides e Streck, verifica-se uma espécie de *mediação* entre o *objetivismo* e o *subjetivismo* na medida em que buscam a construção de critérios e *parâmetros* que melhor podem conduzir à compreensão da Constituição. Outros autores, como Neves e Verdú, se inclinam pelo *decisionismo voluntarista (subjetivista)*; de outra escola, Canotilho também se inclina com seu constitucionalismo dirigente (para países periféricos), bem como Ferrajoli, *pelo positivismo normativista garantista (objetivista)*. Por fim, no campo do decisionismo voluntarista e subjetivista, Moro e Mendes figuram como seus expoentes teórico-práticos. Todos acabam, teoricamente, pretendendo se libertar do formalismo cientificista objetificante e dogmático.

Ao ingressar no tema da *applicatio* para o Direito de Gadamer, deve-se observar que compreender e interpretar não podem estar restritos ao âmbito do cognitivo, já que traduzem nosso *modo deser*. O filosofar não se constitui em condição unívoca que vai da palavra ao conceito, mas pelo caminhar que vem do conceito à palavra. Nesse ambiente, emerge a razão pela qual ele não pode ser contido tão somente ao estudo do método das ciências naturais nem ao plano epistemológico. A *compreensão* do sentido do ser não sobrevém da aplicação das regras matemáticas, contudo, parte da perspectiva aristotélica, que aponta que não se exigem provas matemáticas de um retórico, assim como não se podem exigir “indícios científicos” dos cientificistas. O procedimento epistemológico pretende julgar de forma neutra e deduzir o real (*neutralidade*), passando-se à *hermenêutica filosófica* como um modo de ser e uma postura que ouve, discerne e dialoga. Eis a razão da escolha por uma específica hermenêutica, visto que, no primeiro caso, o importante é a análise correta que se faz, ao passo que, ao filosofar, é a *consciência da experiência* a qual a consciência realiza.

Quanto ao *Constitucionalismo* e à *Teoria da Constituição*, diverge-se da compreensão, que parece hegemônica no sentido de que são objetos distintos no qual o primeiro se refere ao Direito Constitucional como processo e o segundo diz respeito ao conhecimento, ou seja, construção doutrinária que analisa os paradigmas e as perspectivas do Direito Constitucional. Essa distinção se torna relevante para conceituar ‘Constituição’ na medida em que possui a presença de questões ideológicas nesse empreendimento, visto que o Direito Constitucional é produto de ideias consagradas. Gadamer crê ter assentado, em *Verdade e Método*, que a compreensão ponderada deve ser pensada a partir da situação de *diálogo* (*Gespräch*) e a partir da *dialética de pergunta e resposta*, nas quais nos entendemos e dizemos o mundo comum. A percepção do princípio da experiência desenvolve seus traços fundamentais enquanto princípio filosófico, pois a experiência hermenêutica não se circunscreve a um conceito finalizado. Eis por que extrapola na construção de sua identidade, explicitando traços centrais, como sua finitude, sua historicidade, sua nãoobjetificabilidade e sua ambiguidade e abertura.

No Direito, a compreensão hermenêutica antecede a decisão, e esta se dá por meio de um método objetivista ou subjetivista, pois identificamos, com Gadamer, a crítica no tocante à ciência e à técnica, bem como o percurso de sua reflexão sobre temas apropriáveis em uma análise do pensamento jurídico, tanto objetivista quanto subjetivista, os quais consubstanciam na visão da *hermenêutica filosófica*, aplicáveis pelo *modelo do diálogo hermenêutico* de Gadamer, Grondin, Palmer, Mootz III e Rohden. Não há *consciência hermenêutica*, situação hermenêutica, se não existe uma consciência histórico-efetiva, ou seja, uma consciência de que nós somos determinados pelos fatos históricos que movem a formação de uma *Constituição* a partir da *dialética* propicia o *medium jurídico-político-linguístico* estruturante de uma sociedade aberta. A diversidade da *experiência histórica* pretende livrar-se de dogmas, e, em Gadamer, não é possível encontrar um perfil normativo definitivo, pois em seu “diálogo” surge o constituir de sua hermenêutica na qual a aplicação científica à *práxis* possui sentido aproximado à engenharia social.

A questão da confiança e a erosão da consciência constitucional tem-se apresentado com muita intensidade por uma sociedade que não reconhece a relevância de sua própria história. Muitas vezes exige soluções que deram certo em outras realidades que não as próprias. De outra sorte, problema que também deve ser equacionado é a falta de formulação teórica do cidadão – muitas vezes em países periféricos excluídos absolutamente do sistema produtivo e do sistema educativo, os quais os fazem abdicar inconscientemente de um universo que o intérprete não faz parte ou desconhece que deveria reconhecer. A *consciência histórico-*

efeitua é consciente de sua singular *alteridade* e, por isso, destaca o horizonte da tradição com consideração a si próprio na realização da *compreensão* que possui ambiente de uma verdadeira *fusão horizontal*, que, com a concepção do horizonte histórico, oportuniza a sua suspensão. A realização controlada da *fusão* é designada como tarefa da *consciência histórico-efeitua*, de modo que a compreensão da totalidade e o mundo da vida aparecem como modo de estabelecer o mérito da relação *dialógica* para a hermenêutica filosófica.

A hermenêutica, enquanto filosofia, não se prende aos trilhos da interpretação causal linear, nem à mera análise de textos ou de proposições. O conhecimento prévio influencia independentemente da vontade do sujeito. Ela mesma, a vontade, não é livre. Nela, ética e *linguagem* são indissolúveis, uma vez que o modo de interpretar implica “entender” sobre suas implicações pessoais e sociais. A *finitude* humana é indissociável da *hermenêutica filosófica*. Daí porque a historicidade e a linguagem assumem *condição existencial* do pensar filosófico ajustado por uma medida de racionalidade adequada ao ser humano. Buscar empreender uma análise sobre a relevância do papel que a “teoria” e a “filosofia” ocupam no pensamento de Gadamer, bem como têm para a compreensão da ciência e da técnica na sociedade contemporânea. Em Gadamer, conceitos como a dialética e diálogo são apropriados na construção da experiência hermenêutica capaz de conduzir a uma *práxis* humanista. Nessa trilha a consciência da modernidade não passa despercebida por Gadamer, que critica a condição de domínio exercido pela ciência e se aproxima de uma crítica cultural, consubstanciada no início do século XX e que perdura na aurora do século XXI, permitindo-se manifestar em um tom mais político do que sua tradição adota.

No horizonte hermenêutico aplicado ao Direito, sabe-se que, apesar do *objetivismo*, não há padrão de verdade fixo, nem caminho absoluto e nem um sentido prévio. Na interface da *hermenêutica filosófica* com o Direito, temas como a *linguisticidade* e a necessidade assumem lugar central. Todavia, é vital a construção de uma racionalidade que assegure a segurança jurídica e a *legitimidade* das decisões interpretativas. Opera-se com o conceito de *ser originário* de dois preconceitos essenciais da fenomenologia hermenêutica: o *círculo hermenêutico* e a *diferença ontológica*, a diferença entre *ser (Sein)* e *ente*.

Verificou-se uma infinidade de horizontes de sentido que só podem surgir a partir da limitação de uma *situação hermenêutica* contributiva para a instituição da *linguagem como medium da Constituição* (político-jurídico-linguística), além dos horizontes do *objetivismo* e do *subjetivismo*. Constata-se que nunca uma *mediação (Vermittlung)* é total e que conduz à imediatidade ou à unidade porque é dirigida, aqui, no sentido hermenêutico e no sentido de uma

transposição. Aquilo que é apenas mediado encontra validade no *Outro* e nunca se torna uma *mediação* total; desse modo, a tarefa compreensiva que o sujeito hermenêutico deve desenvolver na apreciação dos sentidos torna-se essencial para a aplicação da hermenêutica filosófica na jurisdição constitucional. *Amediação* mais normativa funda-se na interpretação, pois se verifica que, com a *dialética*, havia investigação em comum e em movimento com a viragem de ideias, e isso era uma espécie de *diálogo* (*Gespräch*) em que a ética se instituía nesse conflito, decorrente de uma concretização na jurisdição constitucional por meio do projeto educativo platônico conformador da filosofia. A *Constituição* é finita e contingente porque é o *medium da linguagem político-jurídico-linguística* de uma sociedade que se transforma e deve ser sempre reinterpretada.

Na *compreensão* (*Verständnis*) sempre se trará consigo *preconceitos* de seu autor, o que leva a um constante revisitar e desenvolver da formação de conceitos, e, por esse motivo, na análise do fenômeno hermenêutico busca uma forma universal de linguisticidade. O *diálogo* (*Gespräch*) nada mais é que um acordo em que os interlocutores trocam ideias e a conversa, em si, flui de acordo com o esperado. Todavia, o *diálogo* jamais seguirá um roteiro predeterminado, uma vez que não se trata somente de “um”, e sim de “um com o Outro”. A antecipação do sentido é trazida a fim de que a *compreensão* possibilite a produção do discurso através da superação dos *pré-juízos* advindos do imaginário gnosiológico dos juristas. O mundo e a existência não são dedutíveis em termos de consciência, pois a relação com a existência nunca é pura, independente de concepções prévias de existência, pois essa se caracteriza como resultado de representação preexistente do mundo, e não como algo que se recebe de forma imediata da consciência. A *abertura* para a clareza e a *busca do acontecer* do Direito, bem como a tradição *inautêntica* nos textos jurídicos, devem ser investigadas pela hermenêutica e revestidas de *Constituição*.

Na decisão judicial há concretização da compreensão de que a norma constitucional não tem *existência autônoma em razão da realidade*. O seu fundamento reside na sua vigência, ou seja, na situação hermenêutica por ela regulada e movida pela exigência de concretização da vida. A pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, em uma relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser ignoradas no contexto da experiência e da tradição em relação a uma pré-compreensão investigada no *círculo hermenêutico*.

A judicialização da política por meio do *ativismo judicial* exercido pela *jurisdição constitucional brasileira* constitui um atentado ao regime democrático, ou seja, na sua forma

representativa. Assim, é necessária uma transformação no conceito de democracia a fim de possibilitar sua coexistência com o fenômeno da judicialização da política e da legitimidade do Poder Judiciário. Há uma fissura no sistema de Kelsen, em razão do seu *Capítulo VIII*, da TPD, ao tratar da essência da interpretação, seja *autêntica* ou não *autêntica*, mas, em especial, da abertura dos métodos de interpretação que compreende que o sistema de normas vai ao encontro de Gadamer, na medida em que admite a *hermenêutica filosófica*, tanto pela fusão de horizontes quanto pelo *círculo hermenêutico* como *locus* para a *compreensão* da “coisa” quando adota a *discricionariedadejudicial* fundamentada no positivismo normativista.

No *diálogo*(*Gespräch*), com a *experiência* e a *tradição*, deve-se refletir sobre as condutas em que categorias (des)legitimadas pela modernidade devem adequar-se à tarefa da crítica da Ciência do Direito e da Constituição, de maneira a se justificar por meio da aplicação do Direito ou na decisão na jurisdição constitucional. O conteúdo da norma jurídica é fixado na experiência humana e no fazer social-histórico; essa realidade exige o alargamento do conceito do Direito. Gadamer entende que a verdadeira historicidade admite distinguir o que fica mais fecundo na “*história efetiva*”, comum prejuízo em nomear caminhos esclarecedores, mas tudo é validade, que nos autoriza selecionar os prejuízos e as interpretações que são verdadeiramente autênticas.

No *diálogo*, surge o *medium* no qual a razão se realiza, o que o torna elemento cada vez mais relevante no processo de construção de horizontes humanos adequáveis. Gadamer age de forma a não ignorar as contribuições da ciência moderna com sua *fusão de horizontes* fundada na experiência da *consciência humana de valores*. O diagnóstico sobre o dogmatismo obtido pela “*evolução*” do modelo dominante de ciência racionalista demonstra uma incapacidade em “compreender” o espírito humano e sua reação formalista e metodológica de perfil técnico que tende a buscar a automação do *ser* (*Sein*). No *diálogo*(*Gespräch*), se colocam diferenças insuperáveis procurando certo tipo de acordo, visto que exigem obrigações de seus sujeitos aos quais se colocam em lugares distintos a fim de reconhecerem seus argumentos. O *diálogo hermenêutico* desvela a impossibilidade da dogmática constitucional tradicional em *compreender* uma reflexão que questione os *mitos* da teoria da interpretação do Direito e estruturantes da Constituição colocados tanto no campo do *positivismo jurídico normativista* quanto no *subjetivismo voluntarista* assentado no *decisionismo*.

No Direito, na antiga *tradição*, o termo ‘*decisão*’ está ligado ao processo deliberativo pautado por estados psicológicos de *suspensão* de juízo diante das escolhas possíveis que dimensionam a decisão no sentido de um ato final resultante de uma decisão, dentre várias

possibilidades. A Constituição é, finalmente, o resultado de sua interpretação por parte dos novos *sujeitos constitucionais* a partir de uma sociedade aberta, afirmando-se na medida em que é interpretada, apesar da relevância que o Poder Judiciário assume na sociedade por meio do *ativismo judicial*, que não pode significar uma espécie de reducionismo justicialista que não tem a capacidade de substituir o compromisso e a luta, ambos pela sua concretização de forma mais eficaz do que aquela das Cortes Constitucionais. A *Constituição* é “topo hermenêutico” que estrutura o processo interpretativo do sistema jurídico; interpretar é desenvolver as possibilidades projetadas de *compreensão*, ao passo que, também, manifesta o *compreender* a que se encontra aderido.

Com a hermenêutica filosófica há uma preocupação com o fato de a liberdade condicionante do exercício da responsabilidade social e política estar sendo restrita em razão do funcionamento correto da técnica, inclusive limita a decisão no plano da participação da vida política. A diversidade da *experiência hermenêutica* livra-se de dogmas; desse modo, em Gadamer não é possível encontrar um perfil normativo definitivo, pois em seu “diálogo” surge o elemento constitutivo de sua hermenêutica na qual a aplicação científica à *práxis* possui sentido próximo à engenharia social. E, com Gadamer existe um distanciamento de uma ciência vazia, uma vez que nossa real preocupação deve ser o controle da aplicação do nosso ser-capaz-de-fazer, sendo possibilitado cientificamente, e não simples tarefa da ciência, pois a *tarefa da política*” de melhor compreender o significado da *Constituição* como *medium político-jurídico-linguística* a fim de propiciar que a sociedade nos detenha perante a *Outro como Outro*.

Gadamer contribui decisivamente na demonstração de como o *dever ser* viabiliza o resgatado horizonte filosófico que aproxima a ética com a política e, certamente, o Direito. Nós já nos levamos conosco para dentro de cada *compreensão*, pois, se não conseguimos entender um texto, isso resulta do fato de ele não nos dizer nada ou não ter nada a nos dizer. Há uma preocupação com o fato de a liberdade condicionante do exercício da responsabilidade social e política ser restrita em razão do funcionamento da técnica que limita a decisão no plano da participação da vida política. A existencialidade que se produz através da facticidade é o que dá a dimensão de finitude à *Constituição*, que, ao ser interpretada, revela sua recepção à tradição e à consciência efetual do sujeito constitucional que afeta a jurisdição constitucional por meio da *decisão* que é formalista e cientificista, tanto no agir impulsivo objetivista quanto no subjetivista, quando impregnados da filosofia da consciência. Tal teoria pode ser aplicável na sociedade enquanto percepção do *modelo estruturante do diálogo hermenêutico* que

proporciona pensar sobre as possibilidades da readequação entre a ciência moderna racionalista e uma ciência que esteja a serviço do ser humano.

Por fim, indica-se, com Gadamer, a possibilidade de produção de uma nova racionalidade (nem subjetivista e tampouco objetivista) sobre o Direito, de forma geral, e sobre a *Constituição*, de modo singular, pois não é crível imaginar que o Direito se limita em se instituir enquanto mera decisão emanada pelo Poder Judiciário. Essa é a tarefa que a teoria desempenha no mundo da vida, sendo que a ciência moderna não pode ignorar a própria humanidade, e somente a partir da *práxis* da condição humana pode alguém se dedicar ao conhecimento. Gadamer ainda nos impele a retornar à sua noção de *práxis* associada à “escolha” e à “decisão” entre possibilidades de “ser” do homem.

Não se ignora o fato de que, para Gadamer, a história, os pré-conceitos, a tradição e a *linguagem* são indispensáveis para pensar a racionalidade do mundo. O Direito e a Constituição são, em essência, uma construção que vai além da norma positiva, da história judicial e de meras construções de jurisprudências. A contemporaneidade deve integrar todos esses elementos permanentemente no seu agir hermenêutico de forma equilibrada. Portanto, uma decisão judicial autêntica na jurisdição constitucional verifica que o texto constitucional passa a situar-se no âmbito da interpretação/concretização das normas que devem se pautar por limites epistemológicos estruturados pelo *diálogo hermenêutico* entre a norma constitucional e Constituição parametrizada pela jurisprudência e a doutrina observada na *decisão dos objetivos* do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariade judicial**: A filosofia do Direito na encruzinhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2015.
- ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**. Uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 2013.
- AGANBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Coleção - Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. **O que resta de Auschwitz** . Coleção - Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2008.
- _____. **O Reino e a Glória**. Coleção - Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2011.
- _____. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2 edição, 2010.
- AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo. Estado e Constituição**. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ALÉ, Maria Soledad. **Algunas notas sobre la comprnsión en la obra de Hans-Georg Gadamer**. In. BEUCHOUT... [et. al] A concuenta años de verad e método: balance y perspectivas. Tucuman: Universidad del Norte Santo, 1 edición. Instituto Simón Bolívar, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoría de lo derechos fundamentales**.Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- _____. **Dogmática Jurídica**: esforço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- ARISTÓTELES. **Aristóteles**. São Paulo: Nova Abril Cultural, 2000.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- _____. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo: RT, 1996.

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

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política**. v.1., São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. **Obras escolhidas: rua de mão única**. v.2., São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. **Obras escolhidas: Charles Baudelaire um lírico no auge do capitalismo**. v.3., São Paulo: Brasiliense, 1994.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BERNSTEIN, Richard J. The constellation of hermeneutics, critical theory, and deconstruction. In: DOSTAL, Robert J. (Ed.). **The Cambridge companion to Gadamer**. Cambridge: Cambridge University, 2002. p. 267-282.

_____. From hermeneutics to praxis. In: WACHTERHAUSER, Brice R. (Ed.). **Hermeneutics and Modern Philosophy**. New York: State University of New York Press, 1986.

BETTI, Emílio. **Teoria Generale della Interpretazione**. Milano: Dott. A Giuffrè, 1990. (Vol. I e II).

BEUCHOT, Maurício et al. **A cincuenta años de verdad y método: balance y perspectivas**. Tucumán: Universidad del Norte santo Tomas de Aquino, 2011.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 2002. (O saber da filosofia).

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Pólis, 1987.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

_____. **O conceito de sociedade civil**. Rio de Janeiro: Graal, 1994.

_____. **Estado Governo Sociedade: para uma teoria geral da política**. 4.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

_____. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____. **O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. Temas políticos e constitucionais com ênfase no federalismo das Regiões. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. Por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Edinaldo de Holanda. **Teoria Científica do Direito**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

CADERMATORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade**: Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALERA, Nicolas Maria Lopes. **Yo, el Estado**. Madrid: Editora Trotta, 1992.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

_____. MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 1991.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 4, n. 15, p. 57-78, abr./jun., 1996.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CÀRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTR, 1998.

_____. **Las teorías jurídicas post positivistas**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

CARDUCCI, Michele. **Il costituzionalismo “paralelo” delle nuove democrazie**: Africa e America Latina. Milano: A Giuffrè Editore, 1998.

- _____. **Por um direito constitucional altruísta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CASANOVA, Marco Antônio. **Compreender Heidegger**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Petrópolis: Vozes, 2012.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- CLÈVE, Clèmerson M. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE O USO ALTERNATIVO DO DIREITO. **Anais...** Rio de Janeiro: IAB, 1993.
- _____. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1999.
- _____. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. Curitiba: Livros HDV, 1987.
- COMPARATO, Fábio K. **Para viver a democracia**. São Paulo: Bomlivro, 1989.
- CORREA, Darcísio. **A construção da cidadania**: reflexões histórico-políticas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2000.
- COSTA, Newton C.A. da. **O conhecimento científico**. São Paulo: Discurso editorial, 1999.
- CUNHA, Helena Parente. Introdução à leitura de Heidegger. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 23-46, jul./set., 1977.
- D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e continentais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. (Coleção Ideias).
- DAHLSTROM, Daniel. Language and meaning. In: MALPAS, Jeff MALPAS; GANDER, Hans-Helmuth (Eds.). **The Routledge Companion to Hermeneutics**. London; New York: Routledge, 2015. p. 277-286.
- D'ALIMONTE, Roberto. Teoria das Decisões coletivas. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola. (Org.) **Dicionário de política**. Vol.1. 5. ed. Brasília: UNB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2000. P. 309-312.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DALLMAYR, Fred. Hermeneutics and the rule of law. In: MOOTZ III, Francis J. (Ed.). **Gadamer and Law** Pennsylvania: Ashgate, 2007. (Philosophers and Law). p. 43-63.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

_____. **Por um direito comum**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DOSTAL, Robert J. (Ed.). **The Cambridgecompanion to Gadamer**. Cambridge: Cambridge University, 2002.

DUTT, Carsten. **En conversación con Hans-Georg Gadamer: hermenéutica- estética – filosofía práctica**. Madrid: Editora Tecnos, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza: unateoría del control constitucional**. Bogotá: Siglo del hombre editores, 1997.

ENTERÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como Norma y Tribunal Constitucional**. 3.ed. Madrid: Civitas, 1991.

_____. **Reflexiones sobre la Ley y los principios Generales del Derecho**. Madrid: Civitas, 1996.

ENCARNAÇÃO, JOÃO Bosco da. **Filosofia do Direito em Habernas: a hermenêutica**. Taubaté: Cabral Editora,. 1997.

_____. **Filosofia, por quê?** Taubaté: Cabral Editora, 1997.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2001.

FELDMAN, Stephen M. The politics of postmodern jurisprudence. In.MOOTZ III, Francis J. (Ed.).**Gadamer and Law** Pennsylvania: Ashgate, 2007. (Philosophers and Law).p. 65-101.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1993.

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

_____. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de (Org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a.

_____. **Derecho y Razón**.2. ed. Madrid: Editora Trotta, 1997b.

_____. **Derechos y Garantías**. La ley del Mas Débil. 2. ed. Madrid: Editora Trotta, 2001a.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**.Madrid: Trotta, 2001b.

_____. **A soberania no mundo moderno.** São Paulo: Martins fontes, 2002.

FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Atlas, 1987.

_____. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

FIGAL, Günter. The doing of the thing Itself: Gadamer's hermenutic Ontology of language. In:DOSTAL, Robert J. (Ed.). **The Cambridge companion to Gadamer.** Cambridge: Cambridge University, 2002. p. 102-125.

_____. **Oposicionalidade:** o elemento hermenêutico e a filosofia. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución de la antigüedad a nuestros días.** Madrid: Trotta, 2001.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: PUC, 1996.

FRUCHN, Piere (Org.). **O problema da consciência histórica.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

_____. **L'herméneutique de Gadamer:** platonisme et modernité tradition et interprétation. Paris: Les Éditions du CERF, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. **Dialogue and Dialectic:** eighth hermenutical Studies on Plato. New Haven; London: Yale University Press, 1980.

_____. **A razão na época da ciência.** Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983.

_____. On the scope and function of hermeneutical reflection. In: _____. **Hermeneutics and modern philosophy.** State University of New York Press, 1986b. p. 277-299.

_____. **La dialéctica de Hegel:** cinco ensayos hermenéuticos. Madrid: Cátedra Teorema, 1988.

_____. **Verdad y método II.** Salamanca: Ediciones Sígueme, 1994.

_____. **Reason in the Age of Science.** London: Cambridge, 1996a.

_____. **Verdad y método.** Salamanca: Ediciones Sígueme, 1996b.

_____. **El giro hermenéutico.** Madrid: Catedra, 1998a.

_____. **Estética y Hermenéutica.** 2. ed. Madrid: Editora Tecnos, 1998b.(Colección Metrópolis).

_____. **Herança e o futuro da Europa.** Lisboa: Edições 70, 1998c.

_____. **O problema da consciência histórica.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998d.

_____. **Mito y Razón.** Barcelona: Paidós, 1999.

_____. **Elogio da Teoria.** Lisboa: Edições 70, 2001.

_____. **Verdade e Método.** Vol. I. Petrópolis: Editora Vozes, 2002a. (Pensamento Humano).

_____. **Verdade e Método. Vol. II.** Petrópolis: Editora Vozes, 2002b. (Pensamento Humano).

_____. **Anotaciones Hermenéuticas.** Madrid: Trotta, 2002c.

_____. **Hermenêutica em retrospectiva.** Vol. I. Petrópolis: Editora Vozes, 2007a. (Coleção textos filosóficos).

_____. **Hermenêutica em retrospectiva.** Vol. II. Petrópolis: Editora Vozes, 2007b. (Coleção textos filosóficos).

_____. **Hermenêutica em retrospectiva.** Vol. III. Petrópolis: Editora Vozes, 2007c. (Coleção textos filosóficos).

_____. **Hermenêutica em retrospectiva.** Vol. IV. Petrópolis: Editora Vozes, 2007d. (Coleção textos filosóficos).

_____. **Hermenêutica em retrospectiva.** Vol. V. Petrópolis: Editora Vozes, 2007e. (Coleção textos filosóficos).

_____. The recovery of the fundamental hermenutic problem (1989), trans. Joel Winsheimer and Dinald Marhall, In: MOOTZ III, Francis J. (Ed.). **Gadamer and Law** Pennsylvania: Ashgate, 2007f. (Philosophers and Law). p. 307-341.

_____. **A ideia do bem entre Platão e Aristóteles.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Hermenêutica da obra de arte.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O caráter oculto da saúde.** Petrópolis: Editora, Vozes, 2011.

GARCIA, Eloy. **El Estado Constitucional ante su momento maquiavélico.** Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones Del Estado contemporáneo.** Madrid: Alianza Editorial, 1997.

GALINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição: A transformação praradigmática da teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOLDSCHMIDT, Victor. **Os diálogos de Platão: estrutura e método dialético**. São Paulo: Loyola, 2002.

GRENE, Marjorie. The paradoxes of historicity. In: WACHTERHAUSER, Bruce R. **Hermeneutics and modern philosophy**. New York: State University of New York Press, 1986.p.168-192.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5.ed. São Paulo: Malheiros.2003.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica: introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001.

_____. Gadamer's Basic understanding of understanding. In: DOSTAL, Robert J. (Ed.). **The Cambridge companion to Gadamer**. Cambridge: Cambridge University, 2002. p. 36-51.

_____. La dimension métaphysique l'herméneutique. In: PORTOCARRERO, M.L.; UMBELINO, L.A.; WIERCINSKI, A. (Dir.). **Hermeneutics, phenomenology, Vol. 3**. Berlin: Lit-Verg, 2012. p. 17-30.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUTIÉRREZ, Carlos. B. De Wittgenstein a Gadamer. **La movilidad dialógica de los juegos de lenguaje a través de la história**. In. Lenguaje y categorías em la hermenêutica filosófica. RODRIGUES, Ramón & CAZZANELLI, Stefano (Org.) Universidad Complutense de Madrid. Madrid: Biblioteca Nuova, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

_____. **Libertad, Igualdad, fraternidad**. 1789 como história, actualidad y fututro del Estado Constitucional. Madrid: Mínima Trotta, 1998.

_____. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Madrid: Editora Tecnos, 2000.

_____. **Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoria constitucional de la sociedad abierta**. Madrid: Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimidade no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1980.

- _____. **Dialética e Hermenêutica**. Porto Alegre: L&PM, 1987.
- _____. **Direito e Democracia I: entrefacticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.
- _____. **Direito e Democracia II: entrefacticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.
- _____. **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HADOT, Pierre. **O que é filosofia antiga?** São Paulo: Loyola, 1999.
- HEBECHE, Luís. Heidegger e os indícios formais. **Veritas**, Porto Alegre, v. 46. n. 4, p. 571-592, 2001.
- HEGEL, G.W.F. **Fenomenologia do Espírito**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- _____. **Ciência da La Lógica**. Buenos Aires: Solar Hachette, 1968.
- _____. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HEIDEGGER, Martin. **Introdução à metafísica**. Lisboa: Instituto Piaget, 1987a. (Pensamento Filosofia; 17).
- _____. **Carta sobre o humanismo**. Lisboa: Guimarães Editores, 1987b.
- _____. **Identidad y Diferencia**. Barcelona: Editorial del Hombre, 1990.
- _____. **Meu caminho para a fenomenologia**. São Paulo: Duas Cidades, 1992.
- _____. **Sobre a essência da verdade**. Lisboa: Editora Porto, 1995.
- _____. **Introducción a la filosofía**. 3. ed. Madrid: Catedra Universidad de Valencia, 1996a.
- _____. **Kant y el problema de la Metafísica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996b.
- _____. **Caminos de bosque**. Madrid: Alianza Universidad, 1997.
- _____. **Heidegger**. São Paulo: Nova Abril Cultural, 2000a. (Coleção Os Pensadores).
- _____. **Los problemas fundamentales de la fenomenología**. Madrid: Trotta, 2000b.
- _____. **Ontología Hermenéutica de la facticidad**. Madrid: Alianza Editorial: 2000c. (Filosofía y Pensamiento).
- _____. **Ser e Tempo: Parte I**. 10. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001a.
- _____. **Ser e Tempo: Parte II**. 8. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001b.

- _____. **Seminários de Zollikon**. Petrópolis: Editora Vozes, 2001c.
- _____. **Ensaio e conferências**. Petrópolis: Editora Vozes, 2001d.
- _____. **O que é uma coisa?** Lisboa: Edições 70, 2002a. (Biblioteca de Filosofia Contemporânea).
- _____. **Tiempo y Ser**. Madrid: Tecnos, 2002b.
- _____. **Heráclito**. Rio de Janeiro: Relume Dumara, 2002c.
- _____. **Ontologia (Hermenêutica da facticidade)**. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.
- HELLER, Hermann. **Teoria del Estado**. 2. ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- _____. **Teoria do Estado**. São Paulo: Editora Mestre JEU, 1968.
- HOBSBAWN, Eric. **A era dos extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- _____. **A invenção das tradições**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1997.
- _____. **Nações e Nacionalismo desde 1870**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- HOLLOWAY, John. **Mudar o mundo sem tomar o poder**. São Paulo: Editora Viramundo, 2003.
- HOY, David Couzens. Legal Hermeneutics: Recent debates. In: MOOTZ III, Francis J. **Gadamer and Law** (Ed.). Pennsylvania: Ashgate, 2007. (Philosophers and Law).
- JELLINEK, G. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- _____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Discurso Editorial Barcarolla, 2009.
- _____. **Doutrina do Direito**. São Paulo: Ícone, 2013. (Coleção Fundamentos do Direito).
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- _____. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O que é positivismo jurídico?** In: HECK, Luís Afonso. *Direito Natural. Direito Positivo. Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85-94.

KENNEDY, Duncan. *Formalismo Jurídico*. In: RODRIGUES, Jose Rodrigo (Org.). **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate**. São Paulo: Saraiva, 2011.

KRAFT, Victor. **El Círculo de Viena**. Madrid: Editora Taurus, 1986.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

LARMORE, Charles. *Tradition, objectivity, and hermenutics*. In: WACHTERHAUSER, Brice R. (Ed.). **Hermenutics and Modern Philosophy**. New York: State University of New York Press, 1986.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen & Juris, 2000.

_____. **Manifiesto Obrero y otros Escritos Políticos**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

LAWN, Cris. **Compreender Gadamer**. Petrópolis: Vozes, 2007.

LAWRENCE, Fred. *Gadamer, the hermeneutic, Critical Theory, and Deconstruction*. DOSTAL, Robert J. (Ed.). **The Cambridge companion to Gadamer**. Cambridge: Cambridge University, 2002. p. 167-200.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do estado, Cidadania e Poder Político na Modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LINHARES, José Manuel Aroso. **Habermas e a universalidade do Direito: a reconstrução de um modelo estrutural**. Coimbra: Almedina, 1989.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1983.

LOSANO, Mario Giuseppe. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

LUFT, Eduardo. **Para uma Crítica Interna ao Sistema de Hegel**. Porto Alegre: Edipucrs, 1995.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MACIEL, Sônia Maria. A noção Heideggeriana de angustia e as origens da psicopatologia fundamental. **Veritas**, Porto Alegre, v. 44, n. 1, p. 187-199, 1999.

MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia Existencial do Direito**: crítica do pensamento jurídico brasileiro. São Paulo: Edipro, 2000.

MARTIN, Carlos de Cabo. **Teoría histórica del derecho constitucional**. Vol I. Barcelona: PPU, 1988.

_____. **Teoría histórica del derecho constitucional**. Vol II. Barcelona: PPU, 1993.

MATE, Reyes. **Meia-noite na história**: comentários as teses de Walter Benjamin “sobre conceito de história”Reys Mate; tradução Nélio Schneider. São Paulo, Rs: Ed. UNISINOS, 2011.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998.

MAZA, Luis Mariano de la. La influencia de Hegel en la fundamentación hermenéutica de las ciencias del espíritu. In: CÚNSULO, R. (Ed.). **A Cincuenta anos de Verdad y Método**: Balance y perspectivas. Tucuman: Editorial UNSTA, 2011.p.259-272.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discurso de posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 19 de abril de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/discursouayresbritto.pdf>> . Acesso em: 4 nov. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Sônia Maria Broglia. **A validade jurídica e o Giro Linguístico**. São Paulo: Noeses, 2007.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Imprensa Universitária Editorial Estampa, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

_____. **Manual de direito constitucional**. Tomo I. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. 6. ed., revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. **Manual de Direito Constitucional Internacional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MONTEIRO, Marli. **Positivismo e Direito**: a semântica construtiva. 2010. 92 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Estadual Paulista, Marília, 2010. Disponível em:

<http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/91759/monteiro_m_me_mar.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 nov. 2015.

MOOTZ III, Francis J. The new legal hermeneutics. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 39, n. 2, p. 96-107, julho-dezembro, 2006.

_____. **Gadamer and Law** (Ed.). Pennsylvania: Ashgate, 2007. (Philosophers and Law).

_____. After natural Law: A Hermeneutical response to law's quandary. **Rugters journal of law and religion**, v. 9, n. 2, p. 1-12, 2008.

_____. **Conhecimento retórico na prática e na teoria crítica do direito**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2011.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Lisboa: Coleção Universitária, 1987.

_____. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 313-356.

MOREIRA, Luis. (Org.) **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

_____. (Org.) **Com Habermas, contra Habermas: Direito, discurso e democracia**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

MORO, Sergio. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional**, I. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. **Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEDEL, Antônio. **Uma tópic Jurídica: clareira para a emergência do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NEURATH, Otto. IX. Propositiones protocolares. In: AYER. A.J. (Org.). **El positivismo lógico**. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1993.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- _____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: Do Estado liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 1987.
- NUNES, Benedito. **Ensaio Filosóficos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.
- OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. Hegel, Heidegger, Derrida: desconstruindo a mitologia branca. **Veritas**, Porto Alegre, v. 47, n.1, p. 81-97, 2002.
- ORAA, José Maria Aguirre. **Raison critique ou raison herméneutique?** une analyse de la controverse entre Habermas et Gadamer. Paris: Editorial Eset, 1998.
- _____. Pensar con Gadamer y Habermas. **Revista Portuguesa de Filosofia**, v. 56, 3/4, p. 489-507, 2000.
- PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2011.
- PASQUA, Herve. **Introdução a leitura do Ser e Tempo de Martin Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. (Pensamento Filosofia; 23).
- PEIRCE, Charles S. **Semiótica e Filosofia**. São Paulo: Abril, 1983.
- PELIZZOLI, Marcelo Luiz. Acerca do desencontro; Husserl, Heidegger e Levinas. **Veritas**, Porto Alegre, v 46, n. 2, p.255-263, 2001.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PICAVET, Emmanuel. DECISÃO: Teorias da Decisão. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de ética e filosofia moral. Vol. 1**. São Leopoldo: Ed. Unisinos: 2003, p. 391-394.
- PINHEIRO, Victor Sales. O Diálogo entre filosofia e literatura: a crítica de Benedito Nunes e a hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista Intuitio**, Porto Alegre, v.2, n. 3, p. 364-396, 2009.
- PIPPIN, Robert B. Gadamer's Hegel. In: DOSTAL, Robert J. (Ed.). **The Cambridge companion to Gadamer**. Cambridge: Cambridge University, 2002. p. 225-247.
- PLATÃO. **Fedro**. Cartas. Belém: Universidade Federal do Pará, 1975.
- _____. **Apologia de Sócrates**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1983.
- _____. **Crátilo**. Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora, 1983.

_____. **A República**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. **Carta Sétima**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2008.

POPPER, Karl. **Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Editora Cultrix, 1972.

PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciência del derecho**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE JUNIOR, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REALE, Giovanni. A grande importância da Carta Sétima para o pensamento de Platão. In: PERINE, Marcelo (Org.). **Estudos Platônicos: sobre o ser e o aparecer; o belo e o bem**. Edições Loyola: São Paulo, 2009. p.214-215.

REIS, Robson Ramos. Sentido e Verdade: Heidegger e a noite absoluta. **Veritas**, Porto Alegre, v. 45, n. 2, p. 231-248, 2000.

_____. Verdade e indicação formal; a hermenêutica dialógica do primeiro Heidegger. **Veritas**, Porto Alegre, v. 46, n.4, p.607-620, 2001.

REILLY, Alexander. Reading the Race power: A Hermeneutics analysis. In: MOOTZ III, Francis J. (Ed.). **Gadamer and Law** Pennsylvania: Ashgate, 2007. (Philosophers and Law). P. 237-259.

RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma: Editori Laterza, 2005.

RISSER, James. Dialogue and conversation. MALPAS, Jeff MALPAS; GANDER, Hans-Helmuth (Eds.). **The Routledge Companion to Hermeneutics**. London; New York: Routledge, 2015. p. 335-344.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

ROHDEN, Luiz. “Ser que pode ser compreendido é linguagem”: A ontologia Hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista Portuguesa de Filosofia**, v. 56, 2/4, p. 32-76, 2000.

ROHDEN, Luiz; FLICKINGER, Hans-Georg; ALMEIDA, Custódio Luis Silva de. **Hermenêutica Filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

_____. **Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

ROHDEN, Luiz; REGNER, Anna Carolina. **A filosofia e a ciência redesenham horizontes**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

_____. O tempo no tempo e na Constituição da metafísica movente. **Síntese – Revistade Filosofia**, Belo Horizonte, v. 33, n. 105, p. 53-76, 2006.

_____. **Interfaces da Hermenêutica**. Caxias do Sul: Educs, 2008.

_____. Gadamer. In: PECORARO, Rossano (Org.). **Os filósofos: clássicos da filosofia**. Vol. III, de Ortega y Gasset a Vattimo. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 57-80.

_____. **O poder da linguagem: A arte retórica de Aristóteles**. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

_____. Filosofando com Gadamer e Platão: movimentos, momentos e método(s) da dialética. **Dissertatio**, Pelotas, UFPel, v. 36, p. 105-30, 2012.

_____. Hermenêutica e(m) resposta ao elogio da verdadeira filosofia da Carta Sétima de Platão. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 127, p. 25-42, 2013.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e globalização econômica – implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.

RUEDELL, Aloísio. Schleiermacher e a atual discussão hermenêutica. **Veritas**, Porto Alegre, v. 44, n.1, p.27-32, 1999.

_____. Da representação ao sentido através de Schleiermacher a hermenêutica atual. **Veritas**, Porto Alegre, v. 45, n. 2, p. 249-258, 2000.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. **Unafilosofía del derecho en modelos históricos**. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo. Madrid: Trotta, 2002.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal**. São Paulo: Geração Editorial, 2000.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. (coord). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

SANCHEZ, José Acosta. Transformaciones de la constitución en el siglo XX. **Revista de Estudios Políticos**, n. 100, abril-junho, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SANCHO, Jesus Connill. **Ética hermenéutica**: crítica desde la facticidad. Madrid: Tecnos, 2010.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia Constitucional - como mudam as constituições**. Brasília: Editora UNB, 1996.

_____. **Teoría de la democracia**. El debate contemporáneo. Alianza Universidad. 3.ed. Madrid: Trotta, 2000.

SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix, 1995.

SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**: Mexico, Editora Nacional, 1981.

_____. Sobre os três tipos do pensamento jurídico. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Limonad, 2001.

_____. O Führer protege o Direito. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Limonad, 2001.

_____. **El concepto de lo político**. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

_____. **Teología Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a.

_____. **Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Petrópolis: Vozes, 2012. (Série pensamento moderno).

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. **Filosofia Jurídica da Alteridade**: Por uma aproximação entre o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação Latino-americana. Curitiba: Juruá Editora, 1998.

_____. **Hermenêutica Filosófica e Direito**: O exemplo privilegiado da boa-fé no direito contratual. 2. ed. Rev.e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Ricardo Timm; OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de (Orgs.). **Fenomenologia II**: Significado da Linguagem. Porto Alegre: Edipucrs, 2002. (Coleção Filosofia; 149).

STEIN, Ernildo. **Melancolia**. Porto Alegre: Editora Movimento, 1976.

_____. **Instauração do Sentido**. Porto Alegre: Editora Movimento, 1977. (Ensaio 18).

_____. **A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano.** Porto Alegre: Editora Movimento, 1983.

_____. **Aproximações sobre hermenêutica.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996

_____. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica.** Porto Alegre: Edipucrs, 1997a. (Coleção Filosofia; 57).

_____. **Epistemologia e Crítica da Modernidade.** Ijuí: Editora Unijuí, 1997b.

_____. **História e Ideologia.** 3. ed. Porto Alegre: Editora Movimento, 1999.

_____. **Diferença e Metafísica: ensaios sobre a desconstrução.** Porto Alegre: Edipucrs, 2000. (Coleção Filosofia; 114).

_____. **Compreensão e Finitude.** Ijuí: Unijuí, 2001.

_____. Da fenomenologia hermenêutica à hermenêutica filosófica. **Veritas**, Porto Alegre, v. 47, n. 1, p. 21-34, 2002.

SOLA, Aurelia Ruiz. **Las constituciones griegas: La constitución de Atenas. La república de los atenienses. La república de los lacedemonios.** Barcelona: AKAL/Clásica, 1987.

STRECK, Lenio L. **Súmulas no direito brasileiro.** Eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 1998.

_____. A hermenêutica e o acontecer (Erignen) da Constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. In: STRECK, Lenio L; ROCHA, Leonel Severo. **Anuário do Curso e Pós-Graduação em Direito da Unisinos.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.

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

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002.

_____. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. **Revista da Faculdade de Direito da U. de Lisboa**, Vol. XLVI, 2005. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Streck.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a.

_____. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? **Revista NEJ**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan-abr 2010b. Disponível em:

<<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/2308/1623>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Revista Consultor Jurídico**, 22 de março de 2012b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013b.

_____. **Compreender Direito**: desvelando as objetividades do discurso jurídico. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013c.

_____. Abanca errou, ou o dia em que Gadamer se tornou subjetivista. **Revista Univali**, V.8, n3,3 quadrimestre de 2013. Disponível em : <<http://dx.doi.org/10.10.14210/rdp..v8n3.230-23634>>. Acesso em 10nov. 2015.

_____. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Compreender Direito**: nas brechas da lei. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo**. Porto Alegre: Consultor Jurídico, 2016.

STRECK, Lenio; STEIN, Ernildo; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Hermenêutica e Epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUMMERS, Robert S. O caráter formal do direito. In: RODRIGUES, Jose Rodrigo (Org.). **A justificação do formalismo jurídico**: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRABATTONI, F. **Oralidade e escrita em Platão**. Ilheus: Edittus, 2003.

_____. **Scrivere nell'anima**: verità, dialettica e persuasione in Platone. Firenze: La nuova Italia Editrice, 1994.

VALAURI, John T. Interpretation, critique, and adjudication: The search for constitutional hermeneutics. In: MOOTZ III, Francis J. (Ed.). **Gadamer and Law** Pennsylvania: Ashgate, 2007. (Philosophers and Law).p. 1083-1099.

VATTIMO, G. O fim da modernidade: Nilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 131-132.

VIANA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WACHTERHAUSER, Brice R. History and language in understanding. In:_____. **Hermeneutics and Modern Philosophy**. New York: State University of New York Press, 1986, p. 219-240.

_____. Getting it Right: Relativism, realism, and truth. In: DOSTAL, Robert J (Ed.). **The Cambridge companion to Gadamer**. Cambridge: Cambridge University, 2002. p. 52-78.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994

_____. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995a

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

WARNKE, Georgia. Hermeneutics, Ethics, and Politics. In. DOSTAL, Robert J. (Ed.) **The Cambridge companion to Gadamer**. Cambridge: Cambridge University, 2002. p. 79-101.

WEBER, Thadeu. Direito e justiça em Kant. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 5, n. 1, p. 38-47, janeiro-junho, 2013.

_____. **Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano**. Porto Alegre: Edipucrs, 2009.

_____. **Ética e filosofia do Direito**. Petrópolis: Vozes, 2013.

WEINRIB, Ernest. A teoria do formalismo jurídico. In: RODRIGUES, Jose Rodrigo (Org.). **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate**. São Paulo: Saraiva, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1994.

WRIT, Georg. On a general Theory of Interpretation: The Betti-Gadamer Dispute in Legal Hermeneutics. In: MOOTZ III, Francis J. (Ed.). **Gadamer and Law** Pennsylvania: Ashgate, 2007. (Philosophers and Law), p. 437-460.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. 3.ed. Madrid: Trotta, 1999.