

## XI

# O MÉTODO FENOMENOLÓGICO NO DESVELAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Geovane De Mori Peixoto*

Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Mestrando em Direito Público pela UFBA, Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo, graduação e pós-graduação, da UNIFACS e da Faculdade Baiana de Direito e Advogado. Email: geovanepeixoto@yahoo.com.br

Recebido em 17.07.2013

Aprovado em 26.09.2013

**RESUMO:** O ponto central deste artigo é a necessária superação do modelo hermenêutico jurídico sedimentado no Brasil na tarefa de desvelar e dar eficácia aos direitos fundamentais. A busca de um método adequado à essa finalidade conduz inevitavelmente ao método filosófico hermenêutico. Sem retornar às origens gregas remotas deste método, adota-se como marco inicial a contribuição de Edmund Husserl para a fenomenologia, vez que este pensador é considerado o pai da fenomenologia na contemporaneidade. Posteriormente ao pensamento de Husserl, Martin Heidegger promove uma verdadeira “virada” no pensamento fenomenológico e inaugura a filosofia hermenêutica, que acabou, posteriormente, exercendo forte influência na hermenêutica filosófica entabulada por Hans-Georg Gadamer, a partir, por óbvio, da delimitação do método fenomenológico. O escopo, todavia, é a (re)construção de uma hermenêutica jurídica capaz de promover o desvelamento dos direitos fundamentais. Faz-se, portanto, uma abordagem metodológica que se apropria do método fenomenológico como o único capaz de proporcionar esta “virada”.

**Palavras-chave:** Metodologia. Hermenêutica. Direitos Fundamentais.

**ABSTRACT:** The focus of this paper is to overcome the necessary settled of legal hermeneutic in Brazil in the task of uncovering and giving effect to fundamental

rights. The search an appropriate method for this purpose inevitably leads to philosophical hermeneutic method. Without returning to the Greek origins of the remote methods take as starting the contribution of Edmund Husserl to phenomenology, since this thinker is considered the “father” of phenomenology in contemporaneity. Later at the thought of Husserl, Martin Heidegger promotes a true “turning point” in phenomenological thought opens the hermeneutic philosophy, which ended later, exerting a strong influence on the consultations undertaken by philosophical hermeneutics of Hans-Georg Gadamer as the delimitation of phenomenological method. The scope however is the (re)construction of a legal interpretation that promotes the unveiling of fundamental rights. It is the therefore a methodological approach that appropriates phenomenological method as the only able to provide this “turn”.

**Key-words:** Methodology. Hermeneutics. Fundamental Rights.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. A (re)significação do método fenomenológico na Contemporaneidade: o pensamento de Edmund Husserl 3. A “virada” heideggeriana e a fenomenologia 4. A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer 5. A influência da fenomenologia como método e o (re)pensar a hermenêutica jurídica 6. O desvelamento fenomenológico dos Direitos Fundamentais 7. À guisa de conclusão 8. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A temática central deste trabalho gira em torno do estudo do método adequado para a (re)significação do modelo hermenêutico capaz de potencializar a efetividade dos Direitos Fundamentais, ou seja, uma reflexão de natureza filosófica de como desvelar os principais direitos dos seres humanos.

Alguns trabalhos têm sido produzidos em solo brasileiro, especialmente nos estados do sul do país, sobre as contribuições da hermenêutica filosófica (e da filosofia hermenêutica) para superação deste problema, apropriando-se, portanto, da influência do pensamento heideggeriano e gadameriano nesta busca.

A base filosófica destes autores, todavia, parte da concepção da utilização do método filosófico fenomenológico para o "desvelar", como

necessário e essencial para compreensão do *ser*, mais especificamente do *ser dos entes*.

Nesta particular opção metodológica deve-se destacar a influência do pensamento do “pai” da fenomenologia contemporânea: Edmund Husserl.

Os pensamentos de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, descobertos pelos juristas em “solo” brasileiro, acabaram por gerar trabalhos (pesquisas) (re)pensando o modelo hermenêutico jurídico, apropriando-se de conceitos e reflexões destes filósofos.

Tentar-se-á demonstrar neste artigo a importância destes pensamentos, e, principalmente, do método fenomenológico para a (re)definição dos Direitos Fundamentais, a partir de um modelo hermenêutico de oposição àquele reificado pela cultura jurídica pátria.

Para consecução desta tarefa será necessário enfrentar as seguintes etapas: 1) apresentar a contribuição de Edmund Husserl para a fenomenologia; 2) a influência do pensamento husserliano e a virada promovida na fenomenologia por Martin Heidegger; 3) a estruturação da hermenêutica filosófica no pensamento de Hans-Georg Gadamer; 4) a influência da hermenêutica filosófica na construção de uma (nova) hermenêutica jurídica; 5) o desvelamento dos Direitos Fundamentais a partir desta perspectiva.

Após, didaticamente, percorrer este caminho, mediante levantamento bibliográfico referente aos temas, em pesquisa unicamente teórica, tentar-se-á comprovar a necessidade de superação do modelo hoje prevalente por uma nova proposta metodológica hermenêutica

(filosófica) na (re)construção e na busca de efetividade dos Direitos Fundamentais.

Não se está aqui defendendo a primazia da teoria analisada, mas sim apresentando uma proposta reflexiva, a partir da constatação de que as decisões emanadas do Poder Judiciário brasileiro, de forma geral, não conseguem atingir um dos propósitos assumidos pelo direito na modernidade (quanto mais da pós-modernidade), qual seja: a emancipação do homem, com a garantia de Direitos Fundamentais (independente da geração ou dimensão).

É inegável que compete ao Estado Democrático de Direito a garantia e efetivação dos Direitos Fundamentais, a partir de um (re)encontro ético entre a Constituição e os valores fundamentais da sociedade. Neste contexto, a necessidade de (re)pensar o modelo hermenêutico estandardizado ineficaz para esta tarefa apresenta-se como grande desafio. Não é possível continuar fugindo, ante a complexidade da tarefa, chega o momento do enfrentamento.

## 2. A (RE)SIGNIFICAÇÃO DO MÉTODO FENOMENOLÓGICO NA CONTEMPORANEIDADE: O PENSAMENTO DE EDMUND HUSSERL

Edmund Husserl é considerado, pelos estudiosos da matéria, como o “pai” da fenomenologia, embora não tenha sido o primeiro a discutir as questões envolvendo o *fenômeno* e a *fenomenologia*, mas indubitavelmente aquele que despertou o entendimento sobre a necessidade de uma “ciência dos fenômenos”<sup>1</sup>.

“Com a *fenomenologia* Husserl inaugura uma nova forma de orientação cognitiva que, diferentemente da orientação natural das ciências empíricas, será por ele chamada de *orientação fenomenológica*. Essa nova forma de orientação será viabilizada através de um conceito central no pensamento de Husserl, denominado de *redução fenomenológica*, que poderemos considerar como sendo o seu método por excelência.”<sup>2</sup>.

Assim, a fenomenologia, denominada agora como método por Husserl, “pretende achar o **sentido** dos fatos, não podendo, por isso

---

<sup>1</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.58.

<sup>2</sup> Idem. Ibidem. p.58.

mesmo, resumir-se a eles, pois o sentido transcende os dados empíricos”<sup>3</sup>. Completa João Maurício Adeodato:

“Husserl sabe que os fatos de que parte sua descrição fenomenológica são particulares, casuísticos, vez que a realidade se apresenta individualizada. O que defende é que o resultado dessa descrição não tem o mesmo caráter empírico, ou seja, o ato de conhecimento forma um tipo ideal de fenômeno observado e descrito. Esse tipo ideal, ainda que revelado a partir de dados empíricos, mostra uma estrutura apriorística que independe do fato de que partiu.”<sup>4</sup>

O comando que estabelecia, então, as palavras de ordem da fenomenologia husserliana eram: *retorno às coisas mesmas*. Com isso “a essência da fenomenologia visava abrir, mediante a descrição e a análise, o espaço em que se dão as coisas”<sup>5</sup>. Para realizar essa tarefa, deve-se analisar os atos intencionais da consciência, que, por sua vez, estabelece a correlação entre o ato e o dado no ato.

Nessa linha, o próprio Husserl assevera que: “a fenomenologia tem por essência de reivindicar o direito de ser filosofia “primeira” e de oferecer os meios para toda crítica da razão que se possa almejar; e que,

---

<sup>3</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.72.

<sup>4</sup> Idem. Ibidem. p.72.

<sup>5</sup> STEIN, Ernildo. **Uma Breve Introdução à Filosofia**. Ijuí/RS: Editora Unijuí, 2005, p.43.

por isso, ela requer a mais completa ausência de pressupostos e absoluta evidência reflexiva sobre si mesma”<sup>6</sup>. Isso só é possível mediante redução a um princípio único. Isto significa o retorno ao fenomenalmente dado, regressando à dimensão que cada fenômeno se dá originalmente, aquém de qualquer especulação metafísica<sup>7</sup>.

A fenomenologia representa, na concepção de Husserl, um domínio onde as pesquisas se realizam de forma neutra, pois pelo seu método puro e intuitivo ela descreve e analisa a generalidade da essência, e por outro lado, revela as “fontes” de onde decorrem os conceitos fundamentais e as leis ideais<sup>8</sup>.

Esta “redução” em busca do fundamento, das essências<sup>9</sup>, das coisas ganha lugar de destaque no pensamento husserliano. Assevera Husserl acerca do tema que:

“Desenvolveremos então um método de “reduções fenomenológicas”, em conformidade com o qual poderemos remover as barreiras cognitivas inerentes à essência de todo modo natural de investigação, diversificando a direção unilateral própria ao olhar até

---

<sup>6</sup> HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma Fenomenologia Pura e para uma Filosofia Fenomenológica: Introdução geral à fenomenologia pura**. Aparecida/SP: Idéias e Letras, 2006, p.144.

<sup>7</sup> STEIN, Ernildo. **Uma Breve Introdução à Filosofia**. Ijuí/RS: Editora Unijuí, 2005, p.43.

<sup>8</sup> STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude: Estrutura e movimento da interrogação Heideggeriana**. Ijuí/RS: Editora Unijuí, 2001, p.136.

<sup>9</sup> “Ao universo formado por tais **essências**, Husserl chama região *eidética* (do grego *eidos*): Toda ciência de fatos (ciência experimental) tem fundamentos teóricos essenciais nas ontologias eidéticas”. “Essa essência eidética é responsável pela capacidade do sujeito cognoscente no sentido de conceituar objetos individuais que não tenham participado ainda de qualquer experiência anterior, a solução de Husserl, evidentemente não nominalista, ao antigo problema dos universais”. (ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.72.)

obtermos o livre horizonte dos fenômenos “transcendentalmente” purificados, e, com ele, o campo da fenomenologia em nosso sentido próprio”<sup>10</sup>.

Somente por meio da “redução fenomenológica” será possível acessar à consciência pura, segundo Husserl, e, por consequência, fazer uma fenomenologia pura. Isso se justifica no fato da “redução fenomenológica” demandar a suspensão do juízo sobre a existência espaço-temporal, e em face desta suspensão, por sua vez, restará a consciência como “resíduo fenomenológico”, região esta que se particularizará como campo próprio de investigação dessa ciência chamada *fenomenologia*<sup>11</sup>.

Como evitar que esta “consciência” interfira na compreensão do fenômeno? Esta é uma questão suscitada pelo próprio Husserl:

“(...) um problema epistemológico altamente significativo é ter plena clareza sobre as questões de princípio aqui implicadas, isto é, após fixar o conceito de multiplicidade definida, examinar as condições necessárias que têm de ser satisfeitas por um domínio material determinado, caso deva corresponder a essa idéia. Uma condição para isso é a *exatidão na formação conceitual*’, que de modo algum depende

---

<sup>10</sup> HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma Fenomenologia Pura e para uma Filosofia Fenomenológica: Introdução geral à fenomenologia pura**. Aparecida/SP: Idéias e Letras, 2006, p.27.

<sup>11</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.59.



de nosso livre-arbítrio e de nossa arte lógica, mas pressupõe, no tocante aos conceitos axiomáticos pretendidos, que precisam ser atestáveis em intuição imediata, *exatidão na própria essência apreendida*.”<sup>12</sup>

Deve-se notar, todavia, que havia uma espécie de “armadilha” nesta constatação de Husserl, por ele próprio advertida ao afirmar que: “a consciência tem em geral a peculiaridade de ser um flutuar que transcorre em diferentes dimensões, de modo que não se pode falar de uma fixação conceitual exata de quaisquer conceitos eidéticos e de todos os momentos que os constituem imediatamente”<sup>13</sup>.

Husserl denominou o processo mental para atingir as essências dos fenômenos, em abandono do mundo empírico ilusório, de *epoché* (do grego “eu me abstenho”)<sup>14</sup>. Constata-se, todavia, que, mesmo ciente da “armadilha”, ele considera a *redução fenomenológica transcendental* importante elemento da *epoché*, “na qual a própria consciência de subjetividade, empírica, torna-se *consciência pura*, cujo único caráter é a intencionalidade: essa consciência pura é o *eu transcendental*”<sup>15</sup>.

Eis o problema do pensamento husserliano, “a redução fenomenológica que Husserl propõe não nos leva ao *ser*, mas a uma ideia transcendental que mantém o sujeito nas trilhas da filosofia da

---

<sup>12</sup> HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma Fenomenologia Pura e para uma Filosofia Fenomenológica: Introdução geral à fenomenologia pura**. Aparecida/SP: Idéias e Letras, 2006, p.159.

<sup>13</sup> Idem. Ibidem, p.161.

<sup>14</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.75/76.

<sup>15</sup> Idem. Ibidem, p.76.

consciência”<sup>16</sup>. Vale ressaltar, que a filosofia da consciência representa o modelo filosófico que sustentou modelos como o idealismo e o realismo, e parte da cisão entre sujeito (cognoscente) x objeto (cognoscível), via de regra pela equação *adeaquatio rei et intellectus*, ou seja, o que se torna “verdade” é aquilo que “ eu decido ser a verdade”, conforme minha consciência<sup>17</sup>.

Não se pode, contudo, negar o papel fundamental de Edmund Husserl para elaborar “uma filosofia como ciência rigorosa”, e “todo o seu esforço para construir uma fenomenologia transcendental para chegar à filosofia como ciência rigorosa”<sup>18</sup>. E, principalmente, ao celebrar a palavra de ordem da fenomenologia: “às coisas em si mesmas”; que consigna a sua essência axial, qual seja: “cada espécie de ente tem seu modo próprio de se revelar ao investigador e constatações filosóficas com sentido somente podem ser feitas quando fundadas nessa auto-revelação”<sup>19</sup>.

### 3. A “VIRADA” HEIDEGGERIANA E A FENOMENOLOGIA

Martin Heidegger é das figuras mais proeminentes e polêmicas da filosofia no séc. XX. “A complexidade e inovação de suas propostas resultam da convergência e da tensão com diversas matrizes e

---

<sup>16</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.62.

<sup>17</sup> Vide STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 e HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>18</sup> STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude: Estrutura e movimento da interrogação Heideggeriana**. Ijuí/RS: Editora Unijuí, 2001, p.141.

<sup>19</sup> Idem. *Ibidem*, p.138.

pensadores, ainda que tenha sido significativo o papel da fenomenologia de Edmund Husserl”<sup>20</sup>.

Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, para a qual a compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou presença), em que o *Da* (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma “propriedade do ser, mas, sim, o próprio ser. Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do ser; a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único ente que compreende ser, que é o homem (*Dasein*), o estar-aí, que é o ser-no-mundo, que é cuidado (*Sorge*), cuidado é temporal (*zeitlich*)”<sup>21</sup>.

Assim, com Heidegger, a tarefa fundamental da filosofia será “captar o ser como velamento e desvelamento por meio de um método adequado e no horizonte adequado. O método adequado será o da fenomenologia esboçada em *Ser e Tempo*”<sup>22</sup>.

Ao explicar a questão *fenomenológica*, referindo-se ao método adequado, Heidegger define a idéia central nos seguintes termos:

A palavra “fenomenologia” exprime uma máxima que se pode formular na expressão: “para as coisas elas mesmas!” – por oposição às construções soltas no ar, às descobertas acidentais, à admissão de conceitos só aparentemente verificados, por oposição às pseudoquestões que se apresentam, muitas vezes, como “problemas”, ao longo de muitas gerações.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 57.

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.194.

<sup>22</sup> STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana**. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 147.

<sup>23</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 66.

Constitui a “fenomenologia”, na concepção heideggeriana como “a via de acesso e o modo de comprovação para se determinar o que deve constituir o tema da ontologia. Ontologia só é possível como fenomenologia”<sup>24</sup>. Assim, conceitua Heidegger:

O conceito fenomenológico de fenômeno propõe, como o que se mostra, o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados. Pois, o mostrar-se não é um mostrar-se qualquer e, muito menos, uma manifestação. O ser dos entes nunca pode ser uma coisa “atrás” da qual esteja outra coisa “que não se manifesta.”<sup>25</sup>.

Heidegger deixa isso mais claro ainda quando consigna que: “A manifestação do ente é um desvelamento. Desvelamento realmente é (...) que costumamos traduzir, embora não dizendo efetivamente nada com essa tradução, por “verdade”. Verdadeiro, isto é, desvelado, é o próprio ente”<sup>26</sup>.

Isto, todavia, não ocorre em uma perspectiva subjetivista, pois a *presença* (ser-aí), como condição de desvelamento, e, portanto, verdade, mas algo compartilhado, dialogicamente, com um ser-um-com-o-outro. Afirma Heidegger que:

Na análise do ser-um-com-o-outro, nós o caracterizamos provisoriamente com um ser junto ao mesmo, junto a algo comum, que interpretamos mais exatamente como um compartilhamento de algo. Esse compartilhamento de algo veio à tona para nós inicialmente sob a forma de um entregar-se

---

<sup>24</sup> Idem. Ibidem, p. 75.

<sup>25</sup> Idem. Ibidem, p.75.

<sup>26</sup> HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 81.

mutuamente algo no uso. (...) esse compartilhamento de algo no ser-um-com-o-outro junto a um ente por si subsistente não pode residir na concretização do próprio uso, mas em uma maneira de ser do ser-aí que é anterior a todo uso e possibilita pela primeira vez o fazer um uso comum de algo.<sup>27</sup>

Este algo está relacionado a um comportamento, o que leva à conclusão da necessidade de compartilhamento de comportamentos, a busca do “outro” como fundamental, na perspectiva fenomenológica heideggeriana. O ser está *presente* no mundo que compartilha com o *outro*, somente dessa forma é possível compreender, e, principalmente, atingir o sentido (desvelar) a *verdade*.

Em perfeita análise sobre o tema, Ernildo Stein afirma que:

É em *Ser e Tempo*, ainda numa analítica transcendental, que Heidegger esboça uma fenomenologia que procura pensar essa camada da realidade do ser-no-mundo, do mundo da vida, das vivências cotidianas, que se ocultam nos *actus exerciti*. Heidegger não sonha em reduzir essa realidade a um horizonte transcendental do puro eu conforme o modelo husserliano. Pelo contrário, para ele o papel da fenomenologia consistia em se inserir nessa realidade que escapa à total autotransparência e nela manifestar aquilo que ali se ocultava à reflexão, assim como a partir de si se manifestava, isto é, ocultando-se para a radicalidade reflexiva.<sup>28</sup>

Para atingir este objetivo, proposto por sua filosofia hermenêutica, Heidegger desvela a importância da linguagem, vez que “a hermenêutica da facticidade quer basicamente ser uma hermenêutica

---

<sup>27</sup> Idem. Ibidem, p. 113.

<sup>28</sup> STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude: Estrutura e movimento da interrogação Heideggeriana**. Ijuí/RS: Editora Unijuí, 2001, p.153.

daquilo tudo que trabalha por detrás da elocução”<sup>29</sup>. É certo que, nessa linha, “a linguagem se fez valer, agora, como a “morada do ser”, como se ela tivesse assumido, a partir de agora, a precedente e insuperável revelação do ser”<sup>30</sup>. Conclui Jean Grodin, que para Heidegger, seguindo a linha de Schleiermacher, a definição de hermenêutica se sintetizaria como “ a arte de entender corretamente o discurso de outra pessoa, sobretudo o escrito”<sup>31</sup>.

#### **4. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER**

A proposta *hermenêutica filosófica*, inaugurada com a obra *Verdade e Método*, segundo seu próprio autor, Hans-Georg Gadamer, se inicia com “uma crítica da consciência estética, a fim de defender a experiência da verdade que nos é comunicada pela obra de arte contra a teoria estética, que se deixa limitar pelo conceito de verdade da ciência”<sup>32</sup>. Este não era, todavia, o seu “verdadeiro” objetivo final, e sem atingir a relação entre necessária entre *verdade e método*<sup>33</sup>, pois para Gadamer a arte “poderia libertar o conceito de verdade da camisa de força imposta pela metodologia científica”<sup>34</sup>. Decorre disso a defesa que

---

<sup>29</sup> GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999, p.160.

<sup>30</sup> Idem. *Ibidem*, p.173.

<sup>31</sup> Idem. *Ibidem*, p.176.

<sup>32</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p.31.

<sup>33</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.79.

<sup>34</sup> Idem. *Ibidem*, p.79.

muitos têm promovido de que a idéia central desta obra poderia ser, tranquilamente, entendida como *verdade contra o método*<sup>35</sup>.

A linguagem (influência heideggeriana) assume papel central no pensamento de Gadamer, e “embora a frase “*ser que pode ser compreendido é linguagem*” não esteja no início de *Verdade e Método*, entende-se que é por ela que se pode/deve começar a analisar a sua obra e a sua pretensão hermenêutica”<sup>36</sup>. Tomando, então, este ponto de partida, Lenio Streck analisa que:

(...) Gadamer parte (...) da premissa de que a linguagem não é uma terceira coisa se interpõe entre sujeito e objeto, ou seja, na concepção hermenêutica de Gadamer *não há espaço para a dicotômica relação epistemológica sujeito-objeto*, na qual o sujeito se contrapõe a um objeto entendido como simples-presença. *A linguagem é totalidade, no interior da qual o homem, o Dasein, se localiza e age.*<sup>37</sup>.

Esta construção gadameriana nos conduz à idéia de que nada possui *sentido* de maneira autosuficiente, demonstrando que “uma locução nunca pode desvincular-se de seu contexto motivacional, isto é, da conversação, na qual ela está inserida e somente a partir da qual ela ganha sentido”<sup>38</sup>. Gadamer deixa isso claro ao afirmar que: “A

---

<sup>35</sup> Entre tantos, Lenio Streck em suas obras *Verdade e Consenso* e *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*.

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.206.

<sup>37</sup> Idem. Ibidem, p.206-207

<sup>38</sup> GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999, p.197.

linguagem é o meio em que se realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa em questão”<sup>39</sup>.

Com essa reificação da importância da linguagem, e da sua contextualização, Gadamer promove importante impugnação do método, segundo Jean Grodin, quando afirma que:

A prerrogativa do método conecta-se, evidentemente, com o privilégio do enunciado na consciência ocidental, e, mais ainda na consciência moderna. Pois a idéia do método extrai sua força da circunstância de que, num experimento podem isolar-se determinados domínios ou ocorrências, para torná-los controláveis. Mas, tal ação isoladora violenta a linguagem. Acontece que a compreensão da linguagem se reduz à captação intelectual, por um sujeito, de um contexto objetivável e isolado; ela resulta também, da mesma forma, de pertença a uma tradição em continuada formação, isto é, da pertença a uma conversação, a partir da qual, unicamente, o que foi expresso adquire para nós consistência e significado.<sup>40</sup>

Mesmo diante da clareza do pensamento gadameriano, ressaltando a importância da *linguagem* e a oposição ao *método*, como forma de limitação da linguagem, e portanto, diminuição do espaço para alcance do *desvelamento (verdade)*, ele, reforçando a sua tese, “concebe modelos estruturais que não apenas descreve o movimento da experiência hermenêutica, como também estabelece exigências cognitivas ao intérprete”<sup>41</sup>, senão vejamos a análise de Luiz Rohden:

---

<sup>39</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p.497.

<sup>40</sup> GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999, p.197.

<sup>41</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.85.



Consideramos o jogo e o círculo como modelos estruturais da hermenêutica filosófica porque neles encontramos uma lógica em aberto, mais próxima do entimema que do silogismo apodíctico. Porque são modelos, indicadores e não padrões rígidos e absolutos a serem aplicados ao conhecimento. Nesse sentido são princípios metodológicos abertos, que não conduzem a uma síntese única e absoluta, mas possibilitam diferentes conclusões. Alongamos, desse modo – por meio do jogo e do círculo -, a noção de método, identificado muitas vezes com o científico.<sup>42</sup>

Fica cristalino, que a noção de método combatida é o *científico*, mas não deixa ele de dispor de “modelos estruturais”, como o *jogo* e o *círculo hermenêutico*, ressaltando, todavia, que estes não possuem as já denunciadas limitações dos métodos científicos clássicos. E o que significa o jogo? Recorre-se ao próprio Gadamer que define nos seguintes termos:

Quando falamos de jogo no contexto da experiência da arte não nos referimos ao comportamento, nem ao estado de ânimo daquele que cria ou daquele que desfruta do jogo e muito menos à liberdade de uma subjetividade que atua no jogo, mas ao modo de ser da própria obra de arte. (...) Aquele que joga sabe por si mesmo que o jogo não é nada mais que um jogo e que se encontra num mundo determinado pela seriedade dos fins.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2005, p.112.

<sup>43</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 154-155.

Pode-se concluir que “o jogo humano constitui-se em um itinerário explicativo do saber”<sup>44</sup>, e, “acentua a imersão no processo compreensivo e, com isso, a quebra de uma relação sujeito-objeto que pressupõe o distanciamento do sujeito frente ao seu objeto”<sup>45</sup>. Gadamer, advirta-se, não analisa o jogo sob a perspectiva do jogador, mas de dentro do próprio jogo, demonstrando, assim, o porque da quebra da relação sujeito-objeto, o *jogador* é, necessariamente, uma das peças.

Já a questão do círculo, herdada do pensamento heideggeriano, embora com significados distintos, vez que Heidegger “só se preocupa com a problemática da hermenêutica histórica com fins ontológicos”<sup>46</sup>, enquanto Gadamer<sup>47</sup>, “tendo liberado a ciência das inibições ontológicas do conceito de objetividade, busca compreender como a hermenêutica pode fazer jus à historicidade da compreensão”<sup>48</sup>. A noção gadameriana do *círculo* estabelece que “quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o

---

<sup>44</sup> ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2005, p.117.

<sup>45</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.91.

<sup>46</sup> Idem. Ibidem, p.86.

<sup>47</sup> “Gadamer apresenta uma concepção fenomenológica da atividade da compreensão em todas as suas manifestações – inclusive decifração, tradução, reflexão e crítica – sem limitar suas investigações a um lugar particular de compreensão e sem considerar fronteiras disciplinares artificiais. Sua principal afirmação filosófica é a de que nossa verdadeira relação com o mundo subjaz à moderna ciência técnico-empírica, mas não é exaurida por ela. (...) Seguindo a análise de Heidegger do ser-no-mundo, Gadamer rompe com os fundamentos metafísicos do Iluminismo, que consideram o sujeito individual como um centro de conhecimento autogerido, e revela as relações intersubjetivas que tornam possíveis afirmações posteriores de integridade epistemológica por parte do sujeito. Seu foco é a teia dinâmica de verdade e sentido que continuamente renovamos simplesmente no curso do viver, um pertencimento intersubjetivo que está por trás das tentativas metodológicas recentes de reparar rupturas localizadas de compreensão com a aplicação de regras de exegese. Desde essa perspectiva, a interpretação não é apenas uma atividade designada a trazer certos objetos para um foco mais preciso; ela constitui nosso modo fundamental de existir.” (MOOTZ III, Francis J.. **Conhecimento Retórico na Prática e na Teoria Crítica do Direito**. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2011, p. 27)

<sup>48</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 354.

intérprete prelineia um sentido do todo”<sup>49</sup>. A circularidade deposita-se sobre a idéia da compreensão, e da “vigilância do intérprete”, para evitar influências arbitrárias, como define o próprio Gadamer:

(...) naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que obviamente tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.

(...) A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade.<sup>50</sup>.

Essa *vigilância do intérprete* objetiva a busca de correição contra a discricionariedade<sup>51</sup>, pois “toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas”<sup>52</sup>.

Restam, assim, evidenciadas, em síntese, as principais contribuições da hermenêutica filosófica (Heidegger e Gadamer), para combater a discricionariedade (arbitrariedade), a partir de um novo modelo hermenêutico, capaz de *aparelhar* o intérprete contra as armadilhas já denunciadas, notadamente com a superação da relação

---

<sup>49</sup> Idem. Ibidem, p.356.

<sup>50</sup> Idem. Ibidem, p.356.

<sup>51</sup> Sinônimo de arbitrariedade para este texto.

<sup>52</sup> Idem. Ibidem, p.355.

sujeito-objeto, predominantes, no universo jurídico, no (neo)positivismo e no pós-positivismo.

A fenomenologia heideggeriana, como analisada, e a hermenêutica filosófica, contra o método científico clássico, delineada a partir do *linguistic turn*, utilizando-se das estruturas do *jogo* e do *círculo*, apresentam um novo horizonte hermenêutico.

Diante deste quadro, resta investigar o impacto destas teorias para a (re)formulação de uma hermenêutica jurídica que seja capaz de superar a Filosofia da Consciência, e, portanto, a relação sujeito objeto no processo de interpretação/aplicação do Direito.

## **6. A INFLUÊNCIA DA FENOMENOLOGIA COMO MÉTODO E O (RE)PENSAR A HERMENÊUTICA JURÍDICA**

As investigações jurídicas influenciadas pelos pensamentos heideggeriano e gadameriano, a partir do método fenomenológico e da incorporação das contribuições da hermenêutica filosófica, devem muito ao Professor gaúcho Lenio Luiz Streck. Não se pode negar, todavia, que, sob a influência da fenomenologia de Edmund Husserl, A.L. Machado Neto, seguindo a linha egológica inaugurada por Carlos Cósio, já afirmava que o direito é “a conduta humana em sua interferência intersubjetiva”<sup>53</sup>. Para estes autores a norma era apenas um “esquema de

---

<sup>53</sup> MACAHADO NETO, A. L.. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975, p.147/148.

interpretação da conduta”, e esta, por sua vez, destaca-se enquanto *fenômeno*<sup>54</sup>.

Desta forma, a adoção da abordagem fenomenológica traz de plano o impacto de deslocar a interpretação jurídica do *texto legal* (modelo estandardizado pelo positivismo) para o problema, para o caso concreto, representado pela “conduta humana”, enquanto fenômeno. “A busca pela *coisa mesma* que marca a *fenomenologia* leva seus adeptos a essa reflexão, isto é, à busca pelo modo mais originário de compreender o direito, (...) devemos nos voltar para aquilo que manifesta o *ser* da juridicidade de modo originário, sem o qual não estaríamos falando em direito”<sup>55</sup>, ou seja, a *conduta humana*.

Diante desta constatação, do necessário deslocamento da busca de sentido dos *textos* para as condutas, influenciada pela *fenomenologia* e pela *hermenêutica filosófica*, Lenio Streck, no ano de 2004, publica obra crítica fundamental sobre a temática: *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*.

A proposta é exatamente a superação do modelo positivista de pensar e interpretar o direito, a partir, principalmente, das matrizes heideggeriana e gadameriana. Com efeito, Streck estabelece severa crítica à *dogmática jurídica* estandardizada no Brasil, denunciando a sua crise paradigmática, ao asseverar que:

(...) sustenta a (des)funcionalidade do Direito, e retroalimentada por um *campo jurídico* que funciona com um *corpus* no interior do qual o operador jurídico “conhece”, “contempla” e “assume” o seu

---

<sup>54</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.236.

<sup>55</sup> Idem. Ibidem, p. 236.

lugar, *a dogmática jurídica deve ser re-trabalhada em uma perspectiva criativa/criadora.* (...) os operadores jurídicos (...) Consideram que sua missão e seu labor é o de –apenas – reproduzir os sentidos previamente dados/adjudicados/atribuídos por aqueles que possuem o *skeptrom*, isto é, a fala autorizada!<sup>56</sup>

A *cultura jurídica* produzida e reproduzida nos bancos acadêmicos no Brasil limita-se à tentativa de compreender os textos legais<sup>57</sup> na sua *semântica textual*, confirmando suas assertivas na jurisprudência e precedentes oriundos dos Tribunais. E as situações problemáticas, os casos concretos, qual o seu espaço?

A (nova) Hermenêutica Jurídica, que começa a ser construída em solo pátrio, tenta justamente inverter esta fórmula<sup>58</sup>, a primazia do problema (caso concreto – fenômeno) sob o texto legal.

Nesta nova perspectiva, valorosas são as contribuições de Gadamer, que, inclusive, reconhece a similitude entre as tarefas do historiador e do jurista, pois “frente a um texto, todos nos encontramos em uma determinada expectativa de sentido imediata. *Não há acesso imediato ao objeto histórico, capaz de proporcionar-nos objetivamente seu lugar de valoração*”<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.240/241.

<sup>57</sup> O professor “padrão” que ministra sua aula com o “código” em mãos interpretando dispositivo por dispositivo para seu aluno, como um verdadeiro oráculo, e como requinte da confirmação da “verdade” entoa os verbetes dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal, como verdadeiros mantras.

<sup>58</sup> Sob os auspícios, frise-se mais uma vez, da *fenomenologia* e da *hermenêutica filosófica*.

<sup>59</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.219.

Para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica, é essencial que a lei vincule por igual a todos os membros da comunidade. A tarefa da interpretação consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação.

(...) quando o juiz se sabe legitimado para realizar a complementação do direito dentro da função judicial e frente ao sentido original de um texto legal, *o que faz é o que de todos os modos têm lugar em qualquer forma de compreensão*. Esta compreensão se dá no modo de ser do intérprete. E este intérprete é um ser-no-mundo, um ser-com-os-outros. Por isto a hermenêutica será filosofia, e não método. Será existência. Será facticidade.<sup>60</sup>

Os críticos, por sua vez, automaticamente argumentaram que este modelo gerava “insegurança”, vez que desconsiderava o texto, até então reificado, como já foi salientado, que se sedimentava em uma postura *contrafática*. Acontece que, *contrario sensu*, a “segurança” está justamente no afastamento desta postura *contrafática* do intérprete, pois:

A segurança em uma perspectiva hermenêutica exige, portanto, o enfrentamento da questão dentro das nossas possibilidades existenciais e afasta artificialidades inviáveis. A segurança está no enfrentamento das impossibilidades e na abertura para o fenômeno originário, não no desvio das questões problemáticas em nome de uma razão “descontaminada”, típica do paradigma cartesiano.<sup>61</sup>

Vale o registro pontual, embora este não seja o objeto deste trabalho, que a *linguagem* assume papel central neste processo, dentro do

---

<sup>60</sup> Idem. Ibidem, p.219.

<sup>61</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.238.

movimento denominado de *linguistic turn*<sup>62</sup> (giro ou virada linguística), sobre o qual se sustentam duas premissas fundamentais: a) o conhecimento ocorre na linguagem, todo discurso científico, portanto, possui em comum a sua natureza linguística; b) é na linguagem que o mundo exsurge, ou seja, o mundo somente pode ser desvelado por intermédio da linguagem<sup>63</sup>. Para o Direito não é diferente!

O “jogo”, na perspectiva desenvolvida por Gadamer, ganha para a hermenêutica jurídica, sob o influxo filosófico, particular interesse, pois “compreender o direito levando em conta o *primado metodológico do problema* como *jogo* é, antes de tudo, estar aberto ao acontecer do *ente*. É estar aberto para o inesperado, para um ângulo novo que despertará novas projeções compreensivas, e, conseqüentemente, novas possibilidades de respostas”<sup>64</sup>.

Esse “jogo” serve para delimitação do conflito intersubjetivo que demanda uma solução. Pode inferir-se, assim, que “o problema que envolve o sentido intersubjetivo da conduta é, portanto, o nosso *ente*, mas, como todo e qualquer *ente*, não se mostrará sozinho, mas em meio a

---

<sup>62</sup> “(...) a guinada lingüística colocou o filosofar sobre uma base metódica mais segura e o libertou das aporias das teorias da consciência. Neste processo configurou-se, além disso, uma compreensão ontológica da linguagem, que torna a sua função hermenêutica, enquanto intérprete do mundo, independente em relação aos processos intramundanos de aprendizagem e que transfigura a evolução dos símbolos lingüísticos inserindo-os num evento poético originário.” (HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico: Estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p.16).

<sup>63</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.175.

<sup>64</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.239.



outros entes em uma realidade complexa que acontece fenomenologicamente”<sup>65</sup>.

É necessário pôr o problema em *jogo* e *jogar* com o problema para que o ente se mostre na perspectiva efetivamente problemática e para que saibamos o que, de fato, estamos discutindo. (...) O que normalmente fica encoberto pelo discurso lógico-formal-conceitual do direito é justamente aquilo que deveria ser desvelado no *jogo*. (...) É evidente que esse dinamismo ao qual o *ente* é exposto acontece na diferença ontológica, do mesmo modo que os novos desvelamentos que esse *jogo* proporciona já estarão adstritos à finitude que projeta e limita.<sup>66</sup>

O *jogo* (jurídico) então tem que ser *jogado*, isso significa que as coisas não estão pré-definidas, somente no *jogo* é que compreenderemos, principalmente diante do *outro* que também faz parte dele, para isso clama-se por um modelo jurídico hermenêutico novo, dialógico, intersubjetivo, e, principalmente, direcionado para o *problema*, de forma contratextual. Após a redução problemática permitida por uma dimensão reflexiva, permitida pelo *jogo*, extraída do problema, é que se perguntará ao texto: *quid juris?*

## 6. O DESVELAMENTO FENOMENOLÓGICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> Idem. Ibidem, p.239.

<sup>66</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.240.

<sup>67</sup> Apenas para delimitar conceitualmente, é importante registrar que este trabalho não considera a existência de divergência terminológica entre *direitos fundamentais* e *direitos humanos*, considerar-se-á as duas expressões como sinônimas.

Os direitos fundamentais<sup>68</sup> podem ser classificados como uma *categoría dogmática*. Neste sentido eles possuem três dimensões a serem destacadas, conforme J. J. Gomes Canotilho, quais sejam: (1) analítica, preocupa-se com a construção sistemática e conceitual do direito positivo; (2) empírica, preocupa-se com as condições de eficácia e a maneira como o legislador, a administração e os juízes os observam e aplicam nos contextos práticos; e (3) normativa, que pressupõe a fundamentação racional e jurídico-normativa dos juízos de valor, como, por exemplo, no processo de interpretação e aplicação<sup>69</sup>.

Conjugando essas três perspectivas acima, além da evolução histórica dos direitos fundamentais, desde a sua gênese liberal, perpassando pelas gerações doutrinariamente indicadas<sup>70</sup>, chega-se à conclusão que essa categoria do direito tem como finalidade a proteção da liberdade (*lato senso*), proteção essa que é juridicamente mediada. Analisando o tema Ingo Sarlet posiciona-se da seguinte forma:

---

<sup>68</sup> “La posición de los derechos fundamentales em el sistema jurídico de Alemania se caracteriza por cuatro extremos: primeiro, los derechos fundamentales regulan com rango máximo y, segundo, com máxima fuerza jurídica, objetos, tercero, de La máxima importancia com, em cuarto lugar, máxima indeterminación. Cada una de estas propiedades extremas resulta em si inócua, pero su conjunción com lãs demás comporta problemas ciertamente devastadores (...)”. (ALEXY, Robert. **Derechos Fundamentales Y Estado Constitucional Democrático**. In CARBONELL, Miguel. **Ne constitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.32/33.)

<sup>69</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2004, p.1253.

<sup>70</sup> Não é objeto deste estudo a evolução histórica, nem tampouco a discussão acerca das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, ante a inexistência de unicidade sobre a matéria (alguns defendem a nomenclatura geracional outro dividem em dimensões, alguns defendem a existência de 3 gerações, outros 4, e há quem defenda a existência de 5 gerações). Para esta finalidade citamos entre outras obras as seguintes: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004 e DIP, Ricardo. **Los Derechos Humanos y El Derecho Natural**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

(...) a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada por órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar eficácia dentro do âmbito de um autêntico Estado constitucional.<sup>71</sup>

O Estado Democrático de Direito nesta perspectiva tem a função de garantidor dos direitos fundamentais, vez que estes têm como, uma de suas funções, expressar “os fins últimos que norteiam o moderno Estado constitucional de Direito”<sup>72</sup>. A este respeito manifesta-se Pérez Luño ao afirmar que “existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito”<sup>73</sup>.

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da

---

<sup>71</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.68.

<sup>72</sup> Idem. Ibidem, p.69.

<sup>73</sup> PEREZ LUÑO, A. E.. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2007, p.19. (tradução livre)

modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.<sup>74</sup>

Entre as consequências da transição entre o modelo de bem-estar social<sup>75</sup> e o modelo neoliberal, há destaque para o déficit na concretização dos direitos fundamentais no Brasil, inobstante, por óbvio, não se possa fazer uma redução a esta como única causa, mas o objetivo central é demonstrar o impacto proporcionado pela mudança política, vez que “a globalização neoliberal-pós-moderna coloca-se justamente como o contraponto das políticas do *welfare state*. Aparece como a nova face/roupagem do capitalismo internacional”<sup>76</sup>.

A não realização das promessas da modernidade, entre elas a não concretização de direitos fundamentais, notadamente aqueles ligados à ordem social, via de regra tutelados enquanto *normas programáticas* pela Constituição Federal de 1988, é denunciado por Lenio Streck, nos seguintes termos:

No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade. (...) em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta,

---

<sup>74</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.39.

<sup>75</sup> Mesmo que este não tenha sido vivenciado pela política brasileira, ou ainda vivenciado timidamente, foram sentidos os impactos deste processo no Brasil. Saliente-se, ainda, que após o fim da Ditadura Militar e durante o governo de José Sarney, o Brasil ainda se encontrava, de certo modo, afastado do processo de reestruturação produtiva do capital e do projeto neoliberal, já em estado avançado no mesmo período nos países do capitalismo central, período em que foi “talhada” a Constituição Federal de 1988, sob os auspícios de um modelo político identificado com a social democracia e o bem-estar social.

<sup>76</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 23.

por paradoxal que possa parecer, é o retorno do Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. Só que existe um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno<sup>77</sup>.

Dentro deste quadro, necessário estabelecer um (novo) modelo jurídico hermenêutico capaz de proporcionar a efetividade dos direitos fundamentais. Esse *desvelamento*, por seu turno, somente será possível diante de uma *hermenêutica fenomenológica*, capaz de proporcionar o conhecimento dos *entes*, todavia para além deste modelo dogmático reificado.

A tarefa primeira é romper, então, com o modelo de fundamentação estandardizado para os direitos fundamentais no Brasil, como para todo o direito, da *primazia do texto*, conforme pode-se exemplificar com o trecho a seguir transcrito de Ingo Sarlet (entre outros), ao defender que:

Aliás, a própria eficácia (assim como a efetividade, ainda que em outro plano) não deixa de integrar o que se poderia denominar de uma teoria geral dos direitos fundamentais, já que se cuida de perspectiva que abarca, (...) toda e qualquer posição jurídico-fundamental consagrada na nossa Constituição (...)<sup>78</sup>.

Consoante a proposta apresentada neste trabalho, é necessário romper este paradigma, na busca de eficácia, o primeiro passo é

---

<sup>77</sup> Idem. Ibidem, p.25/26.

<sup>78</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.431.

reconhecer a existência de direitos fundamentais para além do *texto* Constitucional, mas no *ser* dos *entes*, por intermédio de uma *ontologia*, *fenomenologicamente* determinada, a partir dos *problemas*.

Para ter direitos humanos, o que na modernidade, é sinônimo de ser humano, você deve reivindicá-los. Um novo direito é reconhecido se tem sucesso ao fixar uma determinação – temporária ou parcial – sobre a palavra “humano”, se consegue deter seu voo. Esse processo é conduzido em lutas políticas, ideológicas e institucionais. (...) O potencial criativo da linguagem e da retórica permite aos direitos originais do “homem” fragmentarem-se e proliferarem-se nos direitos dos vários tipos de sujeito, como, por exemplo, os direitos de trabalhadores, mulheres, crianças, refugiados, ou os direitos de um povo à autodeterminação, ou os direitos dos animais e ambientais.<sup>79</sup>

Por último, ainda na esteira do que foi construído como modelo *hermenêutico* de oposição àquele dominante no direito pátrio, deve-se observar a necessidade de que os direitos fundamentais não são produzidos *subjetivamente* para o *eu*, mas que eles somente poderão ser reconhecidos na *alteridade*.

A lei da modernidade baseada no direito do Eu e no império do sujeito é estranhamente imoral enquanto tenta assimilar e excluir o Outro. O outro lado do sujeito jurídico universal, da igualdade e da autonomia, do formalismo da lei e do seu imperativo (o comando categórico) é a necessária desigualdade e a falta de autonomia do estrangeiro e do inimigo da

---

<sup>79</sup> DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2009, p.232.

nação. O discurso da universalidade é necessariamente uma mitologia branca: a entronização do livre-arbítrio como o princípio da legislação universal é obtida somente por meio da exclusão, da cassação do direito ao voto e da sujeição sem a livre subjetividade do Outro.<sup>80</sup>

Deve-se, portanto, configurar um modelo hermenêutico capaz de vincular as *vozes pessoais individuais* com as razões comuns sobre qualidades atribuíveis a um grupo, ou seja, o *Outro*, a alteridade, que respeite a intersubjetividade característica das relações jurídicas, rompendo, no universo jurídico, definitivamente com o paradigma da *filosofia da consciência*, e a subjetividade na definição, e, principalmente, na concretização dos direitos fundamentais.

## 7. À GUISA DE CONCLUSÃO

A necessária superação de uma cultura assentada no positivismo (quando compreendido), e até mesmo a panacéia gerada pelas teorias formatadas para superação deste paradigma, colocaram-se como verdadeiros entraves à consolidação de um modelo hermenêutico não discricionário (não arbitrário), com a necessária suplantação do modelo sujeito-objeto e da filosofia da consciência.

A inegável contribuição da matriz *hermenêutica filosófica* (Heidegger e Gadamer) traz uma (nova) *luz* sobre o tema, propondo (enfim!) a superação da filosofia da consciência no processo de

---

<sup>80</sup> Idem. Ibidem, p.353.

interpretação, mostrando novos horizontes para a busca da compreensão no conhecimento científico (entre outros), para além da velha (e cansada) metodologia.

A importância da *fenomenologia* enquanto método adequado para uma filosofia *no* direito, capaz de proporcionar a mudança de enfoque do *texto* para o *problema* (caso concreto), possibilitando compreender o *ser* dos *entes*.

É importante refletir, porém, sob a condição de recepção desta teoria diante da condição político-histórica brasileira, e que impacta, principalmente, na dificuldade de concretização de direitos fundamentais, notadamente aqueles que dispõem sobre a ordem social. A dificuldade, por exemplo, de efetivação de políticas públicas para garantia do meio-ambiente equilibrado e saudável, tutelado como direito fundamental social na Carta Política de 1988, ou quiçá até mesmo o reconhecimento de novas categorias, como o direito dos animais, por exemplo, além dos velhos problemas envolvendo questões de saúde, educação, etc.

Para finalizar, identifica-se na mitologia, metaforicamente falando, um especial inimigo, dentre os inimigos a serem enfrentados nesta empreitada: “o juiz Zeus”!

Esse juiz é representado pela figura mitológica de Zeus, que é o senhor supremo do cosmos, e que governava a morada dos deuses, do alto do monte Olimpo. Da sua união com mortais nasceram diversos heróis entre eles Hércules, já metaforicamente discutido por Ronald Dworkin! Coloca-se, do “alto” do Olimpo, acima de todos e de tudo,



impassível de admitir os seus erros, e, principalmente, capaz de gerar a verdade, pois tudo sabe.

Esse é o juiz que vem se formando no Brasil, discricionário e dotado de superioridade, e incapaz de admitir conhecer os “feitos de Hércules”, pois como seu pai, concebe que nada faz um filho seu que ele não lhe tenha ensinado. Longe de uma postura humilde e dialógica, inicial, e indispensável, para a superação da discricionariedade gerada pelo modelo subjetivista da filosofia da consciência.

Que o pai “Zeus” tenha, enfim, a humildade para aprender uma nova realidade com seu filho “Hércules”! Clamamos pelo império do diálogo e da alteridade como caminho da “salvação”, em nome de um (novo) modelo hermenêutico, fenomenologicamente adequado!

## 8. REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na ética e na ciência.** São Paulo: Saraiva, 2008.
- ALEXY, Robert. **Derechos Fundamentales Y Estado Constitucional Democrático.** *In* CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2004.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos.** São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2009.
- DIP, Ricardo. **Los Derechos Humanos y El Derecho Natural.** Madrid: Marcial Pons, 2009.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Introdução à Filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma Fenomenologia Pura e para uma Filosofia Fenomenológica: Introdução geral à fenomenologia pura**. Aparecida/SP: Idéias e Letras, 2006.

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

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

MACAHADO NETO, A. L.. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MOOTZ III, Francis J.. **Conhecimento Retórico na Prática e na Teoria Crítica do Direito**. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2011.

PEREZ LUÑO, A. E.. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2007.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana.** Ijuí: Unijuí, 2001.

\_\_\_\_\_. **Uma Breve Introdução à Filosofia.** Ijuí/RS: Editora Unijuí, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito.** 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas.** *in.* STRECK, Lenio e STEIN, Ernildo (orgs.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 153-172.