

Hermenêutica Constitucional e Hermenêutica Filosófica: Horizontes da Previsibilidade das Decisões Judiciais

Rafael de Oliveira Costa*

Introdução¹

As contribuições da Hermenêutica para a redução da subjetividade do intérprete assumem significativa importância na atualidade, face aos recentes avanços nas searas da Hermenêutica Filosófica e da Hermenêutica Constitucional.

A Hermenêutica Jurídica tradicional foi elaborada pressupondo, até certo ponto, a “neutralidade do intérprete”, partindo de métodos científicos que procuram, senão afastar, ao menos reduzir a influência das preferências pessoais na prolação da decisão.

Na atualidade, contudo, inúmeros julgadores passaram a inverter o processo hermenêutico, objetivando adequar a ordem jurídica ao sentido

* Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) / Universidade de Wisconsin (EUA). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: rafaelcosta22000@gmail.com.

1 O autor agradece aos revisores da revista, em razão da contribuição singular para a objetividade e cientificidade da abordagem que se pretende conferir ao presente trabalho.

subjetivo que pretendem dar ao texto², em nítido prejuízo à previsibilidade das decisões³⁻⁴.

O Direito, nesse sentido, mostra-se *imprevisível*, pois sabe-se que haverá Direito, porém páira insegurança quanto ao seu conteúdo⁵.

Assim, o operador do Direito depara-se diuturnamente com a temática da influência da subjetividade na interpretação e com a busca pela previsibilidade das decisões judiciais.

Entendemos, contudo, que apenas com a atenção redobrada no diálogo entre a Hermenêutica Constitucional e a Hermenêutica Filosófica é que se pode ter a definição de um processo hermenêutico apto a prover o respeito à previsibilidade e ao controle das opções interpretativas.

Nesse diapasão, Heidegger⁶ e Gadamer⁷ trazem contribuições importantes para a Hermenêutica Filosófica que, em diálogo com a Hermenêutica Constitucional, podem reduzir a influência da subjetividade do intérprete na aplicação da norma.

2 A título de exemplo, podemos mencionar a sentença proferida nos autos nº 246.01.2010.004366-1, da Comarca de Ilha Solteira/SP. Na hipótese, o Ministério Público de São Paulo ofereceu denúncia pela prática de crime previsto no art. 168, *caput*, do Código Penal, porque o denunciado teria se apropriado de coisa móvel de que tinha a posse. A denúncia foi recebida e o acusado citado, nos termos do art. 396 do Código de Processo Penal. Por meio de decisão terminativa, o Magistrado declarou extinta a punibilidade do réu, sob o argumento de que o denunciado teria devolvido o montante ao ofendido, sem que exista previsão legal nesse sentido.

3 No campo do Direito Administrativo, vale ressaltar que, “No antigo estado de polícia da Europa dos séculos XVI a XVIII, a discricionariedade ainda era considerada genuína expressão da soberania da monarquia. Com o advento da Revolução Francesa, iniciou-se uma crescente preocupação com a proteção dos direitos individuais do cidadão, especialmente a sua liberdade e sua propriedade. A partir do início do século XIX, aumentou a produção legislativa dos novos parlamentos criados em vários Estados europeus e americanos. Do poder executivo foi retirada a prerrogativa de editar leis, e a vontade do rei, substituída pela vontade geral do Povo. A partir da pragmática teoria da separação dos poderes, começou-se a impor limites às atividades dos órgãos estatais, especialmente da polícia, tudo em defesa dos direitos dos cidadãos. Surgiu também a distinção entre o governo, como atividade política e discricionária, livre da apreciação judicial e a administração propriamente dita.” (KRELL, 2013, p. 18)

4 Com efeito, aduz Streck que a influência da subjetividade no processo de tomada de decisão, em prejuízo da segurança jurídica e da previsibilidade, não é algo recente: “A (histórica) discricionariedade positivista – embora (historicamente) “limitada” pelo ordenamento jurídico – tem proporcionado uma espécie de “mundo da natureza hermenêutico”, em que viceja a liberdade interpretativa (veja-se, por todos, o decisionismo kelseniano e a discricionariedade admitida por Herbert Hart para a resolução dos *hard cases*), onde, no fundo, queiramos ou não, cada juiz decide como quer (arbitrariamente), de acordo com a sua subjetividade (esquema sujeito-objeto), mesmo porque esses “limites” do ordenamento são limites semânticos, os quais jamais foram obstáculo para as pretensões positivistas, bastando, para tanto, um exame da incontável quantidade de súmulas (para falar apenas nesse tipo de *prêt-à-porter*) contra-lemem e/ou inconstitucionais.” (STRECK, 2009, p. 390)

5 TEUBNER, 2005, p. 15.

6 Cf. HEIDEGGER, 1988.

7 Cf. GADAMER, 1997.

No intuito de tornar efetivo esse desiderato, o presente trabalho utiliza-se do raciocínio *hipotético-dedutivo* e de dados de natureza *primária* (acórdãos e leis) e *secundária* (entendimentos doutrinários), com o objetivo de propor bases interpretativas que confirmam, a partir da fusão dos horizontes da Hermenêutica Constitucional com a Hermenêutica Filosófica, maior previsibilidade às decisões judiciais.

Esse é o nosso plano de estudos. Passemos à sua concretização.

1. Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Constitucional

A íntima relação existente entre a Hermenêutica Filosófica e a Hermenêutica Constitucional não é difícil de ser percebida.

Em que pesem as especificidades de cada um desses “ramos”, a problemática da interpretação não pode ser compartimentada, mas deve ser compreendida a partir de uma visão holística.

Nesse liame, a grande particularidade adquirida pela Hermenêutica em sua matriz heideggeriana-gadameriana⁸, também conhecida como Hermenêutica Fenomenológica, diz respeito à superação do paradigma sujeito-objeto.

Heidegger outorga ao círculo hermenêutico um papel especial na sua teoria sobre a natureza ôntica da compreensão. Segundo o filósofo, não existe interpretação sem pressupostos ou sem pré-conceitos, pois são condicionamentos prévios do ser-aí⁹. Em outras palavras, todo aquele que se coloca no movimento de compreender já deve ter “compreendido” o que deseja interpretar:

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que ‘está’ no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente

8 A título de esclarecimento, convém destacar que a hermenêutica em sua matriz heideggeriana-gadameriana é expressão da Hermenêutica Fenomenológica, em razão da apropriação por Heidegger da fenomenologia transcendental de Edmund Husserl. Por todos, conferir: ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

9 HEIDEGGER, 1988, p. 123.

evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já ‘põe’, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.¹⁰

Com isso, Heidegger reformula o conceito de círculo hermenêutico, centrado numa Hermenêutica da existência, que levará ao abandono do paradigma sujeito-objeto, direcionando-se para a investigação do *ser que só é compreendendo*¹¹.

Em *Verdade e Método*, Gadamer expõe uma nova teoria da experiência Hermenêutica que vai além da tradicional concepção que a equipara a uma metodologia científica.

Baseado nas conclusões de Heidegger, opõe verdade a método e refuta a tese de que este é consequência lógica daquela, afirmando que a Hermenêutica é uma disciplina filosófica que estuda o fenômeno da compreensão em si, isto é, o processo do compreender¹². Sua verdadeira pretensão é filosófica: *O que está em questão não é o que nós fazemos, o que nós deveríamos fazer, mas o que, ultrapassando nosso querer e fazer, nos sobrevém, ou nos acontece*¹³.

Assim, se até então o Historicismo acredita que a distância no tempo é uma barreira que impossibilita a compreensão e que só pode ser superada com a ajuda de métodos que “permitam a transferência do intérprete ao passado”, Gadamer demonstra que, ao contrário, essa distância no tempo é precisamente o fator que permite a compreensão. Só quando as coisas se captam à distância do intérprete é que podem ter seu verdadeiro sentido compreendido. E mais: a interpretação, a compreensão e a aplicação da norma não ocorre em momentos distintos, mas são fruto de um fenômeno unitário e que não pode ser compartimentado.

Assim, se em Gadamer todo ato de interpretação é também um ato de aplicação e compreensão, e se todo ato de aplicação do Direito é um ato de aplicação da Constituição, a Constituição é sempre substrato para aplicação do Direito.

10 HEIDEGGER, 1988, p. 207.

11 HEIDEGGER, 1988, p. 207.

12 GADAMER, 1997, p. 14 e seguintes.

13 GADAMER, 1997, p. 14.

Dito de outro modo, a Constituição, enquanto fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, é condição de possibilidade para que o intérprete possa compreender qualquer outro texto normativo¹⁴. Toda compreensão, interpretação e aplicação da norma – que, no dizer de Gadamer, ocorrem em um só momento – é simultaneamente uma compreensão, interpretação e aplicação da Constituição¹⁵.

Portanto, não é possível interpretar uma norma desvinculada da pré-compreensão que o intérprete tem da própria Constituição.

Frise-se, por oportuno, que não estamos aqui a sustentar a manutenção do paradigma sujeito-objeto em Heidegger e Gadamer. Ao contrário, a Hermenêutica Fenomenológica vem demonstrar que as condições de objetividade – e a influência da subjetividade – no processo hermenêutico encontram-se no cerne da virada ontológica da Hermenêutica no fio condutor da linguagem¹⁶. Em assim sendo, o processo hermenêutico não pode ser fruto de preferências pessoais do intérprete. Ainda que o método não seja um caminho único para a verdade, não pode o jurista ignorar a indispensável busca pela previsibilidade e segurança na aplicação do Direito¹⁷.

Segurança, esta, que, sob a égide da Hermenêutica Fenomenológica, pode ser analisada sob dois enfoques principais: enquanto estrutura ou enquanto sistema¹⁸.

Enquanto estrutura, a segurança jurídica é estática, imutável, pois decorre da “entificação” de um sentido do texto, segundo dado contexto de época.

Vislumbrada enquanto sistema, de outra forma, a segurança jurídica não é estática, mas móvel, pois adapta-se às circunstâncias espaço-temporais, modificando o seu sentido pela influência que sofre das condições sociais.

14 Não se ignora, neste trabalho, a tutela de direitos fundamentais por outros diplomas normativos ou a posição jusnaturalista do surgimento de direitos. Contudo, defendemos que a Constituição é – e deve permanecer sendo – o substrato para a interpretação de todas as demais normas. É exatamente a sua supremacia e a ideia de “um escalonamento normativo” que permitem falarmos em “ordenamento jurídico” e controle de constitucionalidade.

15 GADAMER, 1997, p. 405 e seguintes.

16 Cf. GADAMER, 1997.

17 Acerca do tema, ressalta Struchiner que “Os fatores subjacentes que norteiam essa noção são certos valores como a igualdade, consistência, segurança ou estabilidade jurídica e previsibilidade. Esses valores são, entre outros, partes constitutivas do próprio conceito de justiça e são necessários para a existência de um sistema jurídico eficaz.” (STRUCHINER, 2002, p. 46)

18 Sobre a ideia de estrutura e de sistema aqui adotadas, conferir: ANDRADE ARAÚJO, 2001.

Trata-se de duas perspectivas complementares e indissociáveis, uma vez que a segurança jurídica não é nem só estrutura – ou “entificação” de sentido, inclusive por meio de diplomas normativos, de caráter estático –, nem só sistema – abertura constitucional de sentido historicamente situada, de caráter dinâmico.

Por este motivo, os diplomas normativos (estrutura da segurança jurídica) devem conter uma abertura permanente para o futuro (sistema da segurança jurídica): a previsibilidade no Direito decorre das entificações de sentido anteriores (estruturas) que permitem ao jurisdicionado saber de antemão o que o Direito dele espera no futuro (sistema).

Assim, na fusão dos horizontes hermenêutico-filosóficos com os hermenêutico-constitucionais, afastando-se a ideia de que o método seria o único caminho na busca pela verdade e trazendo para o processo interpretativo a questão da legitimidade dos preconceitos e da historicidade da compreensão, somos levados a concluir que a segurança jurídica decorre não apenas das entificações de sentido (estrutura), mas também está presente na abertura constitucional (sistema), assegurando previsibilidade no processo de aplicação das normas jurídicas.

Em suma, o Direito não pode ser compreendido a partir de preferências pessoais daquele que interpreta, mas da análise do caso concreto e das suas peculiaridades¹⁹. A jurisdição constitucional não pode ser um espaço para a expressão da subjetividade do intérprete, mas, ao contrário, deve permitir que os jurisdicionados saibam como devem agir para atuarem em conformidade com o ordenamento²⁰.

2. Da criatividade no ato de julgar

A hermenêutica de matriz heideggeriana-gadameriana leva em consideração as circunstâncias fáticas do caso concreto e a condição histórica do julgador.

Contudo, na prática, o juiz encontra-se imerso em um meio onde não submete a própria decisão à crítica, em razão da busca pela “produtividade”.

Em outras palavras, é comum que o julgador, em razão do volume de trabalho e na busca pela celeridade, passe a atuar de forma repetitiva. É

19 STRECK, 2006, p. 226-285.

20 VIDAL, 2003, p. 06-09.

exatamente essa repetitividade que provoca o afastamento do intérprete da concretude do caso posto a julgamento e do próprio texto que orientará a solução a ser alcançada.

O Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, confere significação ao conteúdo das normas, atualizando seu sentido. Sujeitando-se à crítica, a jurisdição constitucional passa a ter uma função mais importante. Do juiz ‘boca do legislador’, meramente reprodutor, avança-se para um modelo de julgador criativo, com novos poderes e responsabilidades²¹⁻²².

Diante da constatação de que o processo hermenêutico não é uma compreensão puramente lógico-dedutiva, resta claro que a decisão deve ser motivada e responsável. O sentido da lei, a partir dessa concepção, não se dá pela interpretação reprodutiva, mas produtiva e responsável: *O papel do intérprete não se restringe à reprodução de algo feito. Antes, sua tarefa é de produção*²³.

À luz do caráter criativo do intérprete, alguns autores chegam a afirmar que surge uma nova forma de dizer o Direito, de caráter concreto, um verdadeiro *poder constituinte judicial, poder constituinte difuso ou poder constituinte permanente*²⁴.

21 Segundo Castanheira Neves, “[...] tanto pelo carácter normativamente constitutivo ou criador das suas decisões jurídicas, como pela sua intencionalidade prático-normativa, o pensamento jurídico e os juristas enquanto tais aproximam-se do legislador, pensam e criam o direito como o legislador – com diferença quantitativa ou grau de liberdade e vinculação decerto, mas sem essencial divergência qualitativa – e por isso o cânone de decidir judicativamente “como se fora o legislador”, de início invocado apenas para o domínio restrito da integração das lacunas, se converteu num princípio metodológico geral em que todo o pensamento metodológico-jurídico se deveria reconhecer.” (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 387)

22 Nesse sentido, a tese da extrema injustiça sustenta que “O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do seu conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como ‘direito incorreto’, deva ceder lugar à justiça.” (RADBRUCH, 1973, apud ALEXY, 2009, p. 34) Para Fuller, contudo, a moralidade interna limita o legislador e o magistrado na tarefa de “criar” o Direito. Limitação esta que atua até o ponto de existir a possibilidade de “revogar” o poder normativo quando o órgão ou o sujeito que o sustenta o tenha exercido com abusos, ou seja, violando os requisitos da moralidade interna do Direito (FULLER, 1969, p. 645-649).

23 MEGALE, 2002, p. 298.

24 Francisco Campos (*Direito Constitucional*. Volume II, São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p. 403) aduz que “O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”. Do mesmo modo, em voto prolatado pelo Ministro Edgar Costa, já se decidiu que: “[...] o Supremo Tribunal Federal, ao modo da corte Suprema norte-americana, desempenha, não o papel de um simples tribunal de justiça, mas o de uma Constituinte permanente, porque os

Em síntese, a possibilidade de provocar o Supremo Tribunal Federal para que este exerça sua função interpretativa e, em consequência, estabeleça o sentido das normas, é uma garantia constitucional. Esta garantia serve de instrumento para que se realize o princípio da segurança jurídica, na projeção que exige a previsibilidade dos efeitos da decisão, pois confere ao Direito o atributo da determinabilidade.

3. Da constitucionalização da Hermenêutica e a contribuição da Hermenêutica Filosófica

A complexidade crescente acerca do fenômeno hermenêutico trouxe enormes desafios aos operadores do direito.

A busca pela decisão correta ou mais adequada reflete precisamente a inexistência de uma verdade imutável.

A compreensão é sempre uma compreensão historicamente situada e que deve partir da Constituição. Toda compreensão, interpretação e aplicação das normas é simultaneamente compreensão, interpretação e aplicação da Constituição, segundo a história efetual do intérprete²⁵.

Assim, para Gadamer, a fusão horízontica da subjetividade do intérprete com a objetividade do texto torna possível o controle das preferências pessoais do aplicador do Direito²⁶. Não que se possa afastar por completo a influência da subjetividade no processo hermenêutico – o que seria impossível –, mas deve-se evitar que o Direito seja fruto de uma simples escolha do julgador:

Por isso o equívoco de quem diz que, primeiro decide e, só depois fundamenta. O contraponto a esse equívoco – presente no imaginário dos juristas – atravessa o presente texto em toda a sua dimensão: não compreendemos por que interpretamos. Na verdade, interpretamos porque compreendemos²⁷!

seus deveres são políticos, no mais alto sentido da palavra, tanto quanto judiciais.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de intervenção federal n. 14/51. Relator: Ministro Edmundo Macedo Ludolf. Voto do Ministro Edgard Costa. Diário de Justiça da União, Brasília, 28/11/1951, p. 4.529.)

25 GADAMER, 1997, p. 492-517.

26 GADAMER, 1997, p. 495-501.

27 STRECK, 2004, p. 154.

Dito de outro modo, a Constituição serve de base para a compreensão de todo o Direito, mas não consegue afastar a condição histórica em que se encontra o intérprete²⁸.

Por este motivo, não é possível afirmar, antes da análise do caso concreto e das circunstâncias fáticas, que um determinado método de interpretação constitucional seja superior aos outros. Isso porque tudo vai depender da norma a ser interpretada e das peculiaridades do caso concreto, em observância à busca pela previsibilidade.

Os métodos não são, portanto, uma resposta pronta e acabada para se atingar a decisão constitucionalmente adequada, mas meras diretivas:

No conjunto da nossa investigação mostrou-se que a certeza proporcionada pelo uso dos métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade. Isso vale, sobretudo para as ciências do espírito, mas de modo algum significa uma diminuição de sua cientificidade. Significa, antes, a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde antigamente. O fato de que o ser próprio daquele que conhece também entre em jogo no ato de conhecer marca certamente o limite do método, mas não o da ciência. O que o instrumental do método não consegue alcançar deve e pode realmente ser alcançado por uma disciplina do perguntar e do investigar que garante a verdade²⁹.

A simples observância de métodos é suficiente para que a Hermenêutica Constitucional proporcione decisões racionais e coerentes com o ordenamento jurídico? Para Gadamer, a resposta é negativa.

Certo é, no entanto, que os modernos métodos de interpretação constitucional são, normalmente, diretivas úteis para se encontrar soluções mais consentâneas com a realidade do caso em análise³⁰. Isto porque os no-

28 “Assim, a unidade do sistema encontra seu fundamento na sua norma positiva superior, que é a Constituição. Do ângulo axiológico, buscar origem exógena para os princípios gerais do direito é colocar em risco valores universalmente consagrados na experiência jurídica do Direito ocidental, como da segurança ou certeza jurídica e outros” (MEGALE, 2002, p. 111.)

29 GADAMER, 1997, p. 631.

30 A elaboração de um rol de postulados de interpretação constitucional busca facilitar a tarefa de interpretação destas espécies de normas. Cuida-se de diretivas interpretativas extraídas de elaborações doutrinárias, que servem para conduzir o intérprete pelo caminho a ser trilhado na interpretação. Urge frisar que não há uniformidade na doutrina acerca desses postulados interpretativos. Assim, podemos enumerar as seguintes espécies: 1) princípio da presunção de constitucionalidade das leis; 2) princípio da supremacia da constituição; 3) princípio da unidade; 4) princípio da interpretação conforme à constituição;

vos métodos foram criados especificamente para interpretação das normas constitucionais, ao contrário dos métodos clássicos, criados para interpretação das normas de direito privado.

Portanto, os modernos métodos são normalmente mais adequados para uma compreensão do texto constitucional, pois levam em consideração as inúmeras especificidades de diploma normativo (hierarquia, necessidade de legitimidade, efetividade, entre outras).

Contudo, embora a interpretação constitucional possa ser criadora, não pode jamais pretender alterar a substância do texto, o que equivaleria a realizar, de forma ilegítima, uma emenda constitucional – violando, por conseguinte, a congruência interna do ordenamento e impedindo que o jurisdicionado saiba como deva agir.

O risco de agir à margem das disposições legais é grande e pode levar ao subjetivismo e à arbitrariedade, trazendo instabilidade e incerteza na aplicação do Direito. A Hermenêutica Constitucional não pode desconsiderar o próprio texto, sob pena de violar a garantia de mínima previsibilidade a que faz jus todo jurisdicionado.

Desse modo, deve ficar claro que a utilização de diversos métodos discursivos produz, tão-somente, uma racionalidade possível e, não, resultados matematicamente comprováveis.

Todavia, a pretensão de alcançar a única resposta correta pode contribuir para a previsibilidade, ainda que de forma limitada, desde que seja evidenciada uma discussão racional, que produza resultados convincentes e em conformidade com os precedentes³¹.

À luz da complexidade que envolve um *hard case*, é indispensável determinar quem possui os melhores argumentos para fundamentar a decisão e, o meio mais seguro para tanto, é um discurso estruturado em regras racionais³². Segundo Habermas,

De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. (...) De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não

5) princípio do efeito integrador; 6) princípio da concordância prática; 7) princípio da proporcionalidade; 8) princípio da força normativa; e 9) princípio da máxima efetividade.

31 Cf. DWORKIN, 2002.

32 ALEXY, 2001, p. 34.

podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito³³.

Exemplificativamente, podemos citar a imprevisibilidade gerada pelo incidente de deslocamento de competência, previsto no art. 109, § 5º, da Constituição da República de 1.988:

§ 5º – Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Isso porque, como corolário do devido processo legal, está o princípio do juiz natural, que impede o julgamento de qualquer acusado por tribunais *ad hoc* ou por juízes incompetentes. Em assim sendo, reputa-se manifestamente ilegítimo que o acusado da prática de determinado crime desconheça o juízo competente para o seu julgamento, mesmo porque o incidente de deslocamento, como vem previsto na Constituição, demonstra a falência generalizada do poder judiciário estadual.

No intuito de compatibilizar os diversos princípios constitucionais envolvidos no caso, o Superior Tribunal de Justiça, no IDC 1 - Pará, julgado em 08/06/2005, através de um “discurso estruturado em regras racionais”, busca legitimar o incidente de deslocamento de competência, sustentando que o deslocamento só será possível nas hipóteses de inércia das autoridades estaduais³⁴.

33 HABERMAS, 2003, p. 245-256.

34 Eis o trecho mais relevante do acórdão: “3. *Aparente incompatibilidade do IDC, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor deve ser resolvida aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.* 4. *Na espécie, as autoridades estaduais encontram-se empenhadas na apuração dos fatos que resultaram na morte da missionária norte-americana Dorothy Stang, com o objetivo de punir os responsáveis, refletindo a intenção de o Estado do Pará dar resposta eficiente à violação do maior e mais importante dos direitos humanos, o que afasta a necessidade de deslocamento da competência originária para a Justiça Federal, de forma subsidiária, sob pena, inclusive, de dificultar o andamento do processo criminal e atrasar o seu desfecho, utilizando-se o instrumento criado pela aludida norma em desfavor de seu fim, que é combater a impunidade dos crimes praticados com grave violação de*

Contudo, apesar dos esforços argumentativos do STJ, não basta a racionalidade abstrata, mas é preciso que ela se apresente também na norma de decisão (ou norma geral do caso concreto).

Ora, toda a concretização da norma jurídica demanda uma seleção prévia do conjunto de normas que deve regular o caso concreto.

Segundo Günther, essa seleção prévia das normas, por ele denominada de “juízo de adequabilidade”, depende da percepção de que existem no Direito dois níveis discursivos. O primeiro nível abrange os discursos de justificação, de natureza tipicamente legislativa, cuja dimensão de validade é firmada a partir da possibilidade de sua universalização em face de diferentes situações de aplicação (princípio de universalidade)³⁵.

O segundo nível discursivo abrange os discursos de aplicação, de natureza tipicamente jurisdicional, cujo critério de adequabilidade se dá com a possibilidade de sua individualização em face do caso concreto, desde que todas as circunstâncias concretas envolvidas no momento da aplicação sejam consideradas (princípio de adequabilidade)³⁶.

A distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação se encontra no fato de que os critérios que servem para apurar a validade de uma norma não coincidem com os utilizados para indicar a adequação de uma norma válida a uma determinada situação. É preciso, na segunda hipótese, fazer a justificação da pertinência da aplicação de uma norma geral a um caso particular no intuito de garantir a racionalidade da decisão³⁷.

O juízo de aplicação é o produto de uma argumentação dirigida por uma exigência de imparcialidade. Esta exigência se traduz no princípio processual segundo o qual não se pode estabelecer que uma norma possa aplicar-se legitimamente em uma situação sem que se tomem em consideração todas as características da situação que são relevantes para garantir uma interpretação coerente de todas as normas aplicáveis³⁸.

direitos humanos. 5. O deslocamento de competência – em que a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos é pressuposto de admissibilidade do pedido – deve atender ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), compreendido na demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal. No caso, não há a cumulatividade de tais requisitos, a justificar que se acolha o incidente.”

35 GÜNTHER, 2004, p. 177.

36 GÜNTHER, 2004, p. 179.

37 GÜNTHER, 2004, p. 179-187.

38 GÜNTHER, 1995, p. 273.

O princípio da abstração, aplicável no âmbito da justificação de normas, tem como equivalente o princípio de adequação, quando se passa ao terreno da concretização das normas.

Assim é que, segundo Günther, todo discurso de aplicação, para ser legítimo, precisa justificar a adequabilidade das normas a serem aplicadas a partir de todas as circunstâncias envolvidas no processo de aplicação³⁹.

Nesse diapasão, a previsibilidade das decisões judiciais está intimamente relacionada com a lógica da argumentação de adequabilidade, compatibilizando a justiça no caso concreto com a racionalidade da decisão⁴⁰. É como entendeu o STF no Mandado de Segurança 26.603, da lavra do Ministro Celso de Mello:

REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA. – Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à Ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. – Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes.

39 GÜNTHER, 2004, p. 183-189.

40 Urge ressaltar que “O papel do intérprete deu uma guinada rumo à importância maior, após os trabalhos realizados pela argumentação jurídica que verifica se as opções tomadas pelo intérprete estão de acordo com a justificação produzida. A hermenêutica constitucional, por sua vez, verifica as metodologias utilizadas e os procedimentos aplicados. Vê-se que uma não se aperfeiçoa sem a outra; mais do que nunca hermenêutica e argumentação jurídica devem ser estudadas de forma conectada, pois a justificação representada pelo intérprete e o processo de interpretação representada pela metodologia constitucional adequada ao caso se complementam.” (MOREIRA, 2009, p. 268)

Assim, para tornar efetiva a previsibilidade, é preciso observar ainda a lógica da adequabilidade no âmbito do discurso de aplicação, seguindo duas diretrizes principais:

1) completa descrição da situação: o aplicador do direito deve buscar uma completa descrição da situação concreta para que todos os elementos fáticos e jurídicos sejam submetidos à análise, realizando uma “filtragem” dos fatos relevantes para o caso⁴¹.

2) coerência normativa: os conflitos de normas devem ser resolvidos não pela existência de um conteúdo material hierarquicamente superior, como se fosse possível falar em normas preferenciais, mas através da adequabilidade da norma ao caso concreto. Trata-se, em verdade, de uma razão de decidir diversa daquela presente na ADPF 130, recentemente decidida pelo STF, que declarou a não recepção da lei de imprensa pela Constituição da República de 1.988. Nesse caso, sustentou o ministro Carlos Ayres de Brito que existiriam “*sobredireitos da personalidade*”, superiores aos demais direitos da personalidade, como que lhes dando um conteúdo material hierarquicamente superior, em detrimento dos demais direitos da personalidade⁴².

A necessidade de fundamentação como requisito de validade da decisão, que deve ser capaz de abarcar toda a complexidade do caso a ser decidido, coloca a previsibilidade como ponto fulcral a ser considerado em todas as decisões tomadas no Estado Democrático de Direito.

Procura-se evitar o risco da decisão fundada em “resultados prévios”, em manifesta contradição à impossibilidade de se determinar previamente o sentido da norma de decisão⁴³.

Ora, a decisão é oriunda das circunstâncias presentes no caso decidendo e se materializa através do processo judicial – pela via da Hermenêutica. A verdade é sempre uma verdade construída dialógica e hermenêuticamente:

É inexorável que eu venha combater toda e qualquer atividade discricionária, voluntarista ou decisionista do Poder Judiciário – e da doutrina positivista que garante tais posições. Registre-se minha posição firme – fundado na

41 GÜNTHER, 2004, p. 179-193.

42 GÜNTHER, 2004, p. 179-193.

43 STRECK, 2004, p. 127-153.

hermenêutica filosófica – no sentido de que "levemos o texto a sério", entendido o texto como evento (...). O texto não é, assim, apenas um enunciado linguístico, (...) o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação⁴⁴.

A partir dessas considerações, conclui-se pela inevitável aproximação entre a Hermenêutica e a previsibilidade das decisões. A determinação da norma jurídica a ser aplicada em cada caso deve se dar a partir da coerência dos preceitos jurídicos considerados em face da totalidade das circunstâncias fáticas envolvidas, trespassada por um processo "argumentativamente" justificado à luz da espiral hermenêutico-constitucional⁴⁵.

Em suma, se toda compreensão é uma compreensão hermenêutica e toda compreensão hermenêutica é sempre historicamente situada, a única forma de tornar efetiva a Constituição se dá por meio de um processo argumentativo que leve em conta a exigência simultânea de previsibilidade e justiça na interpretação da norma constitucional.

4. Conclusões

A partir dessas considerações, podemos concluir que a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais só restam verdadeiramente observadas na percepção de que a interpretação é indispensável para o Direito:

44 STRECK, 2006, p. 141.

45 Discussão das mais interessantes sobre o tema na seara civilista relaciona-se com o Direito de Família, mais especificamente com a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade. O art. 1.601 do Código Civil dispõe expressamente: "Art. 1601 – Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante tem direito de prosseguir na ação." Segundo o dispositivo em tela, um filho pode ter sua paternidade contestada após anos de convivência, gerando grande insegurança nas relações familiares. Isto significa que, enquanto a relação de filiação for benéfica aos pais, estes poderão aceitá-la. Entretanto, havendo interesse, geralmente patrimonial, no sentido da dissolução da relação, o pai poderá valer-se do Poder Judiciário para pleitear a dissolução do vínculo. Destarte, entre pais e filhos, até que os primeiros venham a falecer, não haverá previsibilidade sobre o vínculo de filiação existente, pois, a qualquer momento, tendo em vista a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade, a relação poderá ser questionada. Por este motivo, a norma contida no art. 1.601, do Código Civil, afronta diretamente a Constituição, mais especificamente a segurança jurídica e a previsibilidade. À luz dos postulados da concordância prática e da força normativa da Constituição, resta claro que a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade não deve servir para o abuso de genitores que vejam na relação de filiação interesses puramente patrimoniais. (VILLELA, 1999, p. 141-142) Portanto, permitir que o vínculo possa ser contestado a qualquer tempo, prestigiando os interesses patrimoniais em detrimento dos sócios-afetivos, é afastar o princípio da dignidade humana, optando-se pela primazia da esfera patrimonial sobre a humanística e desconsiderando-se a busca pela previsibilidade das decisões judiciais. (VILLELA, 1999, p. 141-142)

a mera apreensão de um sentido prévio da norma e a subsunção lógica desta às circunstâncias fáticas não é suficiente para garantir racionalidade e legitimidade ao fenômeno interpretativo.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, incumbe ao Judiciário tomar decisões que satisfaçam simultaneamente à previsibilidade da decisão e ao sentimento de justiça.

Em outras palavras, a prestação jurisdicional deve ser capaz de aplicar razoavelmente as normas, produzindo decisões equilibradas (previsíveis) e adequadas (justas) ao caso decidendo.

Exsurge, assim, a trilogia fundamental que sustenta o cerne deste trabalho: a Hermenêutica, a previsibilidade e a efetividade das normas constitucionais se implicam e se relacionam de maneira tal que, estudar uma dessas manifestações requer imediatamente um mergulho nas outras, sob pena de desvirtuar-se o estudioso dos fins do Direito.

Atentar para a importância do papel do intérprete na aplicação da norma, enquanto contribuição da Hermenêutica Filosófica, parece ser a melhor forma de se construir um modelo de aplicação do Direito que, compatibilizando as diferentes concepções de justiça e previsibilidade, possa atingir o seu desiderato no âmbito da jurisdição constitucional.

Destarte, faz-se indispensável que o intérprete leve em consideração o diálogo permanente entre a Hermenêutica Constitucional e a Hermenêutica Filosófica, uma vez que o reconhecimento da influência da subjetividade na interpretação não deve servir para fundamentar as decisões judiciais em preferências pessoais⁴⁶.

Ao contrário, o reconhecimento da subjetividade do intérprete permite, até certo ponto, a previsibilidade das decisões judiciais, na medida em que, ciente da influência da subjetividade no ato de julgar e da sua condição imersa na história efetual, o julgador pode tomar uma decisão o mais imparcial possível⁴⁷.

O aplicador do Direito, ciente da sua condição, não é escravo do método, porque não acredita na sua autossuficiência, o que lhe permite trazer à baila a sua historicidade e os seus pré-conceitos, para confrontação e superação segundo o seu momento histórico⁴⁸.

46 Cf. STRECK, 2006.

47 GADAMER, 1997, p. 458 e seguintes.

48 Cf. GADAMER, 1997.

Concluindo, (re)pensar a Hermenêutica implica em um processo de compreensão/interpretação/aplicação do Direito que seja apto a prover o respeito 1) à previsibilidade das possibilidades interpretativas e 2) à racionalidade na aplicação do Direito. No Estado Democrático de Direito, a busca pelo sentido das normas, através da Hermenêutica Constitucional e da Hermenêutica Filosófica, não pode ser produto de preferências pessoais do intérprete: a influência da subjetividade deve ocupar o seu devido lugar, sem determinar a solução do caso decidendo, permitindo que o jurisdicionado saiba como deve agir para que sua conduta esteja em conformidade com o Direito.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto G. Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE ARAÚJO, Aloizio Gonzaga de. *O Direito e o Estado como estruturas e sistemas*. 2001. 456f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2001.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1995.
- BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina: Coimbra, 2002.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese de doutoramento em Direito na Universidade de Brasília. Brasília, 2008.
- DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

- DILTHEY, Wilhelm. *L'édification du monde historique dans les sciences de l'esprit*. Trad. de Sylvie Mesure. Paris: Les Éditions du Cerf, 1988.
- DILTHEY, Wilhelm. *Teoria das concepções do mundo*. Lisboa: EDIÇÕES 70, 1992.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. Hermenêutica Constitucional. In: *Caderno de Direito Constitucional 2006*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Ozuma. *Hermenêutica jurídica: em torno a la hermenêutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1992.
- FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New Haven/London: Yale University Press, 1969.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. de Benno Disinger. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1999.
- GÜNTHER, Klaus. Un Concepto Normativo de Coherencia para una Teoría de la Argumentación Jurídica. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. In: *Doxa*, 17-18, 1995, Alicante, pp. 271-302.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v.1, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Entre fatos e normas*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1996.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Editora Vozes, 1988.
- HUSSERL, Edmund. *L'idée de la phénoménologie*. 8. ed. Tradução do alemão de Alexandre Lowit. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.

- HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. Trad. de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001.
- JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Batista Machado. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KRELL, Andreas. *Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados*. 2ª Ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2013.
- MATIAS AIRES, Ramos Silva da Eça. *Reflexões sobre a vaidade dos Homens*. São Paulo: Martins, 1966.
- MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Fenomenologia e Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica jurídica: interpretação das leis e dos contratos*. 2002. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e interpretação. In: **20 anos da Constituição Brasileira**. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Coord). São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1997.
- RAZ, Joseph. The relevance of coherence. *Boston University Law Review*. Boston, n. 72, p. 273-321.
- REALE, Miguel. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. Trad. de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1977.
- RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Trad. de Celso Reni Braidá. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.
- STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes”. In: *Anima*. Disponível em: <http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> Acessado em: 06/11/2009.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração her-*

- menêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.
- VIDAL, Marcelo Furtado. *A interpretação e o (im)previsível: estudo sobre a imprevisibilidade das decisões judiciais na perspectiva da hermenêutica filosófica e do círculo hermenêutico*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2003.
- VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 2, p. 121-142, jul./set. 1999.
- TEUBNER, Günther. *Direito, sistema e policontexturalidade*. Trad. de Rodrigo Octávio Broglia. Mendes. Piracicaba: Unimep, 2005.

Recebido em março de 2014

Aprovado em maio de 2014