

HERMENÊUTICA JURÍDICA: UM OLHAR LIBERTÁRIO SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

JURIDICS HERMENEUTICS: A LIBERTARIAN VIEW OF LAW INTERPRETATION

Mércia Miranda Vasconcellos¹
Pedro Gonzaga Alves

RESUMO: O presente trabalho propõe uma reflexão crítica sobre a hermenêutica jurídica, notadamente a constitucional. A hermenêutica constitucional possui um firme compromisso com a efetividade da Constituição, permitindo ao Direito cumprir o seu papel transformador da sociedade. É essencialmente transformadora, possuindo um firme compromisso com a efetividade da Constituição. Sob o fundamento da Filosofia da Libertação, a hermenêutica realizadora pauta-se nos valores e princípios constitucionais, baseando-se na vida humana como fonte que ordena a obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade. Nesse sentido, o presente estudo propõe a reflexão hermenêutica sob uma fundamentação ética, uma racionalidade jurídica libertária que busca sempre a realização da vida concreta em comunidade.

Palavras-chave: hermenêutica; realização; vida humana.

ABSTRACT: This paper intends a critical reflexion about juridical hermeneutics, especially constitutional one. The constitutional hermeneutics has a firm commitment to the effectiveness of the Constitution, allowing the Law to fulfill its transforming role in society. It is essentially transformative, having a strong commitment to the effectiveness of the Constitution. Based on the Philosophy of Liberation, the accomplished hermeneutics bases on the values and constitutional principles, caring on human life as source that orders the obligation to produce, reproduce and develop practical life of every individual in the community. Accordingly, this study proposes a hermeneutical reflection on ethical grounds, a libertarian legal rationality that always look for accomplishment of human life in community.

Keywords: hermeneutics; accomplishment; human life.

¹ Doutoranda em Direito das Relações Sociais na UFPR, Procuradora do Estado do Paraná, coordenadora da faculdade de Direito da Faculdade do Norte do Paraná – FANORPI. merciamva@yahoo.com.br
Mestre em Ciência Jurídica pela a Universidade do Norte do Paraná – UENP – Campus Jacarezinho/PR. Professor de Introdução ao Estudo do Direito e de Direito Constitucional da Faculdade do Norte Pioneiro-FANORPI. Advogado do Núcleo Multidisciplinar de Apoio à Família e à Mulher, Programa de Extensão Universitária denominado de “Universidade sem Fronteiras”, mantido pela UENP, anos de 2007-2009.

SUMÁRIO: Considerações iniciais. 1. Interpretação constitucional. 2. Um novo olhar. 3. O dever de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada pessoa em comunidade. 4. Hermenêutica segundo critérios da Ética da Libertação. Considerações finais. Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A aplicação do Direito é precedida, necessariamente, de sua compreensão que se efetiva mediante um processo interpretativo, por sua vez, orientado e condicionado por alguns critérios dogmáticos construídos historicamente. Nesse âmbito, está inserida a hermenêutica jurídica, que baliza os atuantes do Direito na busca da compreensão do conteúdo jurídico e na aplicação deste junto à sociedade, na medida em que disponibiliza aos intérpretes métodos destinados a atingir o objetivo da interpretação.

Enquanto imperava o entendimento da pureza do Direito, desconectado da realidade histórico-social sobre a qual era aplicado, tal procedimento era realizado segundo regras e métodos delimitados e aceitos pela cultura jurídica. No entanto, ventos de mudanças sopraram e trouxeram novos horizontes reflexivos que se alastraram pelos variados campos científicos e do saber e provocaram mudanças substanciais nas situações e anseios concretos da vida que culminaram na construção de um novo Estado e, conseqüentemente, de uma nova ordem jurídica fundada na Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna, produto de anseios sociais plurais, trouxe em seu bojo inúmeras conquistas, novas visões, valores humanos e sociais, bases sobre as quais passaram a se assentar a ordem jurídica. O olhar renovado instaurado pela Constituição Federal de 1988 inaugurou, assim, nova era e provocou, via de consequência, renovação da ordem jurídica nacional, com potencialidade de transformar a realidade social, mais do que meramente repeti-la e mantê-la.

Nesse contexto, o desafio da nova ordem e da nova interpretação e aplicação do Direito implicam rompimento com a visão dogmática e instauração de um novo horizonte constitucional, que se enxerga e se conquista paulatinamente, tendo em vista as forças contrárias, de natureza ideológica no sentido de manutenção do *status quo*. Tanto é que, em mais de vinte anos de existência da Magna Carta, luta-se para se efetivar os princípios normativos e ideologia constitucional.

A complexidade resultante desse novo Estado, com novas bases filosóficas e normativas, trouxe inúmeras possibilidades de interpretação e de aplicação do Direito, provocando uma transformação no campo hermenêutico, cuja resposta já não supria as necessidades da nova realidade social. Uma nova matriz teórica fundada no giro linguístico filosófico denunciou o equívoco da compreensão positivista dominante, pautada na separação entre intérprete, sujeito da interpretação, e objeto da interpretação, texto da norma.

Diante desse quadro, repleto de indagações e perplexidades, o presente estudo tem o fito de refletir sobre a interpretação jurídica, notadamente constitucional, de natureza transformadora, sem, no entanto, ser discricionária ao intérprete, apresentando, de outro lado, um norte interpretativo, baseado no critério-fonte vida humana que ordena a obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade. Nesse sentido, propõe-se a reflexão hermenêutica, sob uma fundamentação ética, com a pretensão de definir a dupla função da interpretação: conservar, quando a vida é afirmada e transformar, quando a vida é negada, sempre sob a ótica de uma racionalidade jurídica libertadora.

1. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Desde o evento da Segunda Guerra Mundial, o Direito vem sofrendo mudanças profundas, relacionadas à emergência de um novo paradigma. Até então, prevalecia uma cultura jurídica essencialmente fundada na lei, iniciada com a Revolução Francesa, que tratava a lei editada pelo parlamento como fonte principal do Direito e suporte da liberdade pregada pelo ideal revolucionário. O rigor da lei objetivava proteger a liberdade dos burgueses contra o *ancien regime*. Não se atribuía força normativa às Constituições, que eram tomadas como programas políticos para os legisladores, e, por isso não podiam ser invocadas junto ao Judiciário na defesa de direitos violados.

A tragédia ocorrida ocasionou o início de uma nova cultura jurídica em oposição à cultura legicêntrica, até então, predominante (Sarmiento, 2010, p. 237). Nascia um novo Direito Constitucional no continente europeu. O medo da barbárie ou de compactuar com atos bárbaros propiciou o fortalecimento da jurisdição constitucional, com instituição de mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais, mesmo em face do legislador.

Esses ventos de mudança sopraram em vários países dos diversos continentes, ensejando um novo processo de democratização e respeito aos direitos humanos. O Brasil

acompanhou a renovação e, aos poucos, vivenciou um processo de democratização que protagonizou mudanças fundamentais para o Estado e sociedade as quais culminaram na promulgação da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 traduz-se na materialização de um novo pacto social entre Estado e sociedade implementado com a observância dos anseios desta última, deixando de lado a representatividade dos ditames do liberalismo. A instituição de um novo modelo de Estado ensejou, via de consequência, um novo modelo de Direito e de sociedade, o que, inexoravelmente, requer olhares renovados para apreender a novidade apresentada.

Dentre os propósitos da Lei fundamental estão a autolimitação do poder e a institucionalização de um governo democrático. O texto constitucional utiliza-se de uma linguagem porosa, indefinida e possui textura aberta, em virtude dos princípios e conceitos jurídicos indeterminados que compõem a maioria das normas constitucionais.

Segundo Daniel Sarmiento (2010, p. 238):

Como boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas – são, em grande parte, princípios e não regras – a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção.

Nessa linha de raciocínio, se um novo modelo de Direito foi inaugurado, mais dinâmico, mais comprometido com a transformação social. Sendo assim, a atuação do Direito não pode continuar aprisionada, engessada por moldes antigos de interpretação que somente ensejarão a recusa da história e da realidade social. “Como se pode olhar o novo, se o novo não pode ser concebido como novo?” (Streck, 2005, p. 316).

Daniel Sarmiento (2010, p. 233) aponta mudanças profundas no Direito brasileiro, sob a égide da Constituição de 1988, com a emergência de um novo paradigma, tanto na teoria jurídica, quanto na prática dos tribunais, envolvendo diversos fenômenos, dentre eles: o reconhecimento da força normativa e valorização dos princípios jurídicos; rejeição ao formalismo e raciocínio jurídico mais aberto, com a utilização da ponderação, teorias da argumentação, dentre outros métodos; irradiação das normas constitucionais para todos os demais ramos do Direito, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais; reaproximação entre Direito e Moral.

A Hermenêutica clássica, pautada no pensamento liberal-individual, de cunho objetivista-reprodutivo, que entende a interpretação como um ato unitário, praticado segundo métodos específicos, muitas vezes, alheios à historicidade e facticidade em que se encontram o texto e o intérprete, não pode mais ser utilizada, *de per se*, para a efetivação desse novo

modelo de Direito. É necessário ao hermenêuta adotar novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado do método da subsunção, tradicionalmente utilizado.

Eventual reprodução da hermenêutica tradicional consiste em uma hermenêutica de bloqueio, pautada na dogmática jurídica, responsável por uma “baixa compreensão” da Constituição e impede, via de consequência, a efetiva interpretação e a realização dos objetivos fundamentais e da ideologia constitucional. Se a hermenêutica tradicional transforma-se em hermenêutica de combate, ao se tratar de interpretar novos conceitos, qual seria a proposta de exegese? Se o processo lógico-dedutivo não mais corresponde às necessidades de interpretação, ante a complexidade de interesses e a pluralidade de idéias, qual seria a metodologia a ser aplicada?

A riqueza nascida da complexidade e pluralismo de valores e ideais ensejou o emprego da técnica da ponderação, tornando frequente a utilização do princípio da proporcionalidade, na esfera judicial, para resolver os conflitos e tensões entre os princípios constitucionais e, segundo Daniel Sarmento (2010, p. 238/239):

A busca de legitimidade para estas decisões, no marco das sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas.

Nesse contexto, o problema enfrentado pelos juristas, intérpretes, enfim atuantes do Direito é a busca racional da “melhor resposta” aos casos difíceis do Direito (Sarmiento, 2010, p. 240), sendo que a melhor resposta pode ser entendida como a melhor fundamentação para a escolha feita nos casos considerados difíceis.

A própria Constituição explicita os seus ideais e aponta o norte interpretativo. Nessa linha de raciocínio, pode-se inferir que os artigos 1.º ao 4.º da Constituição da República Federativa do Brasil contêm os valores fundamentais e conferem unidade contextual a todo o ordenamento jurídico constitucional, havendo de ser interpretada a partir dos valores explícitos ou implícitos dos artigos acima referidos.

É certo que esse norte fundado em valores e ideais apresentado pela Magna Carta não será apreendido pela sociedade e pelos atuantes do Direito de forma linear, sendo necessárias várias experiências e vivências, a fim de que se descubram os caminhos apontados pelo documento magno e se procedam à concretização jurídica necessária à transformação social.

2. UM NOVO OLHAR

No início do século XX ocorreu uma revolução filosófica conhecida como giro linguístico que mudou radicalmente a forma de todo o pensar filosófico. Passou-se a entender que a linguagem constitui o mundo e, portanto, o conhecimento não é dado, mas construído intersubjetivamente. A preocupação filosófica que se encontrava na consciência, desde Descartes, passa para a linguagem e suas específicas funções. Em vez de existir porque pensa, o homem existe porque fala, pois pensamento é linguagem, intersubjetiva. Assim, a ontologia deu lugar a intersubjetividade. O homem que pensa foi substituído pelo homem que interage socialmente. A linguagem norteia a relação do sujeito.

O Direito é linguagem pautada em pressupostos linguísticos e se sustenta na palavra que produz sentido e dialoga na sua aplicação contínua e dinâmica. Sob essa visão, o Direito pode ser situado no universo do sentido, da compreensão e da utilização da razão crítica na atuação no campo jurídico. E como todas as palavras, as palavras da lei são plurívocas ou plurissêmicas, não possuindo um único significado – unívocas -, portanto o processo interpretativo não decorre do processo de busca e descoberta do sentido único ou correto, mas sim o sentido para o caso *“a produção de um sentido originado de um processo de compreensão, em que o sujeito, a partir de uma situação hermenêutica, faz a fusão de horizontes a partir de sua historicidade. Não há interpretação sem relação social.”* (Streck, 2005, p. 19)

Interpretar, pois, não é tirar a essência das coisas, compreendê-las, pois o sentido não está nas coisas, mas é construído pelo intérprete. Não há que se falar, entretanto, em liberdade interpretativa, uma vez que *os sentidos não pertencem ao intérprete*, mas fazem parte de uma estrutura pré-construída e estabelecida no sistema linguístico, com limites sintáticos, semânticos, pragmáticos, dentre outros. Assim, não há espaço livre de atribuição de sentidos. Não se pode “inventar” o direito.

O intérprete, nesse contexto, constrói o sentido do texto jurídico, transformando-o em norma jurídica, sendo que essa construção não é livre, mas deve respeitar os princípios jurídicos e linguísticos a que estão subordinados.

De acordo com o novo paradigma, a significação, a essência, do texto dá-se com a ação do intérprete, observando-se todos os elementos nele contidos, tais como, gramatical, teleológico, histórico, pelo simples fato de que tanto o texto, quanto o intérprete encontram-se envoltos por uma determinada historicidade e facticidade. A hermenêutica, pois, deve ser vista como totalidade inserta em um contexto social, histórico, político e econômico.

A nova hermenêutica apresenta-se como uma atividade interpretativa que tem um firme compromisso com a efetividade da Constituição, traduzindo-se em um paradigma apto a garantir a efetividade dos direitos fundamentais, permitindo ao Direito cumprir seu papel social.

O poder Judiciário deve assumir o papel de um intérprete que evidencia a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente em textos constitucionais e nos princípios selecionados de valor permanente em sua cultura de origem.

Nesse sentido, podemos dizer que a hermenêutica jurídica, como arte da interpretação jurídica, é um processo de construção e *re-construção*. A relação sujeito-objeto na interpretação jurídica, portanto, não é uma relação meramente contemplativa, onde a dogmática jurídica se apresenta como verdade absoluta, quase como *verdade revelada*, mas uma atividade subjetiva, onde o sujeito tem papel ativo, mesmo se considerando que grande parte da interpretação só pode ser realizada a partir de conceitos previamente estabelecidos pela tradição na qual o sujeito está inserido.

Essa nova visão, aliada a um processo de transformação mundial, após a Segunda Guerra Mundial, com a pressão global pelo respeito e efetivação dos direitos humanos, propiciou profundas mudanças no âmbito do Direito que, utilizando-se de uma linguagem porosa, aberta, polissêmica, incorporou valores como fundamentos do sistema, normatizando-os no texto constitucional.

Nessa nova fase vivenciada pela sociedade e pelo Direito, a discussão deixa de ter como foco a análise dos enunciados normativos para centrar-se na compreensão e efetivação dos valores constitucionais. Tal contexto permite afirmar que começa a firmar-se o novo paradigma pautado na valorização dos princípios que, por sua vez, requer métodos e estilos mais flexíveis de hermenêutica, destacando-se, segundo Daniel Sarmiento (2010, p. 252), a ponderação e a abertura da argumentação jurídica à Moral, sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo. Figueroa (2009) aduz a transposição da teoria do sistema jurídico para a teoria da argumentação, uma vez que o foco da atenção foi deslocado para a aplicação do Direito e sua fundamentação.

O Supremo Tribunal Federal, tribunal constitucional brasileiro, vem invocando princípios abertos em seus julgamentos, tais como o da proporcionalidade e razoabilidade, isonomia, dentre outros, buscando a harmonização entre regras e princípios, bem como entre princípios colidentes, de forma a preservar o máximo possível de cada um.

Seguindo esse raciocínio, o compromisso com a efetividade da Constituição exige uma nova postura interpretativa, com novos métodos hermenêuticos, que harmonizem bens jurídicos tutelados, normas contrapostas, buscando a preservação do máximo de cada um deles. Entretanto, esse processo não é discricionário, o intérprete não tem liberdade ilimitada ante a abertura e complexidade das normas constitucionais, é necessária uma argumentação racional e discursiva de justificação e de demonstração de justiça e correção da norma aplicada. Em outras palavras, o intérprete deve assegurar a legitimidade e racionalidade do processo interpretativo.

Ainda nesse raciocínio, não basta o convencimento interno, o sentimento pessoal de justiça, é necessário existir no ordenamento jurídico elementos que embasem a decisão que se pretende sustentar e que estes elementos estejam em consonância com o ideário constitucional.

De toda a reflexão delineada, infere-se que: 1. A Constituição Federal de 1988 deve ser considerada pelo intérprete como uma totalidade, considerando a sua unicidade no momento da interpretação; 2. Os mandamentos constitucionais são normativos e, portanto, dirigentes e vinculantes; 3. Se a Magna Carta é totalidade normativa, mister extrair-se a maior efetividade possível de seus comandos; 4. O intérprete deve fundamentar a sua interpretação, mediante argumentação que demonstre a existência, no ordenamento jurídico, de elementos capazes de embasar sua interpretação, além de demonstrar que esses elementos estão em conformidade com os objetivos e princípios fundamentais que traduzem a ideologia constitucional.

3. O DEVER DE PRODUZIR, REPRODUZIR E DESENVOLVER A VIDA HUMANA CONCRETA DE CADA PESSOA EM COMUNIDADE

Diante da complexidade da realidade contemporânea e da necessidade de novas reflexões para se chegar a novos caminhos, a intenção do presente trabalho é a de problematizar sobre a hermenêutica, a partir de uma nova ordem de valores éticos. Assim, pensar-se-á a interpretação da Constituição Federal na busca da transformação jurídica, sob a ótica da Filosofia da Libertação com o conseqüente respeito ao princípio crítico da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade.

O pensamento acima referido somente é possível, na esfera da teoria jurídica que ultrapassa a discussão modernidade *versus* pós-modernidade. Dessa forma, as premissas

teóricas que fundamentam o presente estudo não são nem modernas, nem pós-modernas. As premissas teóricas que sustentam este trabalho são transmodernas propostas pela Filosofia da Libertação de Enrique Dussel que parte da alteridade negada e tem a razão de ser na crença do comprometimento com a vida humana como modo de realidade, como condição epistemológica determinante para a busca de uma nova realidade.

Sob essa fundamentação, a opção hermenêutica será sempre no sentido de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta do sujeito em comunidade, havendo a argumentação de seguir o mesmo norte.

A vida humana como critério-fonte não é tomada no aspecto abstrato como uma ideia ou conceito, como um direito, mas como fonte de todos os direitos (Ludwig, 2005, p.7). Em assim sendo, a vida humana, real e concreta, passa a ser a condição de possibilidade de todos os direitos, atos, normas, sistemas, instituições e processos hermenêuticos. A vida concreta do ser humano é expressada, em sua realidade, desde a realidade corpórea, cerebral, até as funções superiores da mente, subjetividade consciente, autoconsciente, inconsciente.

Assim, no âmbito do Direito, a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade deve ser tomada como conteúdo, havendo o sistema de produzi-la, reproduzi-la e desenvolvê-la e aquele que em sua manutenção, impede a produção, reprodução ou desenvolvimento da vida deve ser transformado. Nesse viés, a interpretação e aplicação do Direito devem observar os três momentos e, segundo Celso Ludwig (2008 p. 10/11) a negação do momento do desenvolvimento da vida, diante da realidade de exclusão e negações diversas importa carências de vida em alguma ou algumas dimensões da existência, o que gera um *direito subjetivo legítimo*, com exigência de efetividade a ser tutelado pelo ordenamento jurídico que se pretende transformador.

4. A HERMENÊUTICA SEGUNDO OS CRITÉRIOS DA ÉTICA DA LIBERTAÇÃO

Segundo Celso Ludwig (2005, p. 11/12), a Ética da Libertação ocupa-se com as condições universais da constituição do ato, da norma, da micro e macro estrutura social, instituição, ou seja, da constituição de toda ação concreta e contingente, considerada na perspectiva da pretensão de bondade que, por conseguinte é verificada se cumpridos três princípios: momento material ou da verdade prática, momento formal da validade consensual e momento factível da razão instrumental, na condição de mediações necessárias para a efetivação do ato que busca a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana,

salientando que os efeitos negativos, ainda que não intencionais, da prática do ato também devem ser levados em conta, tendo em vista a falibilidade humana.

Como a intenção do presente trabalho é apresentar um possível norte para o atuar do hermeneuta, ante a complexidade da realidade vivida e à abstração das normas constitucionais, abordar-se-ão os critérios sob os quais se pretendem fundamentar a atuação hermenêutica:

O momento material diz respeito à verdade e tem como meta a afirmação da vida:

Nada há de mais digno do que a vida humana. Entendida como realidade e não como um conceito abstrato, a vida humana é constituída por inúmeros aspectos materiais como a felicidade, as virtudes, os valores, elementos que devem coexistir e não esgotam o âmbito de sua essência ou de seu conteúdo complexo. Para a Ética da Libertação, a materialidade da vida é seu conteúdo. A vida humana impõe limites materiais e normativos, possui exigências próprias e fixa também conteúdos, tendo em vista a necessidade de alimentos, casa, segurança, liberdade, valores, identidade cultural, plenitude espiritual, dentre outros. (VASCONCELLOS, 2010, p. 135)

A realização do momento material é a realização do conteúdo da vida humana em todas as suas dimensões, o que impõe um dever ético de viver, não se entendendo vida como mera sobrevivência, mas vida em sua materialidade e essência. Assim, todo ato ético deve buscar a realização do conteúdo material da vida.

O aspecto material universal de verdade prática busca afirmar a realidade material, recuperar o sentido humano perdido pelo dualismo. Aquele que atua humanamente, necessariamente possui como essência de seu ato alguma mediação para a produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito humano em comunidade.

O critério material, por si só, é insuficiente para a realização do ato ético, uma vez que um conteúdo precisa ser realizado e essa realização efetivada mediante algum procedimento ou forma para dar validade à essência do ato. Assim, as decisões de conteúdo – verdadeiras – necessitam de uma forma que as valide intersubjetiva e democraticamente.

A preocupação passa a ser a aplicação do princípio material, do conteúdo de verdade que não pode ser realizado de forma individual, autoritária, havendo de ser aplicado mediante um procedimento ético que tenha validade comunitária. A norma básica da moral formal deve fundamentar e aplicar concretamente as normas, juízos éticos, decisões, enunciados normativos com conteúdo de verdade.

Para a Ética da Libertação, não há validade sem pretensão de verdade, por determinação material ou de conteúdo. Da mesma forma, não haverá verdade em sentido pleno, sem pretensão de validade intersubjetiva acerca dos enunciados verdadeiros,

fundamentados na vida, condição absoluta e conteúdo constituinte da realidade humana. Isso implica na necessidade de coexistência e interrelação dos dois momentos:

Nessa condição, articulação dialética entre os dois momentos mostra que a pretensão de verdade é já sempre intersubjetiva, e toda pretensão de validade intersubjetiva tem como referência um conteúdo. A dialeticidade intensa, entre os dois momentos, indica que não há validade séria sem pretensão de verdade (material) e não há verdade sem pretensão de validade (formal intersubjetiva). (LUDWIG, 2005, p. 12)

Assume-se, no momento formal, o princípio formal da consensualidade, adotando-o, no entanto, como procedimento moral para aplicar os conteúdos do momento material. Assim, o critério de validade deverá ser vinculado ao de verdade, ou seja, o cumprimento das exigências materiais deve ser acompanhado pelo cumprimento das regras do consenso intersubjetivo.

Há, portanto, a necessidade de uma norma básica da moral formal a ser cumprida para que as decisões éticas ganhem validade universal. O critério formal de validade intersubjetiva busca articular a verdade prática do conteúdo – momento material – com a validade intersubjetiva, moral formal e procedimentos. O objetivo da moral formal é garantir a validade intersubjetiva pelo acordo de todos os participantes sobre o que se deve fazer, obtendo, dessarte, validade com pretensão de universalidade. O critério de validade é a intersubjetividade simétrica. Tal critério é exercido pela razão comunicativa – princípio da racionalidade discursiva prática – intersubjetiva – antecedida pelo momento material. (VASCONCELLOS, 2010, p. 137/138)

O fato de um consenso ser racional não implica, necessariamente, verdade desse consenso, uma vez que a verdade não decorre do consenso. Diante disso, faz-se imperiosa a articulação da teoria da verdade à da validade. O consenso deve, pois, ser válido, mas com conteúdo de verdade. A pretensão de verdade e validade são, pois, interdependentes. A primeira deve ser intersubjetiva e a segunda, conter como pressuposto argumentos verdadeiros.

Não obstante, a realização dos momentos material e formal ainda não completa o ato ético. A bondade do ato, em acréscimo a verdade e a validade, necessita da factibilidade. É exatamente para complementar a afirmação do ato ético é que entra o momento da factibilidade, relativo à possibilidade ou impossibilidade do “objeto prático”. Exemplificando, um ato verdadeiro e válido pode ser inviável ou impossível, logicamente ou tecnicamente, ou, ainda, economicamente. Assim, o critério da factibilidade exige que sejam levados em conta as condições de possibilidade materiais, formais, empíricas, técnicas, dentre outras, para a efetivação do ato. Assim, o verdadeiro e válido deve ser também factível.

A factibilidade perfaz-se pela escolha de mediações adequadas e eficazes para determinados fins, a fim de possibilitar a realização do ato com pretensão de bondade. O

princípio da factibilidade ética determina o âmbito do poder-fazer, tomando-se por base as exigências da vida e da validade intersubjetiva da moral.

Nesse raciocínio, a pretensão de bondade do ato exige que o ato ético seja verdadeiro, válido e possível. O conteúdo de vida sobre o qual se fez um acordo validado formalmente deve ser realizado, a partir de exigências éticas. Então, bom será o ato que realiza tanto o componente material da verdade prática, reproduzindo e desenvolvendo a vida humana da pessoa em comunidade, com pretensão de retidão, quanto o componente formal da validade intersubjetiva, cumprindo o argumentativamente acordado em simetria comunitária com pretensão de validade e o componente da factibilidade, considerando as condições empírica, tecnológica, econômica, dentre outras, *a priori* demarcadas dentro das exigências éticas com convicção e pretensão de sinceridade e de retidão, simultaneamente analisando as conseqüências *a posteriori* com pretensão de responsabilidade. (VASCONCELLOS, p2010, p.140/141)

Na ordem das ideias até aqui apresentadas, tem-se que o processo de interpretação e aplicação do Direito deve respeitar os três momentos éticos, a fim de possibilitar a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana em comunidade. Diante disso, a ponderação de princípios constitucionais, a compreensão das normas com alto grau de abstração, enfim, o atuar do intérprete deve levar em conta a materialidade, o conteúdo de verdade do bem da vida pretendido. Da mesma forma, buscar uma validação intersubjetiva, obtida mediante um processo argumentativo, levando em conta as condições empíricas, tecnológicas, econômicas, sociais, dentre outras.

Diante da imperfeição humana e da incomensurabilidade da realidade, que não se resume ao existente, ainda que o ato tenha pretensão de bondade, o ato produz efeitos negativos, ainda que de forma não intencional, e vítimas surgem. Tal fato requer a constante crítica ética ao ato produzido, ao sistema construído, desde as vítimas produzidas, mesmo sem intenção. Por melhor que seja o sistema, haverá a produção de vítimas, pois estas são inevitáveis, uma vez que não existe sistema empiricamente perfeito. Por isso, a crítica é necessária, a fim de se buscar transformações necessárias para a realização da vida em suas inúmeras dimensões.

A crítica é, assim, um momento de luta pela vida, uma obrigação imposta pelo reconhecimento da vítima e pela aceitação da responsabilidade pela negação da vida causada por um sistema do qual todos somos partes funcionais. A crítica funciona como uma negativa ética de uma negação empírica e se constitui no primeiro passo da transformação-libertação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se a crítica é necessária para a busca de alternativas de vida, para a transformação do sistema que produz negatividade, ela é o primeiro passo na busca de novos caminhos de realização da vida humana. É sob essa vertente que o presente estudo intencionou a apresentação de um novo olhar sobre a aplicação do Direito.

Não restam dúvidas de que o mundo jurídico vive um momento de transformação, havendo, no caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 inaugurado novos rumos a serem seguidos pela sociedade. Os conteúdos materiais de vida existentes na Magna Carta, produzidos sob um novo olhar e efetivados em uma realidade complexa não podem ser compreendidos e aplicados segundo padrões duais, sectários, que não mais respondem às exigências da realidade social.

Quem projeta realizar ou transformar uma norma, ato, instituição não pode deixar de considerar as condições de possibilidade de sua realização objetiva, material, formal, empírica, técnica, econômica, políticas, de maneira que o ato seja possível. É preciso encontrar alternativas positivas a partir da negatividade, a partir da não-factibilidade do sistema, da aparente eficácia. A libertação não consiste em quebrar cadeias, mas desenvolver possibilidades positivas da vida humana ao exigir que as instituições, o sistema, abram novos horizontes que transcendem à mera reprodução como repetição do “mesmo”.

Sob esse prisma, a crítica à hermenêutica que não observa o critério material de vida ou a validade intersubjetiva da forma e a sua possibilidade e efeitos no mundo é necessária. Não se trata somente de utilizar-se de métodos hermenêuticos para a compreensão e aplicação do Direito. Trata-se de, realizar a hermenêutica de forma a maximizar a realização e o desenvolvimento da vida humana em sociedade.

Não se pode concordar com o viés somente argumentativo defendido por parte da doutrina. É certo que a argumentação é fundamental na construção do sentido da norma, mas a interpretação não se restringe ao patamar da argumentação. Não se o olhar sobre a realidade se realizar através de novas lentes paradigmáticas. A universalização não deverá ser testada somente no campo da validade do ato, ou na razão comunicativa, mas deverá obedecer aos dois outros momentos apresentados e, ainda, renovar-se criticamente, pois, certamente, haverá a produção de vítimas.

A interpretação deve ter pressuposto ético, ou seja, deve ser fundamentada por uma ética que, no presente trabalho, é a Ética da Libertação, a Ética da Vida humana em

comunidade. A atuação hermenêutica deve fundar-se, pois, nos critérios éticos da verdade, validade e possibilidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARTHES, Roland. Aula. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos editora, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria geral da constituição*. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e exclusão*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. 3. ed. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. *Filosofia da libertação na América Latina*. São Paulo: Edições Loyola e Piracicaba: Editora Unimep, s.d.

_____. *Para uma ética da libertação latino-americana IV: política*. São Paulo: Loyola e Piracicaba: Unimep, s.d.

_____. *1492 O encobrimento do outro: a origem do “mito da Modernidade”*. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. *Oito ensaios sobre a cultura latino-americana e libertação*. São Paulo: Paulinas, 1997.

_____. *Filosofia de la liberación*. 4. ed. Bogotá: Nueva América, 1996.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Criaturas de la moralidad: uma aproximación neoconstitucional al derecho através de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS editora, 2006.

LUDWIG, Celso. *A transformação jurídica na ótica da Filosofia da Libertação: a legitimidade dos novos direitos*. In: Revista de Filosofia. Volume 05. Curitiba: Gráfica popular, 2006. P.-20.

_____. *Da Ética à Filosofia Política crítica na Transmodernidade: reflexões desde a Filosofia de Enrique Dussel*. In: MARCELO FONSECA, Ricardo (org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

_____. *Verdade e Consenso: construção, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VASCONCELLOS, Mércia Miranda. *Proteção Internacional dos direitos humanos na realidade latino-americana: reflexão filosófica sob a perspectiva da ética da libertação*. Curitiba: Juruá, 2010.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.