

A ordem jurídica como problema de vida e os limites à discricionariedade judicial: pontos fundamentais da hermenêutica da dignidade

The legal system as a problem of life and the limits to judicial discretion: Key aspects of the hermeneutics of dignity

Carlos Alberto Simões de Tomaz¹

Universidade de Itaúna, Brasil
ca.tomaz@uol.com.br

Carla Ribeiro Volpini Silva¹

Universidade de Itaúna, Brasil
carlavolpini@hotmail.com

Resumo

Este artigo analisa a relação entre ordem jurídica e hermenêutica para conceber a ordem jurídica não apenas sob um viés ôntico, mas, para além disso, considerá-la a partir de conexões de sentidos desvelados sob o influxo da consciência histórico-efectual a ponto de ensejar, no momento da *applicatio*, decisões jurídicas contextualizadas, porque erigidas a partir da faticidade, cotidianidade, temporalidade e espacialidade, o que impõe limites à discricionariedade judicial afastando arbitrariedades e decisionismos. O artigo aposta, enfim, sob o influxo dessas ideias, na construção de uma hermenêutica voltada para a satisfação da dignidade do homem.

Palavras-chave: hermenêutica, discricionariedade judicial, direitos humanos.

Abstract

The present article analyses the relation between the juridical order and hermeneutics with the intent to conceive juridical order not only under an ontological perspective, but, beyond it, to consider it from connections of unveiled meaning under the influence of historical-effectual consciousness providing, in the moment of *applicatio*, contextualized legal decisions, because established from the facticity, everydayness, temporality and spatiality, that imposes limits to judicial discretionary, avoiding arbi-

¹ Universidade de Itaúna. Rodovia MG 431, Km 45 (Trevo Itaúna/Pará de Minas), Caixa Postal 100, 35680-142, Itaúna, MG, Brasil.

trariness and decisionism. Based on these ideas, the article believes on the construction of hermeneutics focused on the dignity of human being.

Keywords: hermeneutics, judicial discretion, human rights.

Introdução

Um dos grandes desafios da Teoria do Direito contemporânea reside na conciliação do binômio *ordem – hermenêutica*. Com efeito, esse binômio, numa primeira análise, aparentemente encerra um paradoxo na exata medida em que a ordem jurídica busca garantir sua eficiência por meio de uma metodologia jurídica que imprima segurança e certeza escudada, ainda, em um viés positivista de cariz ôntico, que reduz o papel da interpretação a patamar de menor significância. Por outro lado, contemporaneamente, é a hermenêutica, sobretudo a de matiz filosófico, que tem sido sobrelevada, mormente quando tem garantido uma abertura do sistema em busca de respostas corretamente justificadas. É exatamente nesse ponto que o paradoxo se agudiza porque, ao propiciar o desvelamento de um horizonte de sentido (*abertura* do texto), a hermenêutica filosófica enseja, ao mesmo tempo, um *fechamento* quando, sustentando a ausência de discricionariedade do intérprete em face da norma, interdita sentidos alçados em prejuízos falsos e inautênticos a partir da consideração da consciência histórico-efectual, que nos impele a considerar a temporalidade, a cotidianidade, a faticidade, numa palavra, a contextualidade, no momento da *applicatio*.

A partir daí, assume o centro da discussão a atuação da magistratura, sobretudo nos sistemas jurídicos periféricos onde as promessas de modernidade não foram implantadas e as constituições se apresentam compromissárias, dirigentes da atividade estatal para o caminho da satisfação dos direitos fundamentais, não apenas os individuais, mas também e notadamente os coletivos, e das políticas públicas correlatas.

Nesse cenário, as investigações se voltam, naturalmente, para o binômio *ordem – hermenêutica*, e a primeira grande discussão, não poderia deixar de ser, é propor equacionamentos para o tormentoso problema da discricionariedade judicial.

Por esse caminho, a proposta deste artigo passa pela consideração de que a ordem jurídica é um problema de vida – como qualquer ordem – e que deve ser enfrentada a partir de conexões de sentido alçadas

a partir da consciência histórico-efectual. Nesse ponto, o artigo evidencia o pensamento de Nelson Saldanha para, a partir daí, enfrentar o desvelamento da verdade no momento da *applicatio* fazendo conexões com o pensamento de Dworkin e Streck para, ao final, sustentar decisões contextualmente justificadas em defesa da hermenêutica da dignidade.

A ordem jurídica como problema de vida a partir de conexão de sentidos no pensamento de Nelson Saldanha

Recordando Ortega quando afirmava que não existe uma realidade “enquanto tal”, nem um “ser enquanto ser”, e que o ser emerge como uma resposta ao homem que pergunta por ele, Saldanha registra com bastante precisão que “a ordem se torna inteligível a partir do modo como os homens a veem, quer se trate da ordem ‘natural’, quer das formas de ordem social” (Saldanha, 2003²). Por isso, o jusfilósofo pernambucano conclama para “a responsabilidade dos pensadores e estudiosos que analisam as estruturas da história, as do poder, as do direito” (Saldanha, 2003, p. 103).

E Saldanha prossegue em sua reflexão registrando, com enorme convicção, que “como o ser ‘é ser’ em função do pensar que o afirma, assim ocorre com a ordem: só que a ordem é um problema da vida, não apenas um objeto do pensar” (Saldanha, 2003, p. 103). A ordem jurídica, como um plano ou faixa da ordem social, “se conxiona com a história das formas assumidas pela organização exterior da convivência humana” (Saldanha, 2003, p. 241), daí por que não pode ser reduzida à prescrição de comandos, ou seja, apenas ao texto legal, mas deve ser compreendida na iteratividade desse com as estruturas de vida onde o homem desenvolve os mais variados papéis.

A lição de Saldanha volta-se para mostrar que, se em um primeiro nível a ordem, enquanto texto que diz algo, encontra-se carregada de significados e o seu cumprimento [ou violação] confirma suas significações, por outro lado, divisar tais significações comporta uma atitude compreensível do que se mostra inteligível no

² Em nota do autor à segunda edição, página não numerada.

plano concreto, e, por isso, o sistema jurídico constitui uma ordem, tal qual o sistema político e econômico, na medida em que é compreensível e interpretável em direção ao concreto, isto é, a uma aplicação, que nem sempre coincide com os seus significados.

Nesse contexto, sobressai a importância da questão hermenêutica. Deveras, algumas formas propostas para o exame do direito podem conduzir a experiência jurídica por um caminho que, não obstante se avulte racionalmente claro, preciso, não possui o condão, todavia, de conduzir a uma resposta satisfatória e apta a traduzir dentro da realidade social um arranjo de expectativas e resultados que se repute válido na ordem jurídica.

A preocupação ora esboçada tem conduzido, de um lado, a uma consideração empírico-analítica do direito – à qual têm se alinhado autores anglo-americanos – e, de outro lado, a uma consideração de matiz nitidamente hermenêutico-filosófico, ambas, é bem verdade, alavancadas a partir de uma guinada na teoria do direito de caráter interpretativo e que se torna plausível, sobretudo, “quando se remete a um dado extra-epistemológico: a teoria jurídica contemporânea seria considerada, em seu conjunto, como ‘interpretativa’ por se ter tornado acentuadamente sensível à importância central da interpretação e de sua pluralidade e a tendência pronunciada a aproximar a interpretação (ou noções afins, como a argumentação) do centro da concepção, pressuposta ou conscientemente articulada, do direito” (Just, 2009, p. 8).

É nessa ordem de ideias que pretendemos colocar nossas reflexões sobre a experiência jurídica tendo em mira o processo judicial decisório com realce ao momento da *applicatio*. Nossa análise, todavia, conquanto estime o momento da aplicação, está consciente de que o momento hermenêutico nela não se exaure, pois – e o aporte é ainda do mestre pernambucano – “não se entenderá nenhuma ordem sem a inteligibilidade que a hermenêutica lhe confere [como também] não se concebe uma hermenêutica que não se tenha elaborado em função de uma ordem” (Saldanha, 1998, p. 199).

Isso revela a necessidade de não se hipotrofiar o texto. Com efeito, o texto como ordem jurídica foi estigmatizado e desacreditado pela pós-modernidade cultural e filosófica em razão da desconfiança de tudo que estivesse muito próximo das ideias de unidade, sistema e hierarquia (Just, 2009, p. 11), e daí a concepção de Saldanha que divisa o direito como “um composto de ordem e hermenêutica” (Saldanha, 2003, p. 60), obviamente imprimindo à ideia de ordem uma compreensão mais aberta não no sentido de trazer elementos externos como concebe a teoria sistêmica, pois o momento interpretativo “não corresponde a algo que intervém,

vindo de fora, ao direito considerado uma realidade plenamente constituída como forma de organização, mas que é, ao contrário, um elemento constitutivo do direito”, registra seu discípulo Just (2009, p. 10), mas a partir de uma compreensão sob o fio condutor da historicidade que habilita conexões de sentido sob o influxo do pensamento gadameriano. E, por isso, anota Just com bastante precisão:

As estruturas daquilo que se chama de “ordem jurídica”, por serem estruturas simbólicas, só existem porque são pensadas de uma determinada maneira, isto é, na medida em que têm um sentido, um sentido que lhes é dado por um pensamento que a elas se dirige, e esse pensamento é a hermenêutica: por isso a ordem é indissociável daquilo que lhe confere inteligibilidade e o direito é concebido como “um composto de ordem e hermenêutica” (Just, 2009, p. 10).

Efetivamente, a consideração de determinada ordem pressupõe que se levem em conta as conexões de sentido que se projetam no plano histórico. Adotar como objeto de trabalho uma ordem qualquer, como no nosso caso a jurídica, implica considerar toda uma gama de significados a ela inerentes ao escopo de prevenir “o espírito contra os reducionismos e o habilitando à exploração das conexões de sentido” (Just, 2009, p. 12).

Decorre, desde aí, a reflexibilidade entre ordem e hermenêutica, tal qual divisada por Saldanha (2003, p. 271), na exata medida em que, na tarefa de dar sentido aos elementos que compõem a ordem, encontrar-se-á o conjunto de significações que a mantém viva, ou, noutras palavras, desvelar o sentido que se encontra na representação da ordem (o texto) coloca a existência da ordem pressupondo a hermenêutica, como, de igual modo, a hermenêutica pressupõe a existência de uma ordem a partir da qual se poderão considerar válidos certos significados. Esse paradoxo é apenas aparente e foi habilmente trabalhado pelas mãos de Streck, como veremos adiante, sob a consideração ontológica da compreensão, interpretação e aplicação.

(Des)velamento da verdade e os limites à discricionariedade judicial

Para Dworkin (1999, p. 272), a verdade de uma proposição jurídica é testificada quando ela deriva dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, oferecendo a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade (o critério da integridade). É dentro desse critério que o juiz atuará como garantidor de direitos, fazendo com que o indivíduo tenha

reconhecido um direito, ainda que a aplicação da lei seja controvertida, ou seja, o direito não se apresente claro ou mesmo não exista norma (texto) alguma sobre a questão, hipótese em que recorrerá aos princípios, mas ele (o juiz) sempre tem o dever de decidir da melhor forma possível, encontrando a resposta certa para o caso, não havendo aí qualquer espaço para criação de direito ou discricionariedade judicial, pois o juiz, mesmo na indeterminação ou vagueza, não cria direito novo, e sim faz emergir, ou seja, desvela um direito preexistente que apenas se encontra velado, oculto, latente, esperando esse desvelamento.

A existência de uma comunidade fundada em princípios exige que o juiz se pautе pelos trilhos da integridade moral, a fim de desvelar o *verdadeiro* direito das partes, que assim seriam tratadas com justiça, na exata medida em que a correção da proposição judicial decorreria dos juízos morais e políticos e não das convicções pessoais do juiz. Para que isso aconteça, na construção de Dworkin os princípios devem ser tratados com mais relevância do que as regras, e, na tessitura argumentativa, os *argumentos de princípios*, portanto, prevalecem sobre os *argumentos de política* em defesa dos direitos civis, decorrendo, desde aí, a relevância dos casos difíceis na teorização de Dworkin.

Mas no direito não se pode cogitar em uma (única) resposta certa como apta a imprimir a correção de uma proposição jurídica. Temos defendido que essa resposta, como exigência do princípio democrático, que afasta pretensões uníssonas de consenso, tendo como característica basilar a heterogeneidade, deve ser contextualizada, portanto, sob o respeito de uma espacialidade onde as possíveis condições de possibilidade não podem ser olvidadas, de tal sorte que não se pode falar, igualmente, de busca pela melhor resposta, porque compreender, longe de significar *compreender melhor* no sentido de saber mais, estar mais consciente, é sempre *compreender de um modo diferente*, a partir de uma antecipação de sentido que não constitui ato de subjetividade, mas que limita por uma tradição que nos une a uma comunidade. Essa tradição não é meramente um pressuposto sob o qual nos encontramos mergulhados. Ao compreender, nós participamos do seu acontecer (círculo hermenêutico), decorrendo, desde aí, o caráter histórico e finito da compreensão, que se projeta a partir da consciência da situação hermenêutica, o que deve significar, para nós, juristas, que a interpretação é sensível ao sentido cambiante da prática social. Isso, segundo Arango (1999, p. 94), excluiria toda pretensão conclusiva de uma única resposta aos problemas jurídicos.

Significa dizer que os fatos são extremamente relevantes no processo jurídico decisório. São eles, a par da contextualidade em que estão mergulhados, que vão imprimir sentido ao texto. Dessa afirmação já resulta, de plano, como a tese da *verdade contextual* que ora sustentaremos deve encontrar relutância nas práticas forenses brasileiras onde o processo de fungibilidade expurga os fatos objetificando as decisões e engendrando a jurisprudencialização do direito sob o influxo de uma repetição de caso (supostamente) idêntico. Há, com efeito, uma dessacralização do contextual, das especificações ou das circunstâncias e peculiaridade de fato que individualizam o caso concreto, que torna para Ovídio Baptista – e com razão – o direito a ciência do individual, não de regras, não de pluralidade de casos (Baptista da Silva, 2009, p. 17, 18-23).

A fungibilidade dos litígios em decorrência da objetificação das decisões judiciais imprime uma sensação (falsa) de segurança ao fito igualmente falso de se reduzir a subjetividade do juiz. A análise, o exame e a devida articulação da situação hermenêutica restam encobertos ou, dito de outro modo, processam-se no plano da articulação deixando de ser explicitados quando a decisão se apresenta desprovida de nível argumentativo ou ele é simplesmente reduzido à referência a um precedente ou a um dado teórico sem qualquer contextualização.

Ainda que se admita uma parcela de subjetividade de mínima, ou, como se queira, uma valoração decorrente da circunstância de que o julgador é também integrante da comunidade e, como todo indivíduo, possui uma subjetividade, sujeitando-se igualmente aos valores comunitários, ela não deve significar, todavia, arbitrariedade. Nesse sentido, argumenta Baptista da Silva (2009, p. 30, grifos no original):

Com efeito, é a utilização do método de **subsunção** que permite que nossos magistrados – utilizando-se da lei como “premissa maior” do silogismo judicial – abandonem o “fato e suas circunstâncias” (art. 131 CPC) para, com o que dele resta, identificá-lo com os demais “fatos” igualmente despidos de suas **individualidades**, jogando-os na norma, como **exemplares** de uma seriação de casos, pretensamente idênticos, mesmo que circunstancialmente entre si diversos. É a técnica da **normatização** dos fatos. É a origem da **arbitrariedade** a que estamos submetidos.

E o peso para aferir essa parcela de arbitrariedade encontra-se no dever de fundamentar, de onde uma decisão que apenas se reporta a precedentes, sem a devida contextualização, não satisfaz a exigência democrática de fundamentação que se apresenta como

condição para a possibilidade de respostas corretamente justificadas.

A valoração também não vai significar discricionariedade. O apelo à discricionariedade judicial que foi sobremodo postulado pelo positivismo jurídico tem conseguido, contemporaneamente, defensores que se perfilam no sentido de que “seria impossível lidar com a intrínseca *indeterminação* dos princípios em reconhecer que os juízes devem contar com uma parcela, maior ou menor, segundo o caso concreto, de *discricionariedade*” (Baptista da Silva, 2009, p. 39, destaques no original). Esse modo de enxergar a questão busca reforço no momento da ponderação principiológica, quando se sustenta que não há como decidir sobre que princípio deva ser aplicado sem que se projete uma dose de discricionariedade judicial na experiência jurídica em direção e em defesa da razoabilidade, a fim de se proceder à escolha axiológica tal qual propugnado pelas teorias da argumentação, sobretudo sob o viés proposto por Alexy. A pergunta, nessa contextura, é assim expressada por Ovídio Baptista: Como lidar com o *princípio da proporcionalidade* se negarmos ao magistrado o poder *discricionário*? (Baptista da Silva, 2009, p. 38).

O contraponto mostra que esse pensamento conduz a um retorno à tese positivista, o que foi percebido com agudeza por Streck quando, assentando que é nos princípios que se institucionalizou a moral, compreendida como o “ideal de vida boa” da sociedade (demandando, por isso, um Estado que deixa de ser “inimigo”, para ser “amigo dos direitos fundamentais”), registra que “falar de princípios significa: o direito passa a cuidar do mundo prático; a faticidade penetra no território jurídico antes inacessível face às barreiras opostas pelo positivismo. [...] E a moral deixa de ser autônoma-corretiva, para se tornar co-originária ao (e com o) direito”. Ela se institucionaliza, assim, por meio da faticidade, “mas sem servir de instrumento para legitimar a busca de valores escondidos debaixo dos textos jurídicos” ou, dizendo de outra maneira, essa institucionalização ocorre não sob o obséquio de um elemento formal, traduzível por regras de argumentação, por exemplo, como se fosse um caminho para algo, antes ela acontece na dimensão pré-compreensiva do mundo prático, que “ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais, que fazem parte de nossa experiência (faticidade, modo-de-ser-no-mundo) e são, portanto, elementos a que temos acesso mediante o esforço fenomenológico da explicitação” (Streck, 2009a, p. 172-173, *passim*).

Não se pode, efetivamente, desprezar a relevância da contextualização, o que exige a devida atenção às

questões fáticas, prática, aliás, olvidada no exercício da jurisdição brasileira, onde as decisões se apresentam, de regra, objetificadas sob o viés da jurisprudencialização. E, por isso, Streck não receia em proclamar que, “eliminada/abstraída a situação concreta, tem-se o terreno fértil para o exercício daquilo que é o cerne do positivismo: a discricionariedade interpretativa e a consequente multiplicidade de respostas” (Streck, 2009a, p. 177).

Se a ponderação implica a escolha subjetiva do princípio, como evidencia Ovídio Baptista, é inegável que continua presente o problema da delegação em favor do sujeito (o juiz) na relação sujeito-objeto, veio da discricionariedade projetada pelo positivismo, já que cabe ao intérprete dizer qual o princípio a ser adotado da mesma maneira que é tarefa do juiz decidir na indeterminação. E isso é incompatível, alerta Streck, “com a circularidade hermenêutica, uma vez que o círculo atravessa o esquema sujeito-objeto (é através dele que se dá a antecipação de sentido, impedindo qualquer interpretação em etapas)” (Streck, 2009a, p. 179). E Streck chama a atenção para que aí reside a diferença basilar entre a hermenêutica e a teoria da argumentação e arremata afirmando que,

Enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica [...] **parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete.** Claro que, para tanto, a hermenêutica salta na frente para dizer que, primeiro, são incindíveis os atos de interpretação e aplicação (com o que se supera o método) e, segundo, não há diferença estrutural entre *hard cases* e *easy cases* (Streck, 2009a, p. 181, grifos no original).

A blindagem à discricionariedade judicial decorre, nessa conformidade, da pré-compreensão, que enseja a antecipação de sentido ao nos vincular contextualmente, por meio da consciência histórico-efectual, à situação hermenêutica antes mesmo de se projetar na representação dos enunciados que formulamos no plano da explicitação. Assume relevância, naquele momento, o papel que os prejuízos ocupam no processo de compreensão assim colocado por Arango a partir de Gadamer:

La condición hermenéutica suprema exige poner en suspenso los propios prejuicios. La suspensión de

todo juízo y, *a fortiori*, la de todo prejuízo, tiene la estructura lógica de la pregunta. Esta abre las posibilidades. El prejuízo cuestionado por lo que dice otro o un texto, no queda desplazado, sino que entra realmente en juego. Sólo en la medida que se ejerce, puede tener noticia de la pretensión de verdad del otro, y ofrecerle la posibilidad de que éste se ejercite a su vez. La ingenuidad del historicismo radica en sustraerse a una reflexión de este tipo y confiar en un método de acceso a la intención original del autor. Una hermenéutica adecuada debe mostrar en la comprensión la realidad de la historia. Gadamer llama al contenido de este requisito, “historia efectual”. Entender es un proceso de historia efectual (Arango, 1999, p. 95-96).

É preciso, todavia, separar os prejuízos autênticos dos prejuízos inautênticos, que podem mascarar a tradição e, velando a compreensão, não permitir o acontecer de uma correta dimensão predicativa do texto, ou seja, seu conteúdo veritativo, como aponta Streck (2008, p. 114). O exame antecipatório dos elementos do enunciado não se processa nem numa consciência transcendental (e por isso que Heidegger, antes de contradizer seu mestre Husserl, projeta-se para além dele), nem na representação da tradição dos objetos, revela-se, insistimos, a partir de uma pré-compreensão que nos faz compreender enquanto ser, desde sempre lançados num mundo contextual e, a partir daí, compreender o ser sem o qual não temos acesso aos entes. É por isso que Stein (2009, p. xxii), sobrelevando a dimensão hermenêutica da pré-compreensão, aponta para a existência de uma dupla estrutura na linguagem que se apresenta, quando lidamos com qualquer texto jurídico, em primeiro lugar na nossa pré-compreensão e, só depois, aparece na consciência e na representação dos enunciados. E por isso o filósofo gaúcho deixa registrado que

Assim como a filosofia nasce da dobra da linguagem. Todo o nosso contato com os objetos de que tratamos traz consigo esta dobra. E por isso que muitas vezes apenas objetivamos nossos temas em debate, porque esquecemos esta dobra da linguagem e porque talvez seja tendência lidar logicamente com os enunciados sem perceber que, o que não se mostra, é apenas encoberto (a dimensão hermenêutica), mas é o acontecer primeiro. Esse esquecimento é muito bem percebido por Lenio, ao colocar em xeque a “resolução dos casos simples” a partir de raciocínios dedutivos, como apregoam as teorias discursivas argumentativas (Stein, 2009, p. xxiii).

A jurisprudencialização do direito, sob o influxo da objetificação das lides, olvida, sem dúvida, a dupla estrutura da linguagem, e a decisão judicial, sob tal

contextura, vulgariza o litígio sob a máscara de que ali está presente um *easy case* e, à guisa de fundamentação, invoca, quando muito, raciocínios lógico-dedutivos ou fórmulas apropriadas às teses procedurais de natureza discursivo-argumentativa, abrindo espaço para se poder falar em discricionariedades, lesão ao dever democrático de fundamentar, arbitrariedades e relativismos. É isso, aliás, que busca Streck combater quando prima pelo desvelamento da *verdade* (e que, para nós, somente pode ser contextual) em desfavor do *consenso*, porque está convencido de que “A interpretação jamais se dará em abstrato [porque]... há, sempre, um processo de concreção, que é a *applicatio*, momento do acontecer do sentido, que ocorre na diferença ontológica. Não há textos sem normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único, irrepetível”, que não comporta escolha do intérprete, seja porque “o resultado da interpretação não é um resultado de escolhas majoritárias e/ou produto de convencionalismos”; seja porque “não se trata, evidentemente, de verdades ontológicas no sentido clássico”, pois os sentidos não estão “nas coisas” e, tampouco, na “consciência de si do pensamento pensante”, mas porque “os sentidos se dão intersubjetivamente. Consequentemente, na medida em que essa intersubjetividade ocorre *na* e *pela* linguagem, para além do esquema sujeito-objeto, *os sentidos arbitrários estão interditados*” (Streck, 2009a, p. 237 e 251, *passim*), pois, lembrando Wittgenstein, “os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo” (Wittgenstein, 1993, p. 245).

A decisão judicial, sob tal contextura, deve representar um patamar contextual concretizador sem que, todavia, incorra na propalada *jurisprudência de valores* ou *ativismo judicial* defeso. A decisão, erigida dessa maneira, conforma nossa compreensão ao nosso modo-de-ser-no-mundo a ponto de afastar a discricionariedade do intérprete ou o controle metodológico e tendo sempre presente, como ainda lembra Streck, de que

meios e fins devem ser definidos originariamente pelo legislador (princípio da maioria), mas, quando esses “fins e meios” se mostram inadequados, violando, por exemplo, regras jurídicas constitucionais (sempre sustentadas por princípios) como a proibição de excesso ou de insuficiência na proteção de bens jurídicos, é tarefa da jurisdição constitucional efetuar uma atividade corretiva, para preservar a força normativa da Constituição (que, aliás, aponta, em seu texto, os parâmetros para o exercício do contramajoritarismo) (Streck, 2009a, p. 127).

A adesão ao critério da integridade apontado por Dworkin exige, sem dúvida, que o magistrado, ao

decidir, tenha em mira os valores comunitários, inclusive aqueles que não foram objeto de decisão legislativa, mas integram, como quer Dworkin, os direitos morais das pessoas e que seriam conteúdo dos princípios como pauta regulatória. A prática jurídica fundada em princípios exige coerência. Todavia, a vontade da maioria pode conflitar com direitos morais, exigindo a atuação da jurisdição ao escopo de que os direitos sejam garantidos contra as agressões da maioria ou do governo, a fim de que aqueles direitos possam, enfim, ser levados a sério. É nesse âmbito que a atuação da jurisdição se valida ao garantir – não criar – aqueles direitos. Chame-se a isso o que for – ativismo judicial, judicialização da política, jurisprudência de valores, etc. –, se a atuação da jurisdição se encontra dentro desse balizamento, ela é necessária, sobretudo entre nós, que ainda convivemos com um texto dirigente no qual os princípios, que constituem parâmetro para o exercício do contramajoritarismo, foram acolhidos pela Constituição canalizando para ela o mundo prático, lembra Streck (2009a, p. 226).

É por isso que, ao rebater as acusações de que defende ativismos judiciais, Streck – atento aos limites impostos pela hermenêutica filosófica que se incompatibilizam com posturas pragmático-decisionistas – questiona com absoluta propriedade as críticas vazadas no sentido de que a atuação da jurisdição por esse caminho acarreta um problema de legitimidade, impondo um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma “legislação concorrente”, fazendo ver que, a prevalecer esse tipo de raciocínio, “parece razoável pensar que, à luz das posturas procedimentalistas, *seria ilegítimo e inadequado, mesmo no controle difuso, declarar a inconstitucionalidade de uma lei que viesse, por exemplo, a descriminalizar o estupro* (ou alguma lei que, de algum modo, acarrete *déficit* de proteção penal a direitos fundamentais)” (Streck, 2009a, p. 127).

Com efeito, se afastamos a possibilidade de discricionariedade judicial, não haveria, então, espaço para questionamento acerca da legitimidade da jurisdição, já que não está criando direito, senão garantindo um direito ainda que velado. Por outro lado, mesmo para quem divisa relevância suficiente numa legitimação formal-material dos juízes – que adquiriria triunfo com a eleição popular de magistrados – fica a indagação: quem pode garantir que juízes eleitos pelo povo decidirão de forma íntegra, ou seja, respeitando os valores comunitários ao garantir os direitos? Um simples exame das práticas legislativas brasileiras revelará, com certeza, que a maior parte das leis criadas pelos nossos parlamentos não expressam a vontade popular – entenda-se, aqui, vontade

da maioria –, sendo, ao contrário, de regra, voltadas para satisfazer interesses de minorias.

Isso quer dizer, em outras palavras, que a legitimação não se valida apenas sob o prisma de uma habilitação formal para definir valores, meios e fins, conferida ao legislador, que, de qualquer forma, é insuficiente para atender ao princípio democrático, a não ser que se trabalhe com a hipótese de fechamento de sentido no âmbito da legislação, o que se avulta completamente impossível, sobretudo quando diante da diversidade e hipercomplexidade como traços marcantes da experiência democrática contemporânea. Com efeito, o caráter não majoritário que conduz a um emblema antidemocrático à judicialização da política comporta ponderação. Isso foi percebido por Cappelletti quando revela a necessidade de se observar que “dissipou-se em grande parte a utopia tipicamente ocidental concernente à perfeita capacidade dos poderes ‘políticos’ de alcançar o consenso dos governados, ou pelo menos de sua maioria” (Cappelletti, 1992, p. 94). E Cappelletti, para realçar que o exercício dos poderes legislativo e executivo, considerados como diretamente decorrentes e responsáveis pela vontade popular, não se constitui paradigma de democracia representativa – conquanto seja válida a insistência discursiva e pragmática de salvaguardar, o mais realisticamente possível, a legitimação democrática e representativa –, recorda lição de Shapiro onde o cientista político e jurista norte-americano escreve:

O que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria [...], e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes [...] os próprios entes políticos, com o fim de auxiliar os seus programas e os dos grupos por eles representados, procuram promover apoios e alianças com outros grupos, dentro e fora do governo. Nesse processo de formação, troca e empréstimo de “força política”, as questões que frequentemente aparecem não dizem respeito a decisões majoritárias. Não há sentido, portanto, no mundo político real, em submeter, de forma simplística, os vários ramos do *government* a análises baseadas em etiquetas como “voz da maioria”, “democrático” ou “não democrático” (Shapiro, 1966, p. 24-25).

Esse retrato da experiência norte-americana, inquestionavelmente, pode ser estendido para as práticas governamentais do resto do mundo e se testifica, ainda

mais, quando vem à percepção que parte dos juízes de instância inferior – sobretudo nos Estados da *Common Law* – e, de regra, os juízes integrantes dos tribunais são nomeados politicamente, o que põe em dúvida a atuação desses juízes quando estão em causa os interesses dos grupos – poderíamos, sem dúvida, dizer da *maioria* que os escolheu – ensejando, a todo modo, entre tantas outras, as seguintes indagações: Em que sentido se vetorizará a força de suas decisões? Como serão canalizados os interesses das minorias? Não é por outra razão que Dallari pontua: “os juizes e tribunais são tolerados e respeitados na medida em que são úteis para dar aparência de legalidade aos atos governamentais e ao sistema político vigente” (Dallari, 1996, p. 47).

À parte dessas angustiantes questões, a ciência política tem divisado que os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade do sistema. Eles, registra Cappelletti, “podem permitir o acesso ao *judicial process* e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*” (Cappelletti, 1992, p. 99), diante da “incapacidade de a autoridade pública pôr em prática o projeto contido e ‘acertado’ no âmbito da Carta constitucional”, que, portanto, “distanciaria o ‘consenso’ constitucional das práticas políticas cotidianas, ocasionando amiúde uma profunda deslegitimação não apenas dos instrumentos jurídicos, em particular das constituições [...] assim como gera uma desconfiança da/ná política como instância de construção de consensos e viabilizadora de práticas teleologicamente identificadas com um projeto de sociedade *justa e solidária*” (Bolzan de Moraes, 2007, p. 94-95). Nesse contexto, continua Bolzan,

o Poder Judiciário e a atividade jurisdicional, em especial dos Tribunais Constitucionais, são o foco central do debate, tanto nas chamadas democracias “maturas” quanto nas democracias “emergentes”, ganhando contornos de uma discussão estratégica nestas últimas em razão do descompasso histórico em que se encontram no que diz com a realização dos projetos de bem-estar social. Discutem-se, aqui, os limites de atuação da Jurisdição Constitucional, sua legitimidade e o seu papel como instrumento para a efetivação da Constituição e a implementação de um Estado Democrático de Direito. Poucos ingredientes têm sido tão cruciais ao sucesso das democracias emergentes, quanto a crença, a “fé”, no “Rule of law” e no “Judicial review” (Bolzan de Moraes, 2007, p. 97).

O Poder Judiciário, ao imprimir efetividade ao consenso constitucional, pode se tornar, sem dúvida, uma porta para a inclusão. E, se lograr agir de forma “razoavelmente independente dos caprichos, talvez

momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia” (Cappelletti, 1992, p. 107).

Se a legitimação não imprime consenso por ocasião da definição de valores, meios e fins, igualmente não imprimirá no momento de garantir direitos. Restará a uma e outra função apenas uma coisa: agir com integridade, o que exige coerência moral, ou seja, respeito aos princípios de moral comunitária, tanto no momento de criação quanto no momento da aplicação.

Parece, efetivamente, que a questão deve ser direcionada mais para a preocupação de como os juízes devem atuar para garantir os direitos em face das agressões da maioria e do governo, ou seja, verificar como devem agir de acordo com o critério da integridade, vale dizer, respeitando o conjunto de princípios e interpretando-o de forma coerente e crítica. Insistir no problema da legitimação é olvidar todo o incremento que o processo histórico-político se encarregou de acrescentar no balizamento do binômio *gubernaculum x iurisdictio*. Em tempos ditos pós-modernos, a atuação da jurisdição por esse espaço é exigência da própria democracia.

Uma coisa, porém, precisa restar bem posicionada: com efeito, autores brasileiros de grande importância, como Dallari, Ovídio Baptista, entre tantos outros, sustentam, na linha do pensamento de Cappelletti, a natureza criadora da jurisdição, sob o argumento de que os juízes gozam de discricionariedade em maior ou menor grau no momento da *applicatio*. Todavia, uma contextualização se impõe, e ela foi muito bem colocada por Streck ao mostrar que há diferença entre o que se esperava do Judiciário antes e depois da Constituição de 1988. Primeiramente, Streck registra que

antes da Constituição, no regime autoritário, tínhamos que apostar nas lacunas e brechas da lei para contornar a arbitrariedade e o autoritarismo do sistema político-jurídico. Dizíamos que o juiz não podia ser a boca da lei (famosa frase de Montesquieu). E por quê? Porque a lei era autoritária e a Constituição era um arremedo de atos institucionais. Consequentemente, queríamos juízes ativistas (Streck, 2009b, p. 16).

Pretendia-se, naqueles tempos, com efeito, uma magistratura que agisse firme buscando espaços, brechas, ou mesmo colmatando lacunas na lei, tudo no afã de se fazer face aos “regimes ditatoriais, inevitavelmente e invariavelmente violentos, corruptos e intolerantes (que) só admitem a magistratura dócil e acovardada, que se omite, escudada numa falsa neutralidade política, ou que seja francamente favorável aos totalitários” (Dallari, 1996, p. 47). Com a Constituição de 1988, de perfil nitidamente dirigente, a realidade comprova aquilo que

Bolzan afirma em relação a esse tipo de constituição: com efeito, elas “propõem e buscam, por um lado, garantir a realização de um Estado Democrático de Direito e, por outro lado, o próprio sistema lhes retira a possibilidade de tal garantia, trazendo à cena pública a atuação privilegiada da Jurisdição Constitucional [...] como instância de atribuição de sentido aos textos”, isso porque, registra ainda Bolzan, “tais Cartas se caracterizam por operarem com normas constitucionais com textura aberta, as quais precisam ter seus textos ressignificados permanentemente” (Bolzan de Moraes, 2007, p. 97, *passim*).

É nessa contextura, expressando a opinião de que talvez a nossa Constituição seja a melhor do mundo, que Streck questiona: o que dela queremos? E responde:

Queremos apenas que seja cumprida. Por isso batalhamos pelo mandado de injunção, a regulamentação da ADPF, o cumprimento do direito à saúde, etc. Portanto, e peço que me entendam bem no que quero dizer, hoje queremos o cumprimento da lei enquanto produção democrática, isto é, queremos “um juiz que seja a boca (o porta-voz autorizado) da Constituição”. Porque estamos em uma democracia (Streck, 2009b, p. 16).

Nessa contextura, expurgar excessos ou garantir mínimo existencial assegurando suficiente e adequada proteção a bens jurídicos constituem, *grosso modo*, os nortes a validar uma atuação da jurisdição em defesa do princípio dignitário e nos trilhos da integridade, o que não significa, e nisso Streck insiste a toda hora, um espaço para discricionariedades e decisionismos.

Nas palavras do professor gaúcho, há de se ter o devido cuidado: a afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto” nem de longe pode significar a possibilidade de autorizá-lo a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma) (Streck, 2009a, p. 213, *passim*).

Esses são, sem dúvida, pontos de partida básicos para uma hermenêutica voltada para a satisfação da dignidade da pessoa humana. Mas é exatamente a partir daí que muitas questões têm se tornado angustiantes quando está em causa estabelecer conexões de sentido que permitam uma resposta corretamente justificada que satisfaça o direito e a própria democracia. Em determinadas situações, com efeito, os (des)acordos sobre significações comunitárias encontram-se plantados em questões morais altamente complexas, e a resposta é

de difícil alcance. Basta pensar, à guisa de exemplos, na tutela jurídica da relação homoafetiva, na redução da capacidade penal, na legalização do aborto, no financiamento público das campanhas eleitorais, entre outras. O fiel da balança deverá ser sempre a dignidade do *homo humanus*, e essa se afere – estamos aqui com Aroso Linhares – a partir de uma interlocução com o direito sob o manto de uma compreensão *cultural-civilizacionalmente comprometida* (Aroso Linhares, 2010, p. 515-561).

Nessa altura, recordemos, porque oportuno, o conhecido caso do “lançamento do anão” (*lancer de nains* ou *dwarf tossing*): Em uma cidade francesa chamada Morsang-sur-Orge, um estabelecimento comercial tinha como atração um campeonato de arremesso de um anão, na qual anões, vestindo roupas de proteção, são arremessados em direção a um tapete acolchoado, sendo vencedor da noite aquele que conseguir lançar o anão até a maior distância possível. O Poder Público resolveu interditar o estabelecimento onde ocorria o evento, argumentando que aquela atividade violava a ordem pública, pois era contrária à dignidade da pessoa humana. A casa de diversão recorreu contra a decisão do prefeito, tendo como litisconsorte ativo o próprio anão, o Sr. Wackenheim, que não se sentia diminuído com aquela atividade, pelo que argumentou que o direito francês protegia os valores da livre iniciativa e do direito ao trabalho necessário à sua sobrevivência. A jurisdição administrativa deu ganho de causa ao estabelecimento e restabeleceu a prática do arremesso de anão. A edilidade recorreu, e o Conselho de Estado Francês reformou a decisão e interditou a atividade em defesa da dignidade da pessoa humana e da ordem pública, considerando que o indivíduo deve ser sujeito de direito e não objeto de direito para ser arremessado em um espetáculo, de um lado para outro, como se fosse uma coisa. Wackenheim recorreu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, alegando que a decisão seria discriminatória e violava o seu direito ao trabalho. Em setembro de 2002, o Comitê confirmou a decisão do Conselho de Estado francês, reconhecendo que o lançamento de anão viola a dignidade da pessoa humana e, portanto, deveria ser proibido. Pois bem. Decisão oposta foi tomada na jurisdição norte-americana, onde houve muitas ações envolvendo a mesma questão. Ali, com efeito, prevaleceu a argumentação de que a dignidade da pessoa humana assegura, antes e sobretudo, a autonomia privada. Portanto, se o anão quer e espontaneamente participa do evento, o Estado não tem o direito de impedir que ele exerça a sua vontade nesse sentido.³

³ Informação e contextualização apresentadas por Luiz Roberto Barroso em entrevista ao blog Os Constitucionalistas (2010).

É nessa contextura que se pode divisar o quão complexas são determinadas questões que estão a exigir respostas do direito no ambiente do Estado democrático. E o exemplo exposto mostra-se perfeitamente apto para compreender que, quando estão em causa direitos fundamentais, sobretudo os enfeixados sob o princípio da dignidade da pessoa, qualquer resposta possível será alavancada levando em consideração os valores comunitários a partir dos quais são extraídas conexões de sentido. Ela deve ser alcançada com prudência (*phronesis*) sob o veio condutor de uma interlocução do direito com uma compreensão *cultural-civilizacionalmente comprometida*. Com efeito, a permissão do arremesso de anão nos Estados Unidos revela o constructo cultural-civilizacional que serve de guia para a institucionalização naquela comunidade de princípios. A cultura do individualismo – às vezes, para nós outros (de outra cultura) – exacerbado conduz a um predomínio do princípio da autonomia da vontade. É preciso, todavia, ter-se cuidado para que o binômio *cultura-civilização*, a estabelecer conexões de sentido no momento da *applicatio*, não permita que o princípio dignitário se mostre de tal sorte amesquinhado ou praticamente aniquilado. O equilíbrio aponta para o princípio da tolerância, que, inserido no “processo de democratização-constitucionalização (*judicialização*), perde o caráter <<unilateral>> e a intenção paternalística que histórico-culturalmente lhe corresponderam”, anota Aroso Linhares (2010, p. 556), e reclama atenção à pontuação feita por Castanheira Neves quando ensina que a “pessoa, enquanto *homem real*, é a unidade dialéctica de duas relativas autonomias, a autonomia do seu *eu social* (aquele comum de existência comunitária que o consubstancia como membro de uma comunidade histórica) e de um *eu pessoal* (aquele próprio da existência pessoal que ele concretamente singulariza, o seu autêntico <<incomparável no comparável>>) – a unidade dialéctica, se quisermos, da objectividade e da subjectividade humanas” (Castanheira Neves, 2002, p. 69). E, no conflito, o emérito catedrático de Coimbra não deixa dúvida quanto ao caminho a seguir:

Se o <<eu pessoal>> depara no seu horizonte dialéctico de realização com um <<eu social>> ou comunitário, sem que um ou outro se reduzam, também à comunidade, que imediatamente se afirma neste segundo <<eu>>, não lhe será lícito recusar-se à mediação para o cumprimento daquele primeiro, na sua concreta personalização: que o mesmo será considerar como dever para a comunidade o reconhecer ela a cada pessoa a possibilidade – que assim será verdadeiramente um direito – da sua pessoal participação e realização. Nem é outro o sentido e o exacto fundamento dos

direitos do homem e dos direitos fundamentais (Castanheira Neves, 2002, p. 69-70).

Não é outra a razão pela qual Barroso, ao registrar que, quando se “tem um desacordo moral razoável, ou seja, quando os dois lados têm argumentos que merecem consideração e respeito, o papel do Estado e do Direito não é escolher um dos lados, mas assegurar que cada um viva sua crença, que cada um viva a sua autonomia privada” (Os Constitucionalistas, 2010). É preciso, contudo, não perder de vista que, na pugna entre o projeto existencial pessoal de cada um e o projeto existencial social, o direito deve aparecer como um interlocutor em defesa do projeto do *homo humanus*, e a resposta certa se valida na medida em que se apresentar comprometida com esse último projeto, que se mostra, assim, apto a colocar no vértice da atual compreensão autêntica da existência humana a *pessoa*, que implica, como assenta Castanheira Neves, “a compreensão e a assunção de nós próprios como pessoas. O homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo” (Castanheira Neves, 2002, p. 69).

Considerações finais

Conceber a ordem jurídica como um problema de vida a partir de conexões de sentido é o primeiro passo para a busca de respostas corretamente justificadas, a par de exigir do intérprete uma pré-compreensão de sua condição de ser lançado no mundo, no tempo e no espaço, exigindo total atenção à faticidade e à cotidianidade. É por isso que a resposta certa que se pretende do exercício da jurisdição se projeta no âmbito da contextualidade. Ela não é certa porque é. Ela se desvela certa porque as condições contextuais a validam a partir de uma conexão de sentido apta com o texto (ordem jurídica). Significa dizer que não comporta sentido unívoco, nem pode ser resultado de uma compreensão que remonte a uma redução eidética guiada por um apelo objetificante ao fenomenologicamente dado, que abriria espaço para um retorno às coisas mesmas a fim de captar suas essências eliminando elementos empíricos e contextuais.

Assim, abrir espaço para a compreensão da vida e da faticidade histórica coloca a ciência jurídica sobre os trilhos de uma fenomenologia que vincula visceralmente o caráter filosófico e cultural que estão presentes em sua experiência, não podendo, portanto, nem um, nem outro, serem olvidados.

Por esse caminho, a compreensão do direito vincula-se a uma existência concreta, temporal, espacial e, portanto, contextual no momento da *applicatio*. E a experiência do direito é cultural porque quem quer que compreenda tem que se posicionar conforme uma significação que é cultural e pode ser entendida como “mundo histórico-social”, a partir de onde se alavanca a compreensão, ou seja, a partir de conexões dotadas de significação, de sentido, sem dúvida porque referidas a valores.

Esse mundo histórico-cultural constitui a totalidade referencial de significância, ou seja, a própria mundanidade. Nele a significação é erigida a partir da abertura, do descobrimento que, blindado essencialmente pela faticidade, afasta pressuposições, ou seja, retira a proposição do arbítrio do sujeito, evidenciando que a verdade não é uma conformação entre o conhecimento e o objeto. A proposição verdadeira expõe, indica, deixa ver o ser, tornando-o descoberto a partir e sob a consideração de sua mundanidade.

A proposição que dessa análise decorre valida a *verdade contextual* como o destino do processo judicial decisório. Ela não resulta nem de discricionariedade, nem de arbitrariedade judiciais, mas considera que não há significados previamente assegurados, de onde apenas na especificidade e singularidade do caso concreto é que a significação pode se desvelar a partir de conexões de sentido que lhe servem de blindagem ao acontecer da verdade.

Que nos seja permitido, aqui, por um momento e à guisa de melhor evidenciar as proposições deste artigo, recordar o *Pequeno Príncipe* de Saint-Exupéry. Em suas andanças, ele se deparou com um planeta que era o menor de todos...

Tinha o espaço suficiente para um lampião e para o acendedor de lâmpadas... O pequeno príncipe não conseguia entender para que serviriam, no céu, num planeta sem casa e sem gente, um lampião e o acendedor de lâmpadas. No entanto, disse consigo mesmo: “Talvez esse homem seja mesmo um tolo. No entanto, é menos tolo que o rei, que o vaidoso, que o empresário, que o bebedor. Seu trabalho ao menos tem um sentido. Quando acende o lampião, é como se fizesse nascer mais uma estrela, ou uma flor. Quando o apaga, porém, faz adormecer a estrela ou a flor. É um belo trabalho. E sendo belo tem sua utilidade”. Quando alcançou o planeta, saudou educadamente o acendedor: – Bom dia. Por que acabas de apagar teu lampião? – É o regulamento – respondeu o acendedor. – Bom dia. – Qual é o regulamento? É apagar meu lampião. Boa noite. E tornou a acender. – Mas por que acabas de acendê-lo de novo? – É o regulamento – respondeu

o acendedor. – Regulamento é regulamento. Bom dia. E apagou o lampião. Em seguida enxugou a testa com um lenço de losangos vermelhos. – Eu executo uma tarefa terrível. No passado, era mais sensato. Apagava de manhã e acendia à noite. Tinha o resto do dia para descansar e toda a noite para dormir... – E logo depois disso, mudou o regulamento? – O regulamento não mudou – disse o acendedor. Aí é que está o problema! O planeta a cada ano gira mais depressa, e o regulamento não muda! Então? – disse o príncipezinho. – Agora ele dá uma volta por minuto, não tenho mais um segundo de repouso. Acendo e apago uma vez por minuto! – Ah! Que engraçado! Os dias aqui duram um minuto! – Não é nada engraçado – disse o acendedor. – Já faz um mês que estamos conversando. – Um mês? – Sim. Trinta minutos. Trinta dias. Boa noite. E acendeu o lampião (Saint-Exupéry, 2006, p. 49-50).

Efetivamente, o texto possui o condão de revelar que a interpretação apenas pode ensejar o acontecer da verdade se ela se move dentro de uma esfera de conexão de sentido apta a promover a ligação entre o passado (tradição) e o presente, ou seja, a partir da consciência histórico-efectual. A aplicação do regulamento pelo acendedor de lampião hesitava em admitir a nova contextualidade que suprimia o sentido da antiga interpretação e, portanto, da aplicação que anteriormente o regulamento ensinava. Se o texto (o regulamento) diz – e efetivamente diz –, tal apenas pode acontecer como complementação produtiva de uma norma, que, na hipótese, não se produzia a partir de uma esfera de sentido apta a ensinar o acontecer da verdade, ou, dizendo de outro modo, a ensinar uma resposta hermenêuticamente correta.

Crianças, tolos, pessoas com escassez de inteligência ou insensatas dizem qualquer coisa sobre qualquer coisa porque não conseguem compreender, ou compreendem mal. De regra, não conseguem desenvolver, a partir de uma contextualidade, uma esfera de sentido que permita um verdadeiro nível de correção.

Costuma-se dizer que, na arte, imaginação e criação não têm fronteiras. Em direito têm! E isso deve ser percebido pelos juristas, sobretudo pelos membros do Poder Judiciário, que precisam compreender, parodiando o poeta português, que tudo não vale a pena ainda que a alma não seja pequena, ou seja, que *não podem dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa* (como tanto tem insistido Streck), ou, dizendo de outro modo, precisam entender que a experiência hermenêutica deve estar limitada pela consciência dos efeitos da história.

O exemplo coligido da literatura infantojuvenil revela, ainda, que o jurista deve estar atento para as mudanças na historicidade e faticidade afetas à nossa con-

dição existencial e finita a fim de que a compreensão, como estrutura existencial, possa se manifestar numa esfera de sentido apta a ensejar decisões jurídicas que permitam a resposta hermenêuticamente correta para o caso concreto, pois é preciso ter em mente que não há significado de sentido unívoco quando se considera a descontextualidade em que vivemos. Deveras, na sociedade contemporânea, altamente complexa e contingente, a experiência do jurídico, como experiência do *humano*, o sentido do direito não pode ser relegado ao esquecimento. Esse sentido, conquanto estejamos a trabalhar com obra do homem, deve projetar-se pelos caminhos da *phronésis*, como virtude cardeal, e nas mãos de quem for ganhará dignidade e, lançada, assim, a experiência para o *ethos*, seja nas mãos de um estudante dos bancos de uma faculdade, seja nas mãos de um *chief justice* das supremas cortes, poder-se-á se perquirir em que medida uma resposta aponta (materialmente) para o bem ou para o mal, para o amor ou para o ódio, para a virtude ou para o vício, ainda que revestida de uma técnica (forma) que, em nome de um discurso universalista, confira-lhe grau de correção.

Sem dúvida, essa resposta não reside no campo do indecifrável, na subjetividade de qualquer ator jurídico que mascare qualquer mistério (desde existencial, técnico-formacional, etc.). Ela existe como condição de possibilidade e deve-se evidenciar cultural-civilizatoriamente comprometida com o projeto de dignidade do *homo humanus* que o direito deve distinguir, e, nesse projeto, como acabamos de verificar, uma hermenêutica voltada para a satisfação do princípio dignitário pode colocar luz sobre os trilhos a palmilhar.

Referências

- ARANGO, R. 1999. *Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 158 p.
- AROSO LINHARES, J.M. 2010. O Homo Humanus do Direito e o projecto inacabado da modernidade. *Boletim da Faculdade de Direito*, 86:515-561.
- BAPTISTA DA SILVA, O.A. 2009. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 135 p.
- BOLZAN DE MORAIS, J.L. 2007. A Jurisprudencialização da Constituição: Qual a “norma” contida no “texto”: o caso das contratações temporárias no serviço público. In: A. COPETTI; L.S. ROCHA; L.L. STRECK (orgs.), *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, n. 3. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 119-137.
- CAPPELLETTI, M. 1992. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 134 p.
- CASTANHEIRA NEVES, A. 2002. *O Direito hoje e com que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa, Instituto Piaget, 75 p.
- DALLARI, D. de A. 1996. *O Poder dos Juizes*. São Paulo, Saraiva, 163 p.
- DWORKIN, R. 1999. *O Império do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 513 p.
- JUST, G. 2009. O direito como ordem e hermenêutica: A Filosofia do Direito de Nelson Saldanha. *Revista de Informação Legislativa*, 46(181):7-16.
- OS CONSTITUCIONALISTAS. 2010. Conversas acadêmicas: Luís Roberto Barroso (I). Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>. Acesso em: 15/12/2014.
- SAINT-EXUPÉRY, A. 2006. *O Pequeno Príncipe*. Rio de Janeiro, Agir, 95 p.
- SALDANHA, N. 1998. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Renovar, 385 p.
- SALDANHA, N. 2003. *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro, Renovar, 311 p.
- SHAPIRO, M. 1966. *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*. Englewood Cliffs, Prentice Hall, 232 p.
- STEIN, E. 2009. Nas Raízes da Controvérsia. Apresentação. In: L.L. STRECK, *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. xxii-xxiii.
- STRECK, L.L. 2008. Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. In: L.L. STRECK; J.L. BOLZAN DE MORAIS (orgs.), *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, n. 4. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 109-128.
- STRECK, L.L. 2009a. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 594 p.
- STRECK, L.L. 2009b. Interpretar a lei não é um ato de vontade do juiz. Entrevista publicada no jornal *Juslegal* da Associação Justiça e Legalidade. Porto Alegre, fev.
- WITTGENSTEIN, L. 1993. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo, EdUSP, 294 p.

Submetido: 24/02/2016
Aceito: 09/06/2016