

# A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO TEORIA DO CONHECIMENTO DO DIREITO<sup>1</sup>

Inocêncio Mártires Coelho<sup>2</sup>

**RESUMO:** Trata-se do caráter exemplar ou o significado paradigmático da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito – como asseverou Hans-Georg Gadamer em sua obra fundamental; que o ordenamento jurídico brasileiro está totalmente “impregnado” por normas constitucionais; que a interpretação/aplicação de qualquer modelo jurídico deve ser feita em conformidade com a interpretação/aplicação do modelo constitucional, tal empreendida pelo Supremo Tribunal Federal; então pode-se concluir que o conhecimento do direito brasileiro confunde-se com o conhecimento da Constituição, elevando-se a hermenêutica constitucional ao patamar de nova teoria do conhecimento do direito.

**Palavras-chave:** Hermenêutica. Conhecimento do Direito. Conhecimento da Constituição.

## INTRODUÇÃO

Reconhecido e proclamado, no âmbito da filosofia, o caráter paradigmático da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito, e, nos domínios do direito, o papel nuclear e seminal do conhecimento da Constituição para todos os saberes jurídicos, de resto potencializado pelo fenômeno contemporâneo da *materialização das constituições* e da concomitante *constitucionalização do direito*, parece lícito dizer-se que a *hermenêutica constitucional* transformou-se em verdadeira *epistemologia jurídica* ou *teoria do conhecimento do direito*, ou, se preferirmos, em *conhecimento do conhecimento do direito*, porque incumbe a ela – como espécie da *arte geral do compreender* – a sobretarefa de interpretar as diferentes interpretações do fenômeno jurídico, a partir da análise crítica das múltiplas leituras da lei fundamental e dos *vários mundos constitucionais* que podem emergir dessas distintas visões das leis fundamentais.<sup>3</sup>

## 1. O FENÔMENO DO CONHECIMENTO E A SUA TEORIA

### 1.1 GNOSIOLOGIA, EPISTEMOLOGIA OU TEORIA DO CONHECIMENTO

Embora usando, indistintamente, essas três locuções no jogo de linguagem da filosofia, o que provoca algumas confusões, não há divergência de monta entre os pensadores sobre a “coisa”

<sup>1</sup> Texto base da palestra proferida no Curso de Direito do UDF, em 26.04.2019.

<sup>2</sup> Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado e de Doutorado do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB; Professor Titular Aposentado da Universidade de Brasília; Subprocurador-Geral da República Aposentado; ex-Procurador-Geral da República.

<sup>3</sup> F.D.E.Schleiermacher. *Herméneutique*. Alençon: CERF/PUL, 1989, p.113, e *Hermenêutica e Crítica*. Ijuí: Edições UNIJUÍ, 2005, p. 91; Hans-Georg Gadamer. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, v. I. 1993, p. 396-414; *Verdade e método*. Petrópolis-RJ, v. 1, 1997, p. 482-505; Edgar Morin. *O método 3: O conhecimento do conhecimento*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005; Andrés Ortiz-Osés. *Antropologia hermenêutica*. Lisboa: Escher, 1989, p. 67; Gustavo Just. *Interpréter les théories de l'interprétation*. Paris: L'Harmattan. 2005; José Juan Moreso. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 167-171.

a que eles se referem quando empregam qualquer dessas expressões. Todos sabem tratar-se de uma das questões fundamentais da filosofia, mais precisamente, do *fenômeno do conhecimento e dos problemas nele contidos*, a saber: a sua *possibilidade, origem, essência, espécie e o critério de verdade*.<sup>4</sup>

Apenas para ilustração, vejamos alguns *Dicionários de Filosofia* e o que neles se encontra sobre o *problema do conhecimento*, independentemente do nome com que aparecem nessas obras de referência: *epistemologia, gnosiologia* ou *teoria do conhecimento*.

Em seu *Diccionario de Filosofia*, no verbete *Epistemologia*, Ferrater Mora, por exemplo, afirma que os termos “epistemologia” e “gnoseologia” são considerados, frequentemente, como sinônimos e que, em ambos os casos, trata-se de “teoria do conhecimento”, expressão que também se usa no lugar de qualquer das duas anteriores.<sup>5</sup> No verbete *Gnosiologia*, Lalande, citando e acolhendo proposta de M. Baldwin, sugere que se entenda por *Epistemologia* a teoria do conhecimento no sentido mais geral da palavra: origem, natureza e limites do conhecimento; e *Gnosiologia* como a análise sistemática dos conceitos usados pelo pensamento para interpretar o mundo, incluindo aí a crítica ao ato de conhecer, considerado quanto a ao seu valor ontológico.<sup>6</sup> Em Nicola Abbagnano, lê-se que o problema cujo tratamento é tema específico da teoria do conhecimento é a realidade das coisas ou, em geral, do *mundo externo*; que, por origem e formulação, a teoria do conhecimento é *idealista*; e que mesmo as soluções chamadas *realistas* são formas de idealismo, na medida em que as entidades que reconhecem como *reais* são, muito frequentemente, consciências ou conteúdos de consciência.<sup>7</sup> Por fim, em M. Rosental e P. Iudin, pensadores formação marxista, *Gnoseologia* – traduzida do grego como “estudo do conhecimento” –, essa expressão é assimilada à “teoria do conhecimento”, que qualificam como “doutrina filosófica que trata da possibilidade do homem de descobrir a verdade, de conhecer a realidade; teoria das fontes do conhecimento e das formas de que se reveste o processo do conhecimento”, asseverando, ainda, que “o ponto de partida de toda gnoseologia é a resposta que, materialista ou idealista, ela dá à questão fundamental da filosofia”.<sup>8</sup> Algo semelhante constatamos no *Dicionário Oxford de Filosofia*, de Simon Blackburn, que identifica *Epistemologia* e *Teoria do Conhecimento*, apontando, como algumas das suas questões centrais, a origem do conhecimento; o lugar da experiência e da razão na gênese do conhecimento; a relação entre o conhecimento e a certeza, e entre o conhecimento e a impossibilidade do erro; a possibilidade do ceticismo universal; e as formas de conhecimento que emergem das novas conceitualizações do mundo.<sup>9</sup> Desse balanço comparativo, conclui-se que, não obstante os termos *Epistemologia, Gnosiologia* e *Teoria do Conhecimento* sejam usados, indistintamente, a maioria dos dicionaristas prefere o termo *Teoria do Conhecimento* para tratar do problema do conhecer.

4 Edgar Morin. *O método 3: o conhecimento do conhecimento*. Porto Alegre: Editora Sulina, 3ª edição, 2005; Johannes Hessen. *Teoria do Conhecimento*. Coimbra: Arménio Amado, 8ª edição, 1987; Albert Keller. *Teoria Geral do Conhecimento*. São Paulo: Edições Loyola, 2009; Paul K. Moser et al. *A Teoria do Conhecimento: uma introdução temática*. São Paulo: Martins Fontes, 2009; Urbano Zilles. *Teoria do conhecimento e teoria da ciência*. São Paulo: Paulus, 2005; Roderick M. Chisholm. *Teoria do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969; Jacob Bazarian. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. São Paulo: Alfa-Omega, 1985; Caio Prado Júnior. *Dialética do conhecimento*. São Paulo: Editora Brasiliense, tomos I e II, 1955; Max Wentscher. *Teoría del Conocimiento*. Barcelona: 1927; A. J. Ayer. *O problema do conhecimento*. Lisboa: Editora Ulisseia, s/d; Israel Scheffler. *Bases y condiciones del conocimiento*. Buenos Aires: Paidós, 1970; e José Afonso da Silva. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

5 José Ferrater Mora. *Diccionario de Filosofia*. Madrid: Alianza Editorial, vol. 2, E-J, 1986, p. 959-960.

6 André Lalande. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 448.

7 Nicola Abbagnano. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 183.

8 M. Rosental & P. Iudin. *Pequeno Dicionário Filosófico*. São Paulo: Livraria Exposição do Livro, 1959, p. 242.

9 Simon Blackburn. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 118-119.

## 1.2 ANÁLISE FENOMENOLÓGICA DO CONHECIMENTO

A análise fenomenológica do conhecimento, levada a efeito, entre outros, por Johannes Hessen e Manuel García Morente<sup>10</sup>, cujos ensinamentos aqui reproduzimos, propõe-se a *descrever* o evento cognitivo tal como ele se apresenta em sua estrutura geral, abstraídos quaisquer vínculos com a realidade, a historicidade e a existencialidade, desprezando, inclusive, a discussão em torno da possibilidade do conhecimento.

Graças a essa espécie de *redução eidética*<sup>11</sup>, que intenta colocar entre parênteses o objeto *conhecimento* para poder captar-lhe a *essência* no modo como ela se manifesta na *experiência* cognitiva, é possível afirmar-se que aquilo a que chamamos *conhecimento* apresenta-se como um fenômeno de natureza *relacional*, mais precisamente como uma relação dupla ou uma *correlação ontognosiológica* - subjetivo-objetiva - na qual se encontram frente à frente o *sujeito* e o *objeto* do conhecimento.

No âmbito dessa relação, embora complementarmente imbricados, o sujeito e o objeto possuem funções distintas e inconfundíveis, pois enquanto ao sujeito pensante ou sujeito cognoscente compete apreender o objeto - o que ele faz *saindo* de sua esfera e *ingressando* na esfera própria do objeto -, a este corresponde a função de ser conhecido ou apreendido pelo sujeito, ao qual *transfere* as suas propriedades.

Como, por outro lado, aquelas propriedades não são apreendidas diretamente pelo sujeito, mas, antes, captadas *através* da imagem, da representação, da ideia ou do pensamento, que nele se formam acerca do objeto, pode-se dizer que, sob esse ponto de vista ou por causa disso, “o conhecimento do objeto não é igual ao objeto do conhecimento.”<sup>12</sup> Já Georg Lukács, citando Fichte, afirma que se trata da “projeção absoluta de um objeto, *de cuja origem não se pede contas*, no qual, por conseguinte, *há uma obscuridade e um vazio entre a projeção e o projetado, uma projeção per hiatum irrationalem.*”<sup>13</sup>

Tendo em vista que, nessa relação ontognosiológica, mesmo preservada a necessária autonomia dos seus elementos constitutivos, sujeito e objeto se implicam e se exigem reciprocamente, é possível dizer-se que esses elementos *só são o que são enquanto o são um para o outro*. Mais precisamente, em palavras do próprio García Morente:

Lo que el objeto es, no lo es en sí y por sí, sino en tanto en cuanto es objeto de un sujeto. Lo que el sujeto es, tampoco lo es como un ser absoluto, en sí y por sí, sino en tanto en cuanto es sujeto destinado a conocer un objeto.<sup>14</sup>

No mesmo sentido, respeitada, obviamente, a diferença radical que singulariza, em tudo o mais, a teoria marxista do conhecimento, Henri Lefebvre assinala que, em termos filosóficos, o sujeito e o objeto atuam e reagem continuamente, em perpétua *interação*, e que essa interação é de natureza *dialética* porque no âmbito do processo gnosiológico, embora sejam opostos, aqueles elementos são partes de um todo, tal como se *integram* numa discussão

10 *Teoria do Conhecimento*. Coimbra: Arménio Amado, 7ª edição, 1976; e Manuel García Morente. *Lecciones Preliminares de Filosofia*. Buenos Aires: Losada, 6ª edição, 1957.

11 Ver *Eidético; redução eidética*, em José Ferrater Mora. *Diccionario de Filosofia*. Madrid: Alianza, vol.2, 1986, p. 901-902.

12 Roger Garaudy. *Para conhecer o pensamento de Hegel*. Porto Alegre: L & PM, 1983, p. 47.

13 Georg Lukács. *História e consciência de classe. Estudos de dialética marxista*. Porto-Portugal, Publicações Escorpião, 1974, p. 136.

14 Manuel García Morente. *Lecciones Preliminares de Filosofia*. Buenos Aires: Losada, 6ª edição, 1957, p. 273.

ou num diálogo os seus diversos participantes.<sup>15</sup> Mais incisivo sobre, digamos, o protagonismo do sujeito na construção do conhecimento, o filósofo marxista Adam Schaff afirma que aquele que conhece não é um espelho, não é um aparelho registrando passivamente as sensações geradas pelo circunvizinho; que, pelo contrário, é precisamente ele, sujeito do conhecimento, quem dirige esse aparelho, que o orienta, o regula, e em seguida transforma os dados que o mesmo lhe oferece; que é ele quem introduz no conhecimento um fator subjetivo, ligado ao seu condicionamento social; que, por fim, o caráter ativo por excelência do sujeito que conhece está em relação com o fato - omitido na maior parte das análises abstratas - de que o conhecimento equivale a uma atividade.<sup>16</sup>

Em razão dessa necessária correlação subjetivo-objetiva, que os torna inseparáveis, podemos dizer que até no plano *conceitual* sujeito e objeto são congenitamente complementares e interdependentes, tal como o são outros pares de conceitos correlatos, como *direita/esquerda*, *acima/abaixo*, que se implicam e se exigem, reciprocamente, no momento mesmo em que são formulados.

Apesar dessa similitude, no entanto, uma diferença essencial particulariza a relação ontognosiológica em face das outras relações conceituais que lhe são afins. É que no âmbito da relação subjetivo-objetiva, sendo *intrínsecas* ou *inerentes* aos seus elementos constitutivos as posições e/ou funções correspondentes ao sujeito e ao objeto, elas são também mutuamente *inconvertíveis*.

O mesmo, porém, não se verifica nas relações desempenhadas por aqueles outros pares de conceitos correlatos, cujas funções, sendo-lhes externas e contingentes, acidentais, portanto, podem ser trocadas mutuamente, desde que, para tanto, invertamos as posições atribuídas aos elementos da relação.

Com efeito, se invertermos as posições que dois objetos ocupam no espaço, deslocando-os da direita para a esquerda ou de cima para baixo, essa alteração implicará a troca das funções que eles desempenhavam anteriormente. A esquerda se converterá em direita quando a direita se converter em esquerda; o que estava abaixo passará para cima, quando o que se encontrava em cima se deslocar para baixo.

Isso ocorre, precisamente, porque não sendo da essência de tais objetos assumir ou sinalizar posições no espaço, podemos jogar com eles ou deslocá-los de um ponto para outro, sem que esse jogo ou esse deslocamento desnaturem tais objetos ou inviabilizem as suas relações mútuas.

No âmbito da relação ontognosiológica, no entanto, isso não pode ocorrer, porque ao sujeito incumbe, necessária e exclusivamente, a tarefa de *conhecer*; e, ao mesmo tempo, ao objeto, também de forma necessária e exclusiva, a função de *ser conhecido*.

Noutras palavras, como o sujeito é sempre o sujeito e o objeto é sempre o objeto - *e um só é o que é enquanto o é para o outro* -, qualquer mudança nas suas posições relativas, mesmo que se tratasse de uma alteração simplesmente imaginária, implicaria a eliminação do próprio conhecimento.

15 Henri Lefebvre. *Lógica formal, lógica dialéctica*. Madrid, Siglo XXI de España: 1970, p.55-101.

16 Adam Schaff. *História e Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 82-83.

Assim, ainda quando nos ensimesmamos e nos fazemos *objeto* das nossas reflexões, mesmo nessa particularíssima relação ontognosiológica, não se confundem o *eu* pensante e o *eu* pensado, permanecendo irreduzíveis e necessariamente separados, o primeiro enquanto *sujeito*, o segundo enquanto *objeto* do conhecimento. É que o dualismo sujeito-objeto, convém insistir à exaustão, pertence à essência do conhecimento, funcionando como verdadeira condição de possibilidade de todo evento cognitivo.

Tendo em conta, por outro lado, que apesar da autonomia e da irreduzibilidade dos elementos da relação ontognosiológica, o sujeito é sempre *determinado* pelo objeto - mais precisamente, pela *imagem* do objeto que se forma em sua consciência cognoscente -, em razão dessa *prevalência* do elemento objetivo costuma-se definir o fenômeno do conhecimento como uma *determinação do sujeito pelo objeto*.

Por isso, também se afirma que no processo gnosiológico o sujeito se conduz *receptivamente* em face do objeto, muito embora essa receptividade não signifique nem passividade nem subordinação do sujeito perante o objeto. Isso porque, ao fim e ao cabo, o conhecimento constitui uma *atividade* espontaneamente desenvolvida pelo sujeito, uma *tarefa* que ele desempenha para apreender o objeto, vale dizer, para dominar cognitivamente a realidade.

Noutras palavras, é saindo de sua esfera e *trabalhando* o objeto, que o sujeito *constrói* o conhecimento e o traduz em linguagem. Nessa perspectiva, portanto, afigura-se equívoco falarmos em passividade do sujeito, como se no processo do conhecimento ele permanecesse contemplativo ou inerte diante do objeto, apenas registrando sinais recebidos de fora da sua consciência.

Afinal de contas, sem a *criação* do objeto, ainda que apenas enquanto *objeto do conhecimento* - objeto que não é um ser *em si* e *por si*, mas uma entidade puramente *lógica*, que o sujeito *põe* diante de si *para ser conhecido* -, sem a *movimentação* do sujeito não ocorre o fenômeno ou o evento a que chamamos conhecimento. Então, também sob esse ponto de vista, pode-se dizer que o sujeito é o *senhor* do conhecimento.<sup>17</sup>

A despeito de preservar, por essa forma, a sua autonomia e atuar com espontaneidade no âmbito da relação cognitiva, impõe-se salientar que, mesmo assim, desde o início e definitivamente, o sujeito é determinado pelo objeto, pela simples razão de que o conhecimento, sempre e necessariamente, é o conhecimento *do* objeto, de algo externo e alheio, que está *fora* do sujeito, que se lhe *opõe* e para ele permanece um *outro*, mesmo depois de ser *apreendido* pela consciência.

Em razão disso, afirma-se que o objeto *transcende* o sujeito - em face do qual se mantém autônomo e independente -, uma assertiva que é válida para qualquer objeto do conhecimento, inclusive para os objetos ditos *ideais*, que nem pelo fato de serem puros entes de razão perdem aquela transcendência epistemológica em face do sujeito que lhes dá existência.

Destarte, a *autonomia* do objeto perante o sujeito cognoscente é um dado *a priori* ou, como salientado anteriormente, verdadeira *condição de possibilidade* do evento cognitivo, que se nos apresenta como a apreensão das propriedades do objeto pelo sujeito, uma descrição

---

<sup>17</sup> Sobre a importância do *fator subjetivo* no processo do conhecimento, ver Adam Schaff. *História e Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, Capítulo I - *A Relação Cognitiva, O Processo do Conhecimento, A Verdade* - p. 65/98.

fenomenológica que é válida tanto para o conhecimento que se obtém entre as *ciências naturais*, quanto para o que se produz no âmbito das chamadas *ciências humanas* ou *ciências do espírito*.

### 1.3 CIÊNCIAS: OBJETO MATERIAL, OBJETO FORMAL E MÉTODO

Independentemente do setor da realidade com que trabalham e dos respectivos procedimentos de indagação e de validação, todas as ciências se constituem de três elementos essenciais: objeto *material*, objeto *formal* e *método*. O objeto material, como o próprio nome sugere, é a *matéria* sobre a qual o cientista faz incidir o foco das suas investigações; o objeto formal, a seu turno, é o ângulo, a perspectiva ou o ponto de vista sob o qual o cientista encara o setor da realidade de que ele se “apossa” para desenvolver as suas investigações; o método, afinal, como revela a etimologia dessa palavra, é o “caminho” - pavimentado de processos e técnicas, assim como de regras explícitas e formais -, que o cientista deve percorrer para chegar ao “seu” objeto. O conhecimento científico, já se disse, é aquele criticamente adquirido e sistematicamente organizado.

Aplicados esses conceitos às diversas “ciências” do direito, tem-se que o objeto *material* desses múltiplos saberes jurídicos é a “coisa” direito, aquilo que ao longo da história tem sido vivenciado como experiência jurídica. Objetos *formais* serão os múltiplos aspectos dessa realidade - as dimensões *fática*, *axiológica* e *normativa* dessa humana experiência -, a que correspondem, como indagações distintas e autônomas, respectivamente, a Sociologia Jurídica, a Filosofia do Direito e Jurisprudência. O *método*, afinal, é o método *jurídico*, constituído pelas técnicas e procedimentos de que se valem todos os juristas para apreender/trabalhar a “coisa jurídica”, aí incluído o próprio “jogo de linguagem” do direito, pois toda ciência precisa de uma linguagem própria, sem a qual o saber não se constitui e não se comunica.

Noutros termos, próprios do vocabulário de Wittgenstein, dir-se-ia que para nos situarmos no mundo do direito e compreendermos o significado dos conceitos jurídicos, para termos acesso a essa esfera do real, devemos participar do seu *jogo de linguagem*, cuja compreensão, de sua vez, pressupõe certas *vivências-chave*, até porque o elemento *normativo* não se pode *mostrar* de modo palpável, como se mostram os objetos perceptíveis pelos sentidos.<sup>18</sup>

Pela sua importância, como verdadeira condição de possibilidade do conhecimento científico, a expressão *jogo de linguagem* não pode ser incorretamente compreendida, como se com ela se aludisse simplesmente a um jogo *com* a linguagem, a um *fazer malabarismos* com palavras. Um jogo de linguagem, tal como deve ser corretamente entendido, é o modo especial como - dentro de certa linguagem - se fala de determinado setor de coisas ou âmbito de experiência. Tais setores são, por exemplo, a natureza inanimada e a natureza viva, a técnica, a arte, ou mesmo o Direito. Numa linguagem, fala-se sempre *sobre* algo. A compreensão por intermédio da linguagem é compreensão de uma coisa que é *trazida à linguagem*. A coisa de que se fala na linguagem normativa da Jurisprudência é a *coisa Direito*.<sup>19</sup>

18 Ludwig Wittgenstein. *Investigações Filosóficas*. Lisboa: Gulbenkian, 1995, pág. 177; *Dicionário Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, págs. 225/229; Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2ª ed., 1989, p. 236/239.  
19 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2ª edição, 1989, p. 238.



#### 1.4 O MÉTODO CIENTÍFICO

Conceituado o método científico *tout court* como um “procedimento de investigação organizado, repetível e autocorrigível”<sup>20</sup>, impõe-se observar, desde logo, que esse gênero comporta duas grandes espécies - *explicação* e *compreensão* - e que toda opção metodológica é imposta pela natureza do objeto da investigação. Daí a advertência de Aristóteles, lembrada por Gadamer, de que a ideia de método único, que se possa determinar antes de investigar a coisa, constitui uma perigosa abstração, pois é o *próprio objeto* que deve determinar o método apropriado para investigá-lo.<sup>21</sup>

Aceita, em princípio, essa colocação, temos que nos dar conta, no entanto, de que ela nos encerra num círculo vicioso, na medida em que é só pelo método quer nós “caminhamos” até o objeto, mas é preciso conhecermos previamente esse objeto para escolher o modo adequado de chegar até ele.

Posta a questão nesses termos, forçoso é reconhecer que “o método não pode explicar a eleição do método e que não devemos esperar verdades profundas da parte da metodologia.”<sup>22</sup> A saída parece residir, então, na ideia de *pré-compreensão*, a nos dizer que qualquer pergunta já envolve, de certa forma, a intuição do perguntado, ou seja, que é preciso, desde logo, termos alguma noção, mesmo vaga e imprecisa, do que seja a coisa direito para só depois escolher o melhor caminho para chegar até essa coisa. Nesse sentido, o conhecimento do objeto jurídico precede a escolha do método adequado para investigá-lo.<sup>23</sup>

Nesse cenário, é fecunda, além de ilustrativa e interessante, a “viagem” sugerida por Luís Recaséns Siches para que se localize, no universo das diversas regiões ônticas, aquela em que “mora” o ente jurídico, uma caminhada que, necessariamente, pressupõe alguma orientação prévia, sob pena de partirmos “em todas as direções” e não chegarmos a lugar nenhum. Ao fim da sua caminhada, que se inicia pela natureza física e passa pela natureza psíquica, Recaséns acaba localizando o direito no mundo da cultura, como “pedaço de vida humana objetivada”, à semelhança de outros produtos culturais, como a ciência, a arte, a técnica e tudo o mais imaginado pelo *homo sapiens* e produzido pelo *homo faber*.<sup>24</sup> Essa direção prévia - sem a qual é impossível até mesmo iniciar-se a busca do direito e que se acha vagamente traçada em nossa mente - formou-se com a nossa humana vivência/experiência como seres “imersos” ou “jogados” no mundo - o heideggeriano *Dasein* ou *ser-aí* -, cujo *existir* consiste em ir topando nas coisas e aprendendo com essas topadas.<sup>25</sup> Encontrado o ente jurídico como *pedaço de vida humana objetivada* imerso no mundo da cultura, no mundo das *realidades referidas a valores* - o que significa dizer nem realidade bruta nem puro valor -, nós nos damos conta de que os *produtos* humanos, porque dotados de *sentido* ou *significação*, não podem ser conhecidos em sua essência, em seu *ser autêntico*, se usarmos as categorias e os métodos manejados pelas ciências da natureza, como a física ou a biologia, por exemplo. Afinal de contas, já se afirmou com razão que os homens, todos nós, *somos* animais

20 Nicola Abbagnano. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, verbete *Método*, p. 668.

21 Hans-Georg Gadamer. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 21.

22 Gustavo Zagrebelsky. *La Corte Constitucional y la Interpretación de la Constitución*, in *División de Poderes e Interpretación - Hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987, p.171; Giuseppe Zaccaria. *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, 2004, p. 337; e Kart Popper. *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: Cultrix, 1980, p. 57.

23 Miguel Reale. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 13ª edição, 1986, p.1-13.

24 Luís Recaséns Siches. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1965, p. 53 e seguintes.

25 Hans-Georg Gadamer. *A virada hermenêutica*. Petrópolis:RJ, Vozes, vol. II, 207, p. 24.

interpretativos, verdadeiros caçadores de significado, e, ao que parece, não há nada que possamos fazer para corrigir esse defeito congênito.<sup>26</sup>

Os fenômenos da natureza se conhecem na medida em que os *explicamos* do ponto de vista da *causalidade*, ou seja, como efeito de um conjunto de causas e, por sua vez, com causa de efeitos ulteriores, nada havendo mais para dizer a seu respeito. São coisas explicáveis, mas não inteligíveis, precisamente porque desprovidos de *sentido*. É possível e mesmo provável que para Deus a natureza tenha o sentido que Ele lhe atribuiu como seu Criador, mas isso escapa por completo ao conhecimento físico. É também possível - e isso frequentemente acontece - que uma paisagem tenha sentido para a pessoa que a contemple, mas, não nos enganemos, esse sentido não pertence à paisagem como realidade física, antes se referindo à vivência humana suscitada pela paisagem.<sup>27</sup> Pelo contrário, os fatos humanos, a conduta humana, e também as obras produzidas pelos homens, além das causas que as engendram, e dos efeitos que provocam, têm algo que não possuem os meros fatos da pura natureza: têm *sentido* ou significação.

Em síntese, como dizia Dilthey, enquanto a natureza se *explica* o homem se *compreende*, entendendo-se por compreensão aquele ato gnosiológico que consiste em captar, por trás da materialidade das obras ou das condutas, o sentido que os anima como realidades referidas a valores ou formas significativas.

Enquanto a *explicação* prossegue, sem cessar, na mesma direção assinalada pelo seu momento de partida (*e.g.* dos efeitos às suas causas e destas às respectivas causas, e assim cada vez mais longe; ou do todo às suas partes e assim cada vez a algo mais simples), a *compreensão*, ao contrário, ao avançar depois da primeira referência, retorna ao ponto de partida e daqui, outra vez, ao antes referido, num círculo infinito que vai do substrato ao seu sentido e vice-versa. No conhecimento por *explicação*, qualquer retrocesso na direção seguida pelo espírito cognoscente é um *recomeço* que *não aumenta* o conhecimento, pois o que já foi explicado ficou totalmente conhecido. Diversamente, tal como ao se avançar numa circunferência volta-se, sem parar, de uma antípoda à outra, vê-se que *todo retorno em direção à etapa precedente aumenta o conhecimento por compreensão, levando-o sempre mais adiante.*<sup>28</sup>

## **2. FILOSOFIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO. AS QUESTÕES FUNDAMENTAIS DA FILOSOFIA E SUA FORMULAÇÃO NOS DOMÍNIOS DA FILOSOFIA DO DIREITO. ONTOLOGIA, GNOSIOLOGIA E AXIOLOGIA JURÍDICAS**

### **2.1 FILOSOFIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO**

Admitindo-se que o estudo da filosofia do direito, como, de resto, o de toda filosofia particular ou especial, pressupõe, se não o domínio, pelo menos o conhecimento dos problemas fundamentais com que se defronta a filosofia geral ou a filosofia *tout court* - os problemas *ontológico, gnosiológico, axiológico e metafísico* -, acreditamos que estas nossas reflexões devam começar pela aceitação de que as indagações básicas formuladas nos domínios da filosofia do

<sup>26</sup> Marcelo Dascal. *Interpretação e compreensão*. São Leopoldo-RS: Editora Unisinos, 2006, p.662.

<sup>27</sup> Luís Recaséns Siches. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1965, p. 110.

<sup>28</sup> Carlos Cossio. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 78-79.



direito apenas reproduzem *sub specie juris* aqueles problemas maiores, aos quais procuram dar respostas consistentes e adequadas.

Disso resulta que, a cada disciplina ou ramo da filosofia geral deva ou, pelo menos, possa corresponder, *mutatis mutandis*, uma certa ordem de indagações nos domínios da filosofia do direito - designadamente, uma *ontologia*, uma *gnosilogia* e uma *axiologia* jurídicas - em cujo âmbito são discutidos, *filosoficamente*, os princípios supremos do direito e os problemas jurídicos fundamentais.

Obviamente, não se propõe, nesse domínio particular, nenhuma resposta para a indagação metafísica sobre o *ser enquanto ser*, porque, conforme adverte Cabral de Moncada, o problema *metafísico* já não é, ou o é muito menos que os outros, um problema de Filosofia Jurídica, a qual há de ser chamada simplesmente para colaborar na sua formulação e eventual solução, no âmbito de uma concepção unitária metafísica da vida e do mundo - o problema do Absoluto -, onde igualmente deve-se achar um lugar para o direito e para a nossa visão a seu respeito.<sup>29</sup> Como, por outro lado, a discussão desses temas, em perspectiva filosófico-jurídica, não os afasta das preocupações filosóficas em geral - até porque envolvem questões fundamentais da existência humana - permanecem eles, digamos, sob o “jugo” da filosofia, como saber *radical, autônomo e pantônomo*, um saber universal e sem pressupostos, como o qualificou Ortega y Gasset<sup>30</sup>; como especulação, enfim, que se debruça sobre a *totalidade abarcante* em busca da sua verdade última, menos para dar respostas - sabidamente sempre contingentes e transitórias -, às dúvidas que suscita, do que para refazer, em perspectiva historicamente adequada, as mesmas e eternas perguntas sobre o *ser*, o *conhecer* e o *valor*; em sua referência à criatura humana, até hoje “espantada”, “perplexa” e “estremecida” diante daquelas indagações fundamentais.<sup>31</sup>

Aceita essa abordagem sobre as relações entre a filosofia geral e a filosofia do direito, cumpre caracterizarmos, inicialmente, os *objetos formais* da ontologia, da gnosilogia e da axiologia jurídicas, isto é, as perspectivas ou os pontos de vista, necessariamente parciais, sob os quais essas disciplinas filosófico-jurídicas - nisso reputadas autônomas e distintas - encaram a *coisa* direito, como *objeto material*, que lhes é comum, para, afinal, tentarmos reunificar esses mesmos enfoques parciais em perspectiva totalizadora, filosófica portanto, que evidencie a unidade essencial da experiência jurídica como fato histórico-cultural.

Noutras palavras, *distinguir para unir*, como ensinava Maritain, ao salientar que “ninguém conhece verdadeiramente a unidade se ignora a distinção”, uma advertência que devemos ter presente em todos os domínios da experiência humana.<sup>32</sup> Igual procedimento haveremos de adotar - sem perder de vista a sua unidade substancial - se quisermos “isolar”, para análises específicas, os distintos fatores ou momentos da experiência jurídica, que é essencialmente dialética, porque só assim conseguiremos discriminar as diferentes *ciências do direito*, as diversas disciplinas, inclusive as de índole filosófica, que a partir de um *objeto material comum* - o direito ou a experiência jurídica em sua totalidade - delimitam perspectivas ou campos de pesquisa cientificamente autônomos.<sup>33</sup> Em síntese, parte-se do uno e ao uno se retorna, mas

29 Luiz Cabral de Moncada. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Arménio Amado, 1955, vol. I, p. 6.

30 José Ortega y Gasset. *¿Que es Filosofía? Obras Completas*. Madrid: Revista de Occidente, Tomo VII, 1964, p. 335-336.

31 Karl Jaspers. *Iniciação Filosófica*. Lisboa: Guimarães Editores, 1987, p. 15-25.

32 Jacques Maritain. *Los Grados del Saber*. Buenos Aires: Ediciones Desclée, de Brouwer, 1947, p. 7.

33 Miguel Reale. *Dialética da experiência jurídica*, in *Textos clássicos de Filosofia do Direito*. Anacleto de Oliveira Faria (Coord.). São Paulo:

não de forma circularmente estéril, pois os resultados das indagações sobre cada *fragmento* analisado - na exata medida em que evidenciarem as suas íntimas conexões -, revelarão não apenas a *essência* do fenômeno estudado, mas também a *consistência* da sua apreensão e o *lugar* que lhe cabe - enquanto *objeto de conhecimento* -, na tipologia dos objetos científicos em geral, ou, se preferirmos, no quadro das diferentes *ontologias regionais*, onde “moram” os distintos entes que intentamos apreender.

Ilustrativamente, sobre a *coisa* direito, porque hoje *a todos* se apresenta *como* criação do homem, racionalmente produzida ou simplesmente revelada no curso da experiência social, existe acordo em situá-la na região dos objetos *culturais*, onde “residem” as realidades *significativas* - positiva ou negativamente valiosas -, que exigem *compreensão* para se darem a conhecer, nisto se distinguindo, essencialmente, dos fenômenos da natureza, que, já vimos, habitam o universo físico e têm na *explicação* o método adequado ao seu conhecimento.

## 2.2 AS QUESTÕES FUNDAMENTAIS DA FILOSOFIA DO DIREITO E SUA FORMULAÇÃO NOS DOMÍNIOS DA FILOSOFIA DO DIREITO. ONTOLOGIA, GNOSIOLOGIA E AXIOLOGIA JURÍDICAS

Se, como nós afirmamos acima, o estudo das questões mais importantes da filosofia jurídica exige, se não o domínio, pelo menos algum conhecimento - uma *pré-compreensão* - acerca das indagações fundamentais, que se formulam, em perspectiva universal e totalizadora, no âmbito filosófico em geral, então se torna indispensável esclarecermos, preliminarmente, ainda que em termos sumários, qual a temática dessas três partes da filosofia *tout court* - a ontologia, a gnosiologia e a axiologia - porque disso resultará evidenciado, por via de consequência, o objeto específico da ontologia, da gnosiologia e da axiologia *jurídicas*.

Sendo a filosofia, como já observamos, citando Ortega y Gasset, um saber *autônomo*, um saber que não tem pressupostos, porque lhe cabe definir não apenas os seus próprios pressupostos, mas também as condições de possibilidade do conhecimento em geral; e sendo, igualmente, um saber *pantônomo*, porque é a Ciência do todo ou de tudo quanto possa ser objeto de conhecimento, desde logo podemos dividi-la em dois grandes capítulos - a ontologia e a gnosiologia - em cujos âmbitos se estudam, respectivamente, os *objetos* e o *conhecimento* dos objetos, ou seja, *ser* e o *conhecer* das coisas.

Como, por outro lado, além dessas duas indagações fundamentais, uma outra se impõe, igualmente *radical*, sobre o *valor* ou o sentido último da “totalidade abarcante” para a existência humana, a filosofia compreende, igualmente, uma terceira ordem de estudos, de formulação recente, aliás, a teoria dos valores ou *axiologia*, em cujo âmbito se procede ao “isolamento” da noção geral de valor, do valor *em si mesmo* ou enquanto tal, para analisá-lo sob múltiplos aspectos - ontológico, gnosiológico, antropológico e teológico, por exemplo - e formular respostas, tanto quanto possível satisfatórias, para estas perguntas, também fundamentais: que são os valores?; que espécie de *ser* lhes corresponde?; qual a estrutura ôntica desta classe de objetos ideais, parecidos com os números, que povoam a nossa consciência espiritual e que parecem não ser meramente subjetivos mas têm uma objetividade própria? Que espécies

e categorias há de valores e qual a sua respectiva dignidade em hierarquia?; Que meios de conhecimento temos para os apreender?; e, finalmente, em que relação se acham eles com o homem, com a vida, com o espírito, com Deus?<sup>34</sup> Quanto à *radicalidade* do saber filosófico, como esclarece Ortega y Gasset, isso consiste em que as reflexões dos filósofos, diversamente do pensamento vulgar ou ingênuo, não se detêm na superfície da realidade, antes se aprofundam até o seu âmago, na ânsia por desvelar as suas estruturas fundamentais:

Solo hay una actividad en que el hombre puede ser radical. Se trata de una actividad en que el hombre, quiera o no, no tiene más remedio que ser radical: es la filosofía. La filosofía es formalmente radicalismo porque es el esfuerzo para descubrir las raíces de lo demás, que por sí no las manifiesta, y en este sentido no las tiene. La filosofía proporciona a hombre y mundo sus defectivas raíces.<sup>35</sup>

Quanto à pretensão filosófica de se constituir num saber fundante de si mesmo e de todos os demais saberes - uma espécie de conhecimento *antes* do conhecimento -, há muito que essa autocompreensão vem sofrendo críticas severas, sobretudo dos heideggerianos, fortes na tese de que quaisquer reflexões - sejam elas ingênuas ou refinadas, de carvoeiros ou de filósofos -, todas pressupõem um prévio *estar-no-mundo*, que as precede e condiciona.<sup>36</sup> Noutras palavras, embora alimente a pretensão de se constituir como *saber primeiro*, em verdade a filosofia não parte do nada porque, quando começa a refletir, já está investida na compreensão do ser por intermédio do *Dasein*, que a *Analítica*, na condição de Ontologia Fundamental, investiga e revela como um ente ou *ser-no-mundo*, um ser que independentemente da sua vontade é “jogado” no *aí* - como os filhotes da gata são “dados à luz” ou jogados no mundo -, onde restará “imerso” por todo o curso da sua *existência*.<sup>37</sup>

Em suma, por força da natureza das suas reflexões como *saber primeiro* e *radical*, a própria filosofia acaba sendo obrigada a repelir fundamentos inconcussos ou razões inaugurais, porque descobre, ela mesma, que *não existe conhecimento absoluto no ponto de partida*.<sup>38</sup> Nesse mesmo sentido, costuma-se dizer que, assim como a poesia épica, também a filosofia começa do meio, que o seu começo não é absoluto, porque ela não está desvinculada de certa tradição; como a hermenêutica do *Dasein*, a filosofia já pressupõe uma situação de fato, a faticidade, por onde deve começar.

Essa a razão da crítica fundamental da Habermas à soberba da filosofia porque, para ele, ao insistir na pretensão de se constituir num conhecimento *antes* do conhecimento ou um *conhecimento do conhecimento*, ela abre entre si e as ciências um domínio próprio, do qual se vale para exercer funções de *dominação*. Ao pretender aclarar de uma vez por todas os fundamentos da ciência e de uma vez por todas, também, definir os limites do experimentável,

34 Luís Cabral de Moncada. *Prefácio à Filosofia dos Valores*, de Johannes Hessen. Coimbra: Arménio Amado, 1967, p. 8.

35 José Ortega y Gasset. *El nivel de nuestro radicalismo*, in *Obras Completas*. Madrid: Revista de Occidente, Tomo VIII, 1965, p. 282, e *¿Que es Filosofía?*, in *Obras Completas*. Madrid: Revista de Occidente, Tomo VII, 1964, p. 335/336.

36 Jürgen Habermas. Habermas *A Filosofia como guardador de lugar e como intérprete*, in *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 17-35.

37 Hans-Georg Gadamer. *Hermenêutica em retrospectiva. A virada hermenêutica*. Petrópolis-RJ: Vozes, 2007, p. 24.

38 Benedito Nunes. *A Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Ática, 1991, p. 100-101, e *Hermenêutica e Poesia*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p. 55 e 58; Friedrich Schlegel. *O Dialeto dos Fragmentos*. São Paulo: Iluminuras, 1997, p. 60; Benedito Nunes. *Hermenêutica e Poesia*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p. 40).

a filosofia pretende indicar às ciências o seu lugar. Ora, parece que esse papel de indicador de lugar há muito excedeu às suas forças.<sup>39</sup>

Demarcadas as três grandes ordens de indagações em que se divide o trabalho filosófico - *ontologia*, *gnosilogia* e *axiologia* - e sabendo-se que essa tricotomia básica encontra correspondência ou se projeta no âmbito das reflexões sobre a *coisa* direito, podemos conceituar a ontologia jurídica como a parte da filosofia do direito onde se indaga sobre a *essência* desse fenômeno; a gnosilogia, como a ordem de estudos voltada à questão do *conhecer* do direito; e, finalmente, a axiologia jurídica, como o lugar teórico em que se discute o *valor* do direito ou o seu valer para a existência humana.

### 3. OS PLANOS E ÂMBITOS DO CONHECIMENTO DO DIREITO. O SER E O CONHECER DO DIREITO. AS DIVERSAS “CIÊNCIAS” DO DIREITO E A UNIDADE DO SABER JURÍDICO

Admitindo-se que esses recortes da realidade são procedimentos epistemológicos necessários ao estudo de qualquer fenômeno, até porque parece corresponder à natureza do real se nos apresentar sob aspectos múltiplos e variados - nessa perspectiva, dir-se-ia que os *entes* são as diversas moradas do *ser* - e que essa fragmentação do mundo não compromete, antes reforça, a unidade essencial das *coisas* estudadas, pois, com Maritain já vimos que “ninguém conhece verdadeiramente a unidade se ignora a distinção”, devemos distinguir, igualmente, já agora nos domínios do saber jurídico, as diferentes *formas de conhecimento* do direito, como nos propõe Miguel Reale, *verbis*:

O Direito é, por certo, um só para todos os que o estudam, havendo necessidade de que os diversos especialistas se mantenham em permanente contato, suprimindo e completando as respectivas indagações, mas isto não quer dizer que, em sentido próprio, se possa falar numa única Ciência do Direito, a não ser dando ao termo “Ciência” a conotação genérica de “conhecimento” ou “saber”, suscetível de desdobrar-se em múltiplas “formas de saber”, em função dos vários “objetos” de cognição que a experiência do Direito logicamente possibilita.<sup>40</sup>

Em conformidade com essa orientação epistemológica, o mestre do tridimensionalismo jurídico nos apresenta um “esquema ordenatório” das diferentes formas de conhecimento do direito, nos planos transcendental ou filosófico e empírico ou científico-positivo, discriminando, a seguir, os diferentes saberes ou disciplinas que têm a *experiência jurídica* como objeto material comum, mas que se distinguem, nesses dois planos, segundo a perspectiva ou o ponto de vista adotados na apreensão do Ser do Direito.<sup>41</sup> Dado que, por outro lado, *fato*, *valor* e *norma*, mais do que simples elementos, são dimensões que representam *qualidades essenciais* da experiência jurídica, pode-se dizer, novamente com Reale, que *todo conhecimento do Direito é necessariamente*

39 Jürgen Habermas, *A Filosofia como guardador de lugar e como intérprete*, in *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 18.

40 Miguel Reale. *Fundamentos da concepção tridimensional do Direito*, in *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. X, Fasc. IV, outubro/dezembro de 1960, p. 463.

41 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9ª edição., 1982, p. 611.

*tridimensional*; que em cada ciência particular, o que se verifica é apenas um predomínio de pesquisa em função de uma dessas dimensões, distinguindo-se as respectivas indagações *tão-somente pelo sentido do seu desenvolvimento*; e que, finalmente, sob essa ótica, a Ciência do Direito é uma disciplina de natureza *normativa* porque suas análises verticalizam-se no momento da *normatividade*, do mesmo modo que a *faticidade* é o momento último da Sociologia Jurídica.<sup>42</sup> Ainda em palavras desse mestre do tridimensionalismo jurídico concreto, dada a sua complicação essencial em todas as formas de experiência jurídica, *fato*, *valor* e *norma* devem, em suma, estar sempre presentes em qualquer indagação sobre o Direito, respectivamente como momento dos outros dois fatores. Desse modo, a Sociologia Jurídica, que cuida das condições empíricas da eficácia do Direito, não pode deixar de apreciar a atualização *normativa* dos *valores* no meio social. Poder-se-ia dizer que o sociólogo do Direito, recebendo os valores e as normas como experiência social concreta, tem como meta de sua indagação o *fato* da efetividade dos valores consagrados em normas positivas, ao passo que o jurista, enquanto tal, considera *valor* e *fato* em razão da *normatividade*, a qual é o seu objetivo específico. O filósofo do Direito, por outro lado, indaga das condições transcendental-axiológicas do processo empírico da vigência e da eficácia.<sup>43</sup> Trata-se de uma posição que, de resto, encontra reconhecimento e receptividade crescentes entre os mais importantes jurisfilósofos contemporâneos, desde o clássico Luís Recaséns Siches, que declara haver assumido o tridimensionalismo jurídico do saudoso jurista filósofo brasileiro, até o moderno e já consagrado Elías Díaz, que, sob o sugestivo rótulo *a dialética concreta entre norma e decisão*, desenvolve sólidas considerações, referidas no tópico a seguir, sobre a integração fático-axiológico-normativa como procedimento indispensável para uma compreensão integral do fenômeno jurídico.

A possibilidade de coordenar correta e coerentemente essas três perspectivas das normas - validade, eficácia, legitimidade - a possibilidade de coordenar as exigências da Ciência jurídica com as da Sociologia e da Filosofia do Direito, constituirá, creio, a base para esse pluralismo metodológico próprio de nosso tempo. (...) As normas aparecem, assim, como fatos dotados de certo sentido sociológico (segundo os fatores sociais de todo tipo que condicionam dita normatividade), e como fatos carregados de valores, nunca neutros ou indiferentes a eles, mas sim compreensíveis sempre em conexão com uma determinada concepção do mundo ou um sistema de legitimidade. A investigação-interpretação e a aplicação-realização do Direito deverão ter em alta conta essas dimensões presentes em toda normatividade, dimensões desde as quais se constrói e reconstrói, como crítica e dinâmica totalização, a realidade jurídica.<sup>44</sup> Posta assim a questão, podemos dizer que a *essência* do Direito, em seu modelo permanente, apresenta três aspectos, dimensões ou momentos, embora se trate de uma unidade ontológica, plena e incidível, só fracionável idealmente para efeito de análise por todos quantos se dediquem à sua investigação.

Não é somente um *fato social*, nem tampouco apenas um conjunto de *normas* que se impõem a todos sob a ameaça de sanções socialmente organizadas. É, também, a realização,

42 Miguel Reale. *Fundamentos da concepção tridimensional do Direito*, in Revista Brasileira de Filosofia, vol. X, Fasc. IV, outubro/dezembro de 1960, p. 463.

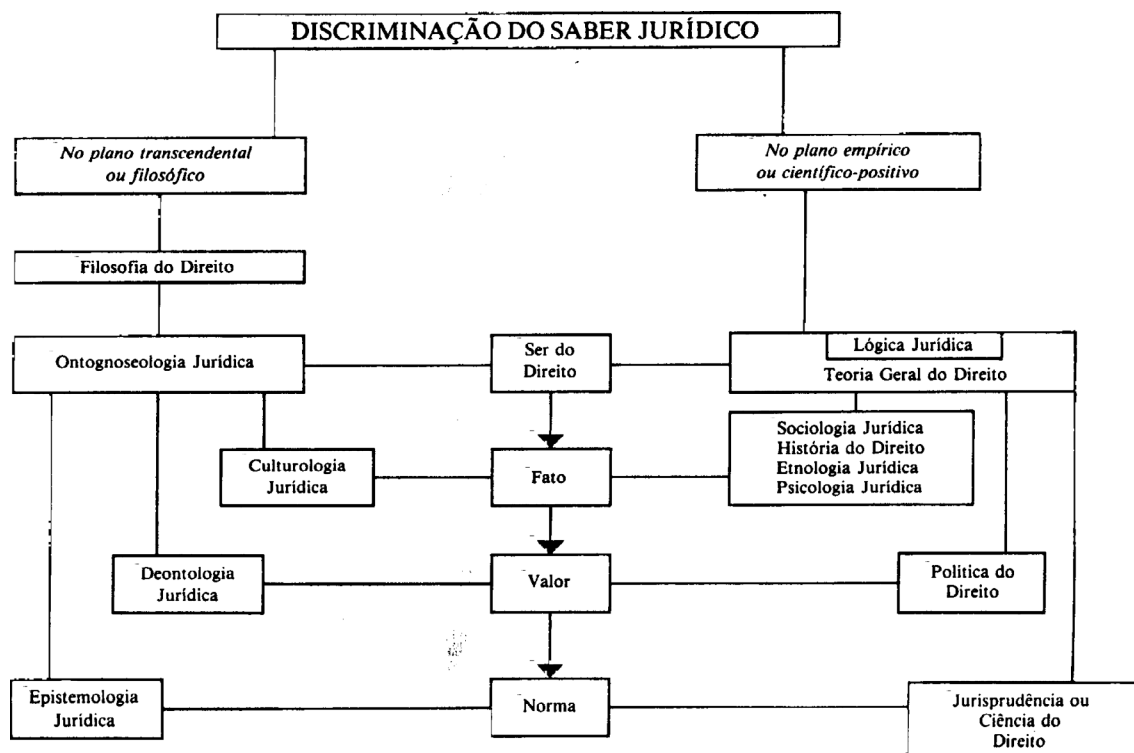
43 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 18ª edição, 1997, p.610.

44 Elías Díaz. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 1982, p. 123.

no plano histórico e social, de uma tábua de *valores*, que fundamentam e legitimam essa coercibilidade numa sociedade democrática aberta e pluralista.

Portanto, para que se fale em Direito, na plenitude de seu significado, é preciso que se tenha presente a *eficácia* de certas normas de comportamento, *formalizadas* segundo regras preestabelecidas, e *legitimadas* pela aderência a certos padrões de justiça ditados pela consciência social e histórica da humanidade.

A partir dessa visão unitária e totalizante do fenômeno jurídico, podemos apreender o direito debaixo das três perspectivas - fática, axiológica e normativa -, que põem em evidência as dimensões essenciais desse “pedaço de vida humana objetivada” que chamamos de “experiência jurídica”.



#### 4. A (PAN)CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A TRANSFORMAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM TEORIA DO CONHECIMENTO DO DIREITO

Fenômeno relativamente recente, pelo menos sob esse nome, o que os juristas atuais vêm chamando de *constitucionalização do Direito* é o propósito alimentado e realizado, sobretudo após a 2ª segunda guerra mundial – fato registrado pelo clássico Mirkine Guetzévitch<sup>45</sup> –, de se apreender nas malhas da normatividade constitucional todo o conjunto da vida social, sobretudo nos países em que as cartas políticas promulgadas após o interlúdio rebarbarizante do nazismo deixaram de ser apenas aqueles textos exortativos da democracia e das liberdades públicas, para se converterem em documentos dotados de *força normativa*

<sup>45</sup> Boris Mirkine-Guetzévitch, *Les constitutions européennes*, Paris: PUF, 1951, p. 17; e *Evolução constitucional europeia*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p. 29-30.



própria e de aplicabilidade direta e imediata – e.g. a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e a Constituição Italiana, de 1948 –, sem terem de esperar pelas sempre demoradas mediações/conformações legislativas. Daí a mais sugestiva palavra de ordem do movimento denominado *novo constitucionalismo* – “mais Constituição do que leis” –, a conclamar os operadores do direito a “falarem” diretamente com a Carta Política, sob a crença de que o seu texto lhes proverá de soluções adequadas para todas “as crises dos negócios humanos”. O mesmo viria a ocorrer, um pouco mais adiante, em Portugal, na Espanha e no Brasil, cujas Constituições são igualmente dotadas de força normativa própria e de injuntividade imediata, tornadas efetivas por tribunais constitucionais independentes, encarregados de velar pela supremacia dessas constituições e pela imperatividade dos seus preceitos. Atualmente, pode-se dizer que esse modelo de tribunais constitucionais, situados fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais<sup>46</sup>, está presente praticamente em todas as democracias contemporâneas, exceção feita ao Reino Unido, à Holanda e a Luxemburgo, que mantêm o padrão de supremacia parlamentar, como registrado, entre outros, por Roberto Barroso.<sup>47</sup>

Sobre em que consiste essa constitucionalização do direito, Riccardo Guastini – que prefere chamar de *constitucionalização do ordenamento jurídico*, por sugestão de Louis Favoreu –, diz tratar-se de um processo de transformação de um ordenamento jurídico ao termo do qual o ordenamento em questão resulta totalmente *impregnado* por normas constitucionais; e que um ordenamento constitucionalizado caracteriza-se por uma Constituição extremamente invasiva e intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais.<sup>48</sup> Para Roberto Barroso, no estudo antes citado, a ideia de constitucionalização do Direito está associada a um efeito expansivo das normas das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico, de tal sorte que os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, repercutindo não apenas sobre a atuação dos três Poderes, mas também nas relações entre particulares. Mais ainda, prossegue Barroso, nesse ambiente a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – coma sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito, reinterpretando os seus institutos sob uma ótica constitucional. Do Código Civil, antes a sobranceira “constituição do homem comum”, às mais mezinhas regras jurídicas, de ínfima hierarquia, tudo vai se constitucionalizando, a tal ponto que a expressão *norma normarum*, que antes significava ver a Constituição como simples *fonte das fontes do direito*, sem aplicação direta e imediata às relações sociais, essa expressão assume um novo e superior sentido, qual seja, o de *norma fundamental*, que filtra todas as outras, para conferir a sua validade, só reconhecida se compatível com as regras e princípios constitucionais, em sua forma quanto em seu conteúdo.<sup>49</sup> Dá-se, assim,

46 Mauro Cappelletti. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais, in *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1961, p. 38.

47 Luís Roberto Barroso. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. *Themis*, Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, vol.4, nº 2, p.65.

48 Riccardo Guastini. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, in *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (Org.). Madrid: Trota, 2005, p. 49.

49 Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmiento. *A constitucionalização do Direito*, in *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2013, p. 39.

um reaparecimento da pirâmide normativa de Kelsen, antes puramente descritiva do modo de produção/aplicação das normas – o processo legislativo formal –, agora parâmetro de controle da validade formal e material de tudo quanto se produz no ordenamento jurídico. A essa luz, repita-se, a Constituição retém nas malhas da sua normatividade todo o conjunto da vida social, desde os modelos jurídicos de maior hierarquia – como as emendas, reformas e revisões do seu texto, que para serem válidas hão de guardar conformidade com ele – até as relações entre particulares, outrora vistas como expressão da autonomia da vontade dos particulares e, nessa condição, operando nos chamados “espaços livres do direito”.

Para que essa transformação não se mostre caótica e qualquer sinal de presença da Constituição em modelos jurídicos de menor hierarquia possa considerar-se “constitucionalização” dessas regras infraconstitucionais, o citado Guastini cuidou de formular o que chamou de “condições de constitucionalização”, as quais, uma vez satisfeitas em sua totalidade, permitirão dizer-se que o ordenamento jurídico de que se trate estará “impregnado” por normas constitucionais. Para esse emérito jurista italiano, são em número de sete essas condições de constitucionalização, a saber: 1) uma Constituição rígida; 2) garantia jurisdicional da Constituição; 3) força vinculante da Constituição; 4) “sobreinterpretação” da Constituição; 5) aplicação direta da Constituição; 6) interpretação das leis em conformidade com a Constituição; 7) influência da Constituição sobre as relações políticas.

Conferindo-se se em nosso sistema jurídico estão presentes e satisfeitas todas essas condições – o que nos parece ocorrer efetivamente –, então podemos dizer que o ordenamento jurídico brasileiro está totalmente “impregnado” por normas constitucionais, com todas as consequências daí advindas, a maior das quais é compactarem-se os nossos modelos jurídicos, de todos eles – legislativos, jurisprudenciais, consuetudinários e negociais – no macromodelo constitucional e atribuir-se à hermenêutica constitucional a sobrefunção de “interpretar as interpretações” de todas as normas vigentes no direito brasileiro, seja para convalidá-las ou impugná-las, se conformes ou desconformes com as regras e princípios da Constituição de 1988.

Nesse cenário, poder-se-ia dizer que o direito constitucional “engoliu” os demais ramos do direito, assim como, em palavras de Radbruch, no Estado socialista, o direito administrativo, como direito social, teria engolido o direito civil.<sup>50</sup>

## CONCLUSÃO

Assente o caráter exemplar ou o significado paradigmático da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito – como asseverou Hans-Georg Gadamer em sua obra fundamental<sup>51</sup>; que o ordenamento jurídico brasileiro está totalmente “impregnado” por normas constitucionais; que a interpretação/aplicação de qualquer modelo jurídico deve ser feita em conformidade com a interpretação/aplicação do modelo constitucional, tal empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal; então pode-se concluir que o conhecimento do direito brasileiro confunde-se com o conhecimento da Constituição, elevando-se a hermenêutica constitucional ao patamar de nova teoria do conhecimento do direito.

<sup>50</sup> Gustav Radbruch. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 174.

<sup>51</sup> Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997, tópico 2.2.3, p. 482-505.