

A RELAÇÃO ENTRE POLÍTICA JURÍDICA E A NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Maria da Graça dos Santos Dias¹

Marisa Schmitt Siqueira Mendes²

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a relação da Política Jurídica com a Nova Hermenêutica Jurídica. Observa-se a relação entre as duas disciplinas a partir da atuação do Juiz enquanto operador do direito. Este recorre aos referentes de Justiça, Eticidade e Utilidade Social do Direito, propostos pela Política Jurídica, e às técnicas de interpretação apontadas pela Hermenêutica Jurídica, para aplicar a norma ao fato concreto. Fundado em seu poder discricionário objetiva não só auferir as normas contidas nos códigos positivados, mas também de criar novas interpretações, romper com os paradigmas postos e provocar mesmo o debate sobre certos temas polêmicos. A interconexão entre estas disciplinas é fundamental para que surja uma nova cultura jurídica, pois, atualmente, existe um pensamento jurídico voltado à elaboração de um saber que não busque apenas a precisão, a certeza, mas acima de tudo a Justiça, a Ética e a Utilidade Social do Direito

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Professora permanente do Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, nos cursos de Doutorado e Mestrado; Sócia efetiva do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito – CONPEDI. Endereço eletrônico: mgsdias@hotmail.com

2 Mestre em Ciência Jurídica com concentração em Fundamentos do Direito Positivo e linha de pesquisa Hermenêutica e Princiologia Constitucional pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – SC. Professora da Graduação da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, e do Centro Educacional de Brusque - UNIFEBE. Ex-bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Endereço eletrônico: majelul@hotmail.com.

Palavras-chave: Política Jurídica; Hermenêutica Jurídica; Norma Jurídica.

Abstract: This article aims to analyze the relationship of Legal Policy with New Legal Hermeneutics. Notes the relationship between the two disciplines from acting as the operator of the Judge's law. This uses the referents of justice, ethics and social utility of the law, proposed by the Legal Policy, and techniques of interpretation identified by Legal Hermeneutics, to apply a rule to the concrete fact. Founded in its discretion not only aims to derive the rules contained in codes positivized, but also create new interpretations, to break with the paradigms and lead to even put the debate on certain controversial issues. The interconnection between these disciplines is crucial to the emergence of a new legal culture because, currently, there is a legal thought focused on the development of a knowledge that not only look accurate, sure, but above all Justice, Ethics and Utility Social Law

Keywords: Legal Policy, Legal Hermeneutics; Legal Standard.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo precípua analisar a relação entre a Política Jurídica e a Nova Hermenêutica Jurídica. Ver-se-á que a relação existente entre as duas disciplinas é fundamental para o Operador do Direito desempenhar suas atribuições de acordo com as necessidades e transformações sociais.

No mundo contemporâneo não há mais espaço para a neutralidade do Juiz e demais Operadores do Direito. Aquele não é mais considerado como o mero aplicador da lei por meio de silogismos, sem questionamento sócio-político e sem responsabilidade pela manutenção e aperfeiçoamento da Democracia.

Lourival Vilanova³ sustenta que o legislador quando cria uma norma jurídica geral, encontra-se separado da realidade imediata da vida que lhe deu origem, observando somente o seu aspecto geral, concentrando-se em seus traços fundamentais.

O presente estudo pretende demonstrar a necessidade de reverter essa situação da norma jurídica, e fazer com que ela esteja adaptada à realidade social, sendo aplicada ao caso concreto a partir de critérios de Justiça, Eficácia e Utilidade Social.

Não se pode mais conceber que os Operadores do Direito realizem interpretações das normas jurídicas vinculando-se somente aos formalismos dogmatizados, pois, ao aplicarem o direito ao caso concreto, devem estar fundados nas demandas e dos anseios da sociedade. Eis que o distanciamento do Direito realidade social, leva-o a fugir de sua maior finalidade: distribuir Justiça visando sempre ao Bem Comum.

3 VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 182.

Silvio Dobrowolski⁴ salienta que, para que o Judiciário possa cumprir sua função de intérprete do Ordenamento Jurídico, é necessário ter capacidade inovadora e atuação constante para realizar a compreensão da conjuntura atual, tendo como base uma perspectiva firme do futuro e o desvinculamento da herança do passado que não tem mais serventia.

Neste contexto, necessário se faz refletir sobre a relação entre a Política Jurídica e a Nova Hermenêutica Jurídica, para que haja uma superação do dogmatismo jurídico, e assim, fazer direcionar o Direito para as transformações, demandas e aspirações sociais, a fim de obter uma adesão social em função de sua utilidade, eticidade e justiça, ou seja, decorrente de seu caráter de Direito Justo.

1. A POLÍTICA JURÍDICA E SEU CAMPO DE ABORDAGEM

Na perspectiva do pensamento pós-moderno⁵ faz-se necessário rever algumas considerações a respeito do Direito. Um dos principais enfoques é adequação da norma jurídica às experiências do cotidiano, pois o Direito estava distante daquilo que deveria proteger (a vida e seus valores), tornando a aplicação da norma jurídica sedimentada à estrutura do poder.

A Política Jurídica interessa-se pela norma jurídica desde

4 DOBROWOLSKI, Silvio. *A Constituição e a escola Judicial*. V.I. Revista da ESMESC, Florianópolis, 1995, p.235

5 Nas palavras de Maria da Graça dos Santos Dias, “O Paradigma Pós-Moderno vai propor a junção do sujeito e do objeto, o desindividualismo, a abertura do indivíduo ao comunitário. Não é mais o sujeito histórico – entidade abstrata, que deve realizar um projeto histórico com objetivo e direção pré-determinada – mas o tipo mítico que engendra a função de agregação social. A ambiência emocional, a empatia, a compreensão, o prazer de estar junto, o sentimento de pertença expressam, hoje, o motivo e o sentido da socialidade, para a qual cedeu espaço o social racionalizado da Modernidade. A vida cotidiana constituída por essa troca de sentimentos, crenças populares, visões do mundo, ação conjunta, discussões aparentemente banais, fundamenta a comunidade de destino”. (In DIAS, Maria da Graça dos Santos. *Direito e Pós-Modernidade*, in DIAS, Maria da Graça dos Santos et al. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. Florianópolis, 2009, p. 21).

sua criação, preocupando-se com seus valores, fundamentos e conseqüências sociais, traçando como meta a adaptação da norma às necessidades gerais da Sociedade. Destaca-se que a proposta da Política Jurídica consiste em avaliar e corrigir quando necessário o Direito posto, e com isso, construir um novo direito que possa abranger as necessidades humanas, sempre se baseando na ética, na tolerância, no respeito e principalmente na dignidade da pessoa.

Para Melo⁶, “A tarefa da Política Jurídica do Direito – vale repetir – não é de natureza descritiva, mas sim configurada num discurso prescritivo comprometido com a necessidade de configurar-se um ambiente onde se desenvolvam formas saudáveis de convivência”. Ainda, descreve que, “o papel da disciplina Política Jurídica é demonstrar as possibilidades de procura por novos caminhos para a solução das crises entre Direito e Ética, ou seja, entre Direito vigente e o Direito Justo”. Menciona o autor, que a Política Jurídica é uma disciplina a qual “cabe buscar o direito adequado a cada época, tendo como balizamento de suas proposições os padrões éticos vigentes e a história cultural do respectivo povo”⁷. Complementa ainda:

A política Jurídica considera os dados da vida em sociedade como matéria prima de suas considerações teóricas e práticas e não submete suas conclusões a um clima determinista. Tais conclusões ou escolhas terão que partir da aplicação criteriosa de juízos de valores, visto que o Direito não é uma disciplina apenas explicativa mas principalmente uma disciplina normativa que

6 MELO, Osvaldo Ferreira. *Temas Atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 65.

7 MELO, Osvaldo Ferreira. *Temas Atuais de Política do Direito*, 1998, p. 80.

tem por fim último a criação de uma sociedade tão harmoniosa e justa quanto for possível⁸.

Na concepção de Bittar, a norma sob o ângulo da Ciência Jurídica da Modernidade, apresenta-se no Mundo Contemporâneo socialmente ineficaz⁹, e diante disso, a Política Jurídica propõe a revisão e adequação normativa, de acordo com o contexto social.

A pós-modernidade¹⁰ insiste na idéia de que os valores não se apresentam como elementos definitivos, mas temporais, e, assim, respondem às necessidades relativas de seres humanos engajados em relações transitórias, marcadamente sócio-históricas.¹¹

Neste sentido a Política Jurídica adentra no cenário da pós modernidade, pois considera a realidade social e o mundo dos valores, na construção da norma desejável, e não propõe a criação de um Direito imutável.

Maria da Graça dos Santos Dias¹², enfatiza a incumbência dos filósofos e teóricos do Direito de “refletir sobre a dramaticidade de nossos tempos e sobre a importância de perceber as formas nascentes de socialidade, pois estas são consideradas fontes de inspiração para revisão constante do Direito posto e referenciais fundamentais para a construção de um direito novo”. Afirma ainda, que “a revisão do

8 MELO, Osvaldo Ferreira. *Temas Atuais de Política do Direito*, 1998, p. 81-82.

9 BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 89.

10 Para Moacyr Motta da Silva, “(...) a expressão Pós-Modernidade compõe-se, do ponto de vista léxico, de duas categorias gramaticais. A primeira se constitui do prefixo pós. Origina-se do Latim e escreve-se post. Designa o que vem depois, atrás, em seguida. A segunda chamada Modernidade, pertence à classe dos substantivos abstratos. Do ponto de vista do tempo cronológico significa momento atual, agora”. (*In* SILVA, Moacyr Motta. Rumo ao pensamento jurídico da Pós-Modernidade, *in* DIAS, Maria da Graça dos Santos et al. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. 2009, p. 127).

11 BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. 2005, p. 143.

12 DIAS, Maria da Graça dos Santos. Direito e Pós-Modernidade, *in* DIAS, Maria da Graça dos Santos et al. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. 2009, p. 25.

Direito tem por objetivo levá-lo a adequar-se às demandas concretas e sempre renomadas de Justiça, colocadas pela Sociedade”, por fim, enfatiza, que “o caráter de justiça do Direito desvela sua eticidade e seu modo de nascimento societal expressa seu caráter democrático.

Nesta perspectiva, importante trazer a baila as considerações de Warat¹³:

Enfim, quando uma sociedade sente a necessidade de sair de um Estado poluído de proibições, ela deve repensar a função jurídica e estatal, passando a ver suas instituições como um lugar de produção coletiva de desejos, considerando a ordem fora de seu lugar consagrado, isto é, criando uma ordem carnavalizada e percebendo a democracia como um espaço social polifônico.

Complementa o autor que a Política Jurídica é vista como uma complexidade de práticas do Direito vinculadas ao processo de autonomia social e individual. Assim, a Política Jurídica não é considerada como um exercício exclusivamente racional, e sim, como um saber que estimula a criação de novos vínculos e valores.¹⁴

Destaca-se ainda na concepção de Warat¹⁵, a importância de uma Política Jurídica que pretenda considerar o Direito desde o lugar dos acontecimentos, da cidadania, e do ponto de fuga, dos quais emergem virtuais novos destinos sociais. Trata-se, da Política Jurídica

13 WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdades integradas de Santa Cruz do Sul, 1985, p. 26.

14 WARAT, Luis Alberto. Prefácio da obra de MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 12.

15 WARAT, Luis Alberto. Prefácio da obra de MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*. 1994, p. 12-14.

vista como um acontecimento de ruptura, um gesto fundador de um novo pulsar social, a Política do limite, em outras palavras, a Política Jurídica como uma prática política da esperança. Desta forma, fica situada a Política Jurídica como uma instância da Filosofia Política comprometida com o futuro da autonomia e da transformação.

Conforme Ferreira de Melo¹⁶, para a concepção de um conceito sobre Política Jurídica se faz oportuno, apresentar a existência de um pluralismo conceitual para o tema, considerando, ainda que superficialmente, elementos das teorias Jusnaturalistas¹⁷, Normativistas¹⁸, Empiristas¹⁹ e Culturalistas²⁰, para ao final tentar discorrer sobre o

16 MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*, 1994, p. 23-24.

17 O jusnaturalismo pode ser caracterizado – entre outras acepções – pela busca e imposição do direito em dogmas de uma Justiça Natural transcendente e conectada com os conceitos de moral cristã. Os postulados dos Jusnaturalismo destacam o preceito de que justo é só aquele compadecente com o direito natural, ao qual todo o direito positivo deve adequar-se, e assim, depreende-se que para o jusnaturalismo a Política Jurídica teria, dentre outras, a função de “influir na clareza e na beleza das leis”. (In MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*, 1994, p. 24/28).

18 De acordo com o pressuposto normativista, somente “a norma formalmente válida faz algo ser jurídico”, ou seja, trata-se de um resultado da Escola Positivista, que pretendeu fundamentar a norma como referência científica para o Direito e como limite para o controle social desempenhado pelo Estado. Nesse sentido, Melo relata que a concepção de que só a norma formalmente válida faz algo ser jurídico, é essencial na dogmática Kelseniana e assim, fora do exame das normas, nada mais poderia importar ao renomado juscientista. Com isso, fica evidente a acepção normativista de atuação da Ciência Jurídica vinculada ao “direito que é” e a preocupação da Política Jurídica com o “direito que deve ser”, estabelecendo-se dessa maneira a consideração de Kelsen no sentido de definir o objeto da Política Jurídica como disciplina de cunho não-científico limitada ao direito que deve ser e o direito como deve ser feito. (In MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*, 1994, p. 29/38).

19 A doutrina empirista, enquanto outro sópé positivista pode ser entendido como uma teoria do conhecimento segundo a qual todo conhecimento humano deriva, direta ou indiretamente, da experiência sensível externa ou interna. Todavia, nas lições de Osvaldo Ferreira de Melo descobre-se que a questão sobre a qual se fundamenta a visão de Alf Ross em relação à Política do Direito deriva de uma delimitação pouco precisa do objeto da Política do Direito. Segundo o autor é inaceitável a posição de Ross quando entende a Política do Direito como mera “sociologia jurídica aplicada ou técnica legislativa”. (p. 40). Insiste, ainda, que a Política Jurídica cumpre apenas o papel de “guia”, de “estrela polar”, como se política não fosse ação e sim mero “lócus” indicativo. Esse guia serviria ao legislador, as autoridades que administram o Direito, como também particularmente aos juízes.

Ross, em razão das restrições que lhe impõe a sua metodologia, é levado a confundir o aspecto técnico contido na norma [...] com o sentido ético, político e social da mesma”. Para Melo, entretanto, “O objetivo da Política Jurídica nesta visão ampla [...] escaparia ao reducionismo dos empiristas”. (In MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*, 1994, p. 39/45).

20 Mello inicia este tópico acrescentando que a Política Jurídica, “é o mais adequado instrumental

“direito que é” e sobre o “direito que deve ser”.

Segundo o referido professor a falta de acordos semânticos nesta área tem dificultado a formulação de um saber teórico sobre Política Jurídica e mesmo impedindo sua caracterização como disciplina autônoma, com âmbito e objeto universalmente aceitos.²¹

Maria da Graça dos Santos Dias²² destaca a importância de apontar um campo de conhecimento jurídico que coteje, especificamente, a avaliação crítica do Direito, ou seja, que não trate apenas do *ser*, mas também do *dever ser* do Direito.

Alf Ross²³ considera a Política Jurídica como “uma arte, uma habilidade prática, na qual o valor do resultado é medido por ser, de fato, aceito pelos outros, particularmente por aqueles que detêm o poder, com a decisão que melhor harmoniza todas as atitudes dominantes e as crenças operativas”.

O referido autor busca os fundamentos da Política Jurídica no conhecimento sociológico-jurídico, interligando a aplicação das normas e a conduta humana, ou ainda, busca o conhecimento da influência da conduta humana na determinação das normas.²⁴

Assim, notório o significado da Sociologia quando se trata da Política Jurídica, vez que de acordo com Gilberto Callado de

de que dispõe o jurista para participar do esforço de todos os cientistas sociais no direcionamento das mudanças sócio-econômicas, levando em conta as utopias da transmodernidade”. Miguel Reale contribui para o melhor entendimento do papel que possa e deva a Política Jurídica desempenhar nos tempos presentes. Para ele “merece atenção o fato de a Política Jurídica figurar como parte culminante da Teoria do Estado, tanto no campo do saber político, quando no do saber jurídico; é que ela representa o ponto de intercessão ou de interferência das duas pesquisas no plano empírico-impositivo como prudência legislativa e jurídica”.(In MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*, 1994, p. 47).

21 MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*, 1994, p. 45/52.

22 DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. Florianópolis: Momento Atual, 2003, p.83.

23 ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 379

24 ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2003, p. 381-382.

Oliveira²⁵, a sociologia jurídica é “uma das vertentes preparatórias do processo de elaboração da lei, voltada ao estudo crítico dos fenômenos sociais”.

Entende-se que a norma jurídica deve atender aos critérios de conveniência e de oportunidade. A norma para garantir sua vigência deverá ser justa²⁶, atendendo principalmente as necessidades da sociedade.

Melo²⁷ considera o Operador Jurídico como o maior construtor da cidadania, e com isso destaca que a Política Jurídica, “é o mais adequado instrumental de que dispõe o jurista para participar do esforço de todos os cientistas sociais no direcionamento das mudanças sócio-econômicas, levando em conta as utopias da transmodernidade”.

O referido professor considera que o estudo do objeto da Política Jurídica deve ser realizado em três planos:

(...) a Política Jurídica pode ser estudada em três planos: no epistemológico, onde cabe a análise axiológica do “direito que é”; no psicossocial onde se verifica não só a existência de representações

25 OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Sociologia juspolítica*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004, p. 27.

26 Para compreender a categoria de Justo na Política Jurídica, faz-se necessário apresentar considerações do Professor Dr. Osvaldo Ferreira de Melo em sua obra “Fundamentos de Política Jurídica” resumindo-se da seguinte forma: “a norma será considerada injusta por manifestações da consciência jurídica social, sempre que ocorram, isolada ou concomitantemente as seguintes circunstâncias: a) Impedimento às aspirações de compartilhamento e co-participação que são decorrentes dos ideais de liberdade e igualdade; b) Inadequação na desejada simetria entre reivindicações sociais e respostas normativas de *lex ferenda* ou de *sententia ferenda*; c) Dessintonia entre verdade (conhecimento empírico da realidade) e os mandamentos ou impedimentos ocasionados por disposições normativas; d) Conflito entre a norma jurídica e norma moral, o que provoca forte sentimento de ilegitimidade ética; e) Flagrante inutilidade de disposições legais que venha gerar perturbações em práticas sociais consagradas.” (In MELO, Osvaldo Ferreira. *Temas Atuais de Política do Direito*, 1998, p. 35).

27 MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*, 1994, p. 47.

jurídicas e de outras manifestações da consciência jurídica da sociedade e, finalmente, no campo operacional, onde se montam as estratégias para modificar ou afastar «o direito que não deve ser» e criar o direito «que deve ser».²⁸

Gilberto Callado de Oliveira²⁹ apresenta sua concepção do objeto da Política Jurídica:

O objeto da política jurídica é, como vimos, uma verdade operável desde a perspectiva da juridicidade. Exclusivamente considerado, o conhecimento político não teria outro objeto senão definir retamente e pôr em prática os meios de governo mais adequados para que as condutas humanas, sempre suscetíveis à defectibilidade, não se desviem do bem comum. Mas este objeto se une ao do conhecimento do direito, para formar uma decisão político-jurídica, tomada em circunstâncias concretas, com vistas à realização da justiça.

A Ciência do Direito precisa adaptar-se ao novo contexto apresentado pela Política Jurídica, e assim romper suas barreiras rígidas para, então, adaptar-se aos grandes acontecimentos e transformações vivenciados pela Sociedade na transmodernidade. É notório que, para ocorrer essa adaptação, necessário enfrentar

28 MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*, 1994, p. 50.

29 OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da Política Jurídica*. Itajaí: Editora da Univali, 2001, p. 41.

um processo de transição, no qual acontecerá grandes conflitos ideológicos diante dos confrontos de valores, de costumes, do modo de correto agir, enfim, de definir o conceito de “Justiça” existente na Sociedade.

É notório que esse período de transição não será motivo para desistir da proposta da Política Jurídica, sendo necessário enfrentá-lo e analisar profundamente as normas jurídicas já existentes em nosso Ordenamento Jurídico, e assim poder criar um novo Direito adequado a responder as necessidades sociais.

Necessário pensar alguns critérios essenciais para que haja a devida e correta interpretação da norma jurídica, já existente em nosso Ordenamento Jurídico, diante do contexto social atual.

2. A NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA E SUAS PRINCIPAIS PROPOSTAS

Para falar sobre “Hermenêutica Jurídica”, necessário se faz apresentar considerações preliminares sobre a norma jurídica. Toda norma jurídica carece de interpretação, e quando o operador do direito se depara com um caso concreto busca no ordenamento jurídico uma norma abstrata que deverá ser aplicada, realizando a interpretação do direito.

A categoria³⁰ *norma* é definida por Osvaldo Ferreira de Melo como *toda regra que serve de pauta a uma conduta ou para agir*³¹. Se a norma for *jurídica*, apresenta duas características essenciais: a

30 “Palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”. PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica - idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 7 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p. 229.

31 MELO, Osvaldo Ferreira. *Dicionário de Política Jurídica*. 2000, p. 68.

coercibilidade³² e a exigibilidade³³.

Segundo Eros Grau³⁴ a norma jurídica é legítima quando dotada de legitimidade, ou seja, quando houver relação entre o comando nela consubstanciado e o consentimento da Sociedade.

É legítimo admitir que as normas jurídicas são aquelas produzidas, de uma certa maneira por fontes determinadas, dotadas de qualidades específicas e providas de um caráter coercitivo. A juridicidade existente na norma é uma referência a certa técnica de produção de instrumentos com vocação para construir modelos que devem ser obrigatoriamente realizados³⁵.

Portanto, dizer que uma norma jurídica é legítima, somente é possível se for acrescentada à afirmação inicial, o momento histórico a que pertence, haja vista que será legítima somente enquanto for o espelho do anseio de direito da Sociedade daquele momento.

Toda lei enseja interpretação, e o processo hermenêutico tem, sem dúvida, relevância superior ao próprio processo de elaboração legislativa, uma vez que será através da interpretação da norma que esta será aplicada e inserida dentro de um contexto fático específico, adequada a toda uma realidade histórica e aos valores dela decorrentes.³⁶

Assim, para realizar a interpretação e conseqüentemente

32 Qualidade que tem a norma jurídica de autorizar ou negar o exercício de uma pretensão, sob ameaça de coerção (In MELO, Osvaldo Ferreira. *Dicionário de Política Jurídica*. 2000, p. 21).

33 Faculdade que a lei assegura aos cidadãos, dando-lhes meios jurídicos de agir na defesa de direitos ameaçados ou feridos, contra quem os lesou. A exigibilidade é uma característica exclusiva da norma jurídica, por ser garantida pelo poder coercitivo do Estado (In MELO, Osvaldo Ferreira. *Dicionário de Política Jurídica*. 2000, p. 30-31).

34 GRAU, Eros Roberto Grau. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

35 BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 38.

36 LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999, p. 155.

aplicação da norma jurídica, o intérprete não pode ignorar a realidade social, os valores que envolvem a atividade judicial e jurisdicional de maior justiça e solidez. A solução contida na lei não é plena, é forçoso recorrer-se a outras fontes e perseguir o chamado direito justo.

Rogério Gesta Leal³⁷ considera que inexiste norma jurídica sem ser interpretada, e ressalta que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública do espaço social e político em que tem vigência. Reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, como preceitua o positivismo jurídico.

A palavra Hermenêutica provém do latim *hermeneutica*, que significa o que interpreta ou o que explica³⁸. Em sentido *lato*, é considerada um método universal que permite a compreensão da história, ou mesmo a compreensão que o homem tem de si mesmo, e verifica-se que o conhecimento histórico e a epistemologia das ciências humanas compartilham com a natureza fundamental da existência humana. Ainda, destaca-se que, a hermenêutica ou o círculo hermenêutico permite uma conjugação entre o intérprete e seu texto para, a partir daí, transformá-lo numa unidade de compreensão.³⁹

Segundo Carlos Maximiliano⁴⁰, a hermenêutica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito, sendo considerada a teoria científica da arte de interpretar.

37 LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*.1999, p. 155.

38 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, p. 761.

39 SPAREMBERGER, R. F. L. História e hermenêutica na obra de Hans-Georg Gadamer. In: Raquel Fabiana Lopes Sparemberger. (Org.). *Hermenêutica e argumentação: em busca da realização do Direito*. 1 ed. Ijuí e Caxias do Sul: Editora da Unijuí e EDUCS., 2003, p. 20.

40 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19.ed. Rio de Janeiro:Forense, 2003, p. 1-2.

Hans-Georg Gadamer⁴¹, em sua obra *Verdade e Método*⁴², assevera que a hermenêutica não é um método para se chegar à verdade e que o problema hermenêutico não é, por sua vez, um problema de método. Segundo o autor, a hermenêutica não seria uma metodologia das ciências humanas, mas uma tentativa de compreender as ciências humanas. A compreensão das coisas e a correta interpretação não se restringem à ciência, mas à experiência humana, principalmente no que se refere ao fenômeno da linguagem como experiência humana de Mundo.

Gadamer apresenta uma nova proposta de hermenêutica. Sustenta que para interpretar não é possível livrar-se da referência histórica do ser humano, nem de suas tradições, pois estamos embarcados nessa tradição e para chegar-se à compreensão se dependerá da faticidade e historicidade do intérprete. É necessário compreender a norma a partir de uma pré-compreensão, fazendo uma idéia do conjunto do objeto. A tarefa de compreensão e interpretação da norma implica a recorrência à tradição e historicidade.

Afirma Zeifert⁴³: “Os estudos do ponto de vista de Gadamer foram fundamentais para a criação da uma hermenêutica crítica. Constitui-se numa tentativa de romper as formas mais arcaicas de interpretação baseada em um saber reprodutivo do Direito”.

Na concepção de Lênio Luiz Streck “(...) O processo

41 Hans-Georg Gadamer é um dos filósofos mais respeitados no campo da hermenêutica filosófica. As investigações de Gadamer se dirigem ao estudo das condições de possibilidades da interpretação e da compreensão, em especial no âmbito das ciências humanas, estabelecendo as características e pressupostos fundantes de uma teoria geral da compreensão, de matriz nitidamente heideggeriana, efetuando o que se pode denominar de um giro ontológico em direção ao que vem a ser o objetivo da compreensão: a linguagem. (In, GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997).

42 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997

43 ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. Da hermenêutica à nova hermenêutica: o papel do operador jurídico. In SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (org). *Hermenêutica e Argumentação* : em busca da realização do direito. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003, p. 173.

hermenêutico é sempre produtivo(...)"⁴⁴. Acrescenta: "Gadamer acentua que a interpretação da lei é uma tarefa criativa"⁴⁵. Essas ponderações fazem concluir que a simples idéia da existência de uma dogmática completa parece absurda, e isto sem levar em conta que, de fato, a capacidade criadora de direito de cada Casa está constantemente preparando a base a novas codificações.⁴⁶

Com isso, nenhum intérprete pode reconstruir a intenção do legislador sem assumir o que sua própria pré-compreensão faz, traduzindo sua historicidade e sua tradição, sendo que esse processo interpretativo produz a cada nova leitura um novo sentido, que deverá ser aplicado ao caso concreto. Dessa maneira, não se pode falar de uma "verdade" na interpretação, como se fosse um conhecimento fixo ou pré-existente à compreensão, mas se trata de uma "verdade" construída dialógica, consensual e procedimentalmente.

Lênio Luiz Streck⁴⁷ destaca que

(...) fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)a hermenêutica jurídica tradicional-objetivante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência.

44 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 217.

45 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2007, p. 218.

46 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2007, p. 219.

47 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2007, p. 234.

Complementa o autor que não há um dispositivo constitucional que seja totalmente disposto de eficácia contida, de eficácia limitada ou de eficácia plena, sendo que a eficácia do texto do dispositivo advirá de um trabalho de adjudicação de sentido, que será feito pelo hermenêuta/intérprete, utilizando-se evidentemente de sua inserção no mundo através da intersubjetividade.⁴⁸

A Nova Hermenêutica Jurídica deve ser utilizada pelos operadores do direito para que haja uma interpretação das normas jurídicas adequadas ao contexto social, e não como acontece com boa parte dos juristas, que, muitas vezes desconectados da realidade social e animados por um idealismo, afastam-se cada vez mais daquela. Imaginam que basta as normas serem introduzidas nas vias de expressão formal do Direito para que, seu objetivo próprio seja alcançado. Entendem que a adequação dessas normas à vida social é um problema aleatório, que não lhes incumbe e porquanto se traduz num labor prático, que deve ser desenvolvido por uma administração pública eficiente e pelos tribunais.⁴⁹

Nessa concepção a construção e aplicação do Direito conduz a um distanciamento entre a norma e a realidade social; esta que deveria ser o seu conteúdo básico. É exatamente a adequação da norma à realidade social que garante uma ordem jurídica mais adequada a seu tempo.

O Direito deve acompanhar as mutações sociais, mas, não raro o Ordenamento Jurídico é acusado de ser ineficaz e inapto ao atendimento do apelos da Sociedade contemporânea. O hermenêuta deve, portanto, mediante sua atividade, enriquecer a interpretação, de modo a fornecer à norma a pluralidade de sentidos que ela pode

48 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2007, p. 234.

49 MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito como obstáculo à transformação social*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 181.

comportar.

3. A POLÍTICA JURÍDICA E A NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA FACE À ATUAÇÃO DO OPERADOR DO DIREITO

Toda sociedade humana está sujeita a mudanças de diversas naturezas, algumas condicionadas por circunstâncias externas e outras originadas dentro de seu próprio seio. Isso exige a revisão constante do Direito para que possa acompanhar o dinamismo próprio da vida da Sociedade.

A Política Jurídica e a Hermenêutica Jurídica estão intimamente relacionadas, possuindo mesmo alguns objetivos em comum. A primeira pretende avaliar o Direito posto e criar um novo Direito, a segunda compreender e interpretar as normas jurídicas existentes, sendo que ambas duas traçam como meta principal, a “criação, avaliação, adequação ou interpretação” das normas jurídicas de acordo com as transformações sociais e as experiências da vida cotidiana.

A interrelação das duas disciplinas permite ainda ao Operador do Direito utilizar a Política Jurídica (que tem o compromisso com o agir e com o que a norma deva ser), e a Hermenêutica Jurídica através de suas técnicas de interpretação, para realizar os valores de Justiça, Ética, Utilidade Social e Segurança Jurídica. Desse modo o Operador de Direito terá fundamentos para aplicar a norma ao fato concreto e não só auferir as normas contidas nos códigos positivados, criar novas interpretações, romper com os velhos paradigmas e provocar novos debates sobre temas polêmicos da atualidade.

Essa interconexão entre a Política Jurídica a Hermenêutica Jurídica é fundamental para a criação de uma nova cultura jurídica,

pois existe atualmente um pensamento jurídico voltado à elaboração de um saber que não busque apenas a precisão, mas acima de tudo a Justiça, a Ética, a Estética e a Utilidade Social do Direito.

Os Operadores do Direito já não mais podem contentar-se com simples deduções a partir da observância fria dos textos legais. Precisam reportar-se não apenas à letra da lei, mas à intenção que guiou sua redação, à vontade do legislador e o contexto sócio político de sua produção. Assim poderão atualizar os sentidos dos textos legais face às demandas da realidade social atual e aos valores prevalentes na sociedade.⁵⁰

Rogério Gesta Leal⁵¹, afirma que a forma de construção do jurídico faz com que haja um distanciamento entre a norma e a realidade social, que deveria ser o seu conteúdo básico, se assim fosse, necessariamente, resultaria em uma ordem social mais adequada a seu tempo.

Moacyr Motta da Silva⁵² destaca a importância das duas disciplinas tratadas no presente artigo, e adverte que a chamada crise no Poder Judiciário, no que tange a demora da prestação jurisdicional cresce em tamanho inimaginável e, para tentar modificar essa realidade, necessário investigar as novas instâncias da consciência jurídica da Sociedade, para a fundamentação do Direito. Sustenta que todo o acervo do conhecimento antropológico, ético, moral, político, sociológico é encontrado, em estado fragmentário, nas práticas sociais, e deve o operador do direito apreendê-lo, entendê-lo e sistematizá-lo criticamente, para a construção do fundamento do Direito.

50 LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*. 1999, p. 85.

51 LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*. 1999, p. 94.

52 SILVA, Moacyr Motta. Rumo ao pensamento jurídico da Pós-Modernidade, in DIAS, Maria da Graça dos Santos et al. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. 2009, p. 138.

Quando se trata da Hermenêutica Jurídica, importante destacar que a interpretação consiste em ferramenta indispensável para boa compreensão da norma que compõe o ordenamento jurídico, e visa, sobretudo, resguardar os preceitos da democracia social, ao levar em conta a realidade sócio-cultural no momento da aplicação da norma, por meio do recurso aos métodos interpretativos.

Atahualpa Fernandez⁵³ destaca que quando as normas negam conscientemente a vontade da Justiça, ou seja, quando os princípios, os direitos e as garantias consagradas são arbitrariamente violados, carecem tais normas de legitimidade e validade. Não se pode, pois, conceber o direito, de outra maneira senão enquanto destinado a servir à justiça. E quando a injustiça não é oportunamente eliminada pelo legislador, corresponde ao operador do Direito o dever e a coragem de eliminá-la, de superar o pretense caráter jurídico das normas arbitrariamente impostas. Esse é o papel que cabe ao político do direito na sua práxis hermenêutica.

O Político do Direito atua imbuído da sua sensibilidade e capacitado para trabalhar na edificação de um ordenamento jurídico justo e útil à Sociedade desapegado das rígidas exigências da Ciência Jurídica. Essa sensibilidade a que se refere, é aquela que se extrai como hermenêutica jurídica, da Política do Direito, cujo fim é conduzir um olhar dirigido ao outro como reflexo de si mesmo, compreendendo que o ser - outro revela a mesma natureza humana do ser-eu.⁵⁴

As normas do Direito devem ser instituídas para que haja justiça e não somente para que hajam regras jurídicas, ou seja, alçar o Direito ao mais elevado nível de humanidade, um Direito comprometido com a humanização do homem pela eticização de

53 FERNANDES, Atahualpa. *Argumentação Jurídica e Hermenêutica*. São Paulo: Impactus, 2007, p. 92.

54 SILVA, Moacyr Motta. Rumo ao pensamento jurídico da Pós-Modernidade, in DIAS, Maria da Graça dos Santos et al. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. 2009, p. 134-135.

suas relações.⁵⁵

O Direito desempenha um papel fundamental para que haja a ruptura de um estilo de vida dominada pela razão lógica, pelo individualismo, pelas leis do mercado, bem como na afirmação estética da convivialidade, que funda a ética das relações humanas e sociais, devendo o Direito compor legalidade e eticidade para que, com eficácia, os ideais democráticos, a vida em todas as manifestações.⁵⁶

Nesse sentido, sem dúvida alguma, a tarefa do Operador do Direito é complexa, pois para a aplicação da norma jurídica ao caso concreto necessário se faz interpretar os princípios e as regras existentes em nosso Ordenamento Jurídico, ultrapassar a dogmática jurídica e tentar construir um direito renovado adaptado às exigências da realidade

Por fim, destaca-se que cabe ao Direito e a seus operadores compreender a complexidade da vida humana e social, e responder em conjunto com as demais ciências aos apelos da realidade e dialogar com a sociedade, recuperando seu protagonismo na construção de relações sociais mais justas e éticas.⁵⁷

55 DIAS, Maria da Graça dos Santos. Direito e Pós-Modernidade, in DIAS, Maria da Graça dos Santos et al. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. 2009, p. 27.

56 DIAS, Maria da Graça dos Santos. Direito e Pós-Modernidade, in DIAS, Maria da Graça dos Santos et al. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. 2009, p. 29.

57 DIAS, Maria da Graça dos Santos. Refletindo sobre a Criança e o Adolescente, in DIAS, Maria da Graça dos Santos et al. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. 2009, p. 66.

Considerações Finais

O artigo que por ora apresentamos desenvolveu-se com o objetivo central de realizar uma análise reflexiva sobre a interrelação entre a Política Jurídica e Nova Hermenêutica Jurídica. Essa ligação entre as disciplinas é fundamental para a construção de uma nova cultura jurídica. Atualmente, existia um pensamento jurídico voltado à elaboração de um saber não apenas preciso e apto a garantir a certeza e a segurança jurídica, mas comprometido com a realização de um Direito, Ético, Justo e Socialmente Útil.

Destaca-se que a interpretação da norma – hermenêutica – deve ser construída e alicerçada na realidade de uma sociedade em constante evolução social, política, econômica, espiritual, etc., sem isso a interpretação sofreria um sério risco de julgar-se vazia e calcada em notório subjetivismo

Ao jurista, portanto, cabe o esforço de capacitação para compreender a complexidade dos conflitos humanos e sociais, pois o modelo de Estado que ora se vivencia, repleto de imperfeições, exige que o poder de decisão judicial se referende em um sábio domínio Hermenêutica e Argumentação do Direito.

Não se concebe hoje ser o Operador do Direito indiferente às transformações sociais, adotando postura de extremo legalismo, sem tomar consciência de que está em suas mãos a responsabilidade e o poder de extrair dos sistemas dogmáticos positivos os significados e o sentidos da norma jurídica para a solução de um caso concreto. Ele exercerá um papel político-jurídico, sem pôr em risco o Estado de Direito, de corrigir os excessos de abstração das normas, e adaptar seu preceito à realidade dos fatos.

A Política Jurídica deve atuar na criação, confirmação ou alteração do Direito, e acompanhar a norma jurídica desde o nascedouro até a sua aplicação ao caso concreto, para permanecer fiel aos desejos e interesses de uma Sociedade em constante mutação.

Destaca-se finalmente, que a interrelação entre a Política Jurídica e a Hermenêutica Jurídica é de fundamental importância, tanto no nível teórico quanto da práxis e que os Operadores do Direito já não mais podem limitar-se a simples deduções lógicas dos textos legais, mas precisam reportar-se, desde a letra da lei, às condições sócio-históricas de sua produção para avaliar sua adequação à realidade presente.

Referências Bibliográficas

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

_____. Direito e Pós-Modernidade, in DIAS, Maria da Graça dos Santos *et al. Política Jurídica e Pós-Modernidade*, 2009.

_____. Refletindo sobre a Criança e o Adolescente, in DIAS, Maria da Graça dos Santos *et al. Política Jurídica e Pós-Modernidade*, 2009.

DOBROWOLSKI, Silvio. *A Constituição e a escola Judicial*. V.I. Revista da ESMESC, Florianópolis, 1995.

FERNANDES, Atahualpa. *Argumentação Jurídica e Hermenêutica*. São Paulo: Impactus, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GRAU, Eros Roberto Grau. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19.ed. Rio de Janeiro:Forense, 2003.

MELO, Osvaldo Ferreira. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis:OAB/SC, 2000.

_____. *Temas Atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

_____. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994 .

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Barsa. 1970

MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito como obstáculo à transformação social*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da Política Jurídica*. Itajaí: Editora da Univali, 2001.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica - idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 7 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

SILVA, Moacyr Motta. Rumo ao pensamento jurídico da Pós-Modernidade, in DIAS, Maria da Graça dos Santos *et al.* *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. 2009.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SPAREMBERGER, R. F. L. História e hermenêutica na obra de Hans-Georg Gadamer. In: Raquel Fabiana Lopes Sparemberger. (Org.). *Hermenêutica e argumentação: em busca da realização do Direito*. 1 ed. Ijuí e Caxias do Sul: Editora da Unijuí e EDUCS., 2003.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Sociologia juspolítica*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004.

VILANOVA. Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdades integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

_____. Prefácio da obra de MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. Da hermenêutica à nova hermenêutica: o papel do operador jurídico. In SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (org). *Hermenêutica e Argumentação : em busca da realização do direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

