

HERMENÊUTICA, CONSTITUCIONALISMO E AS NECESSÁRIAS CRÍTICAS À DOGMÁTICA JURÍDICA¹

HERMENÉUTICA, CONSTITUCIONALISMO Y LAS NECESARIAS CRÍTICAS A LA DOGMÁTICA LEGAL

Lenio Luiz Streck²

Resumo: O presente trabalho objetiva fazer uma análise do Constitucionalismo Contemporâneo – ou novo Constitucionalismo - a partir de sua incompatibilidade com a sobrevivência do positivismo jurídico clássico, em suas vertentes exclusivistas, posto que este configura-se como uma barreira ao próprio desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que finca pé na busca de uma espécie de vontade geral perdida. Sendo a força normativa da Constituição uma das principais características desse novo Constitucionalismo, que implementa obrigações positivas, o trabalho faz, ainda, uma análise da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões e dos limites da hermenêutica constitucional, de modo que todas as formas de decisionismo e discricionariedades sejam ser afastadas.

Palavras-chave: novo constitucionalismo; hermenêutica; positivismo jurídico; jurisdição constitucional; decisionismo.

Resumen: El presente estudio tiene como objetivo analizar el constitucionalismo contemporáneo - o nuevo Constitucionalismo – a partir de su incompatibilidad con la supervivencia del positivismo jurídico clásico, en sus hebras exclusivistas, ya que esta aparece como una barrera para el propio desarrollo de un Estado Democrático de Derecho, en la medida em que busca una especie de voluntad general perdida. Siendo la fuerza normativa de la Constitución uma de las características clave de este nuevo constitucionalismo, que implementa obligaciones positivas, el

¹ Data de recebimento do artigo: 04.09.2014.

Datas de pareceres de aprovação: 05.09.2014 e 09.09.2014.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 28.10.2014.

² Doutor em Direito do Estado; Pós-Doutor em Direito Constitucional e Hermenêutica; Ex-Procurador de Justiça-Brasil; Professor Titular da Unisinos-RS e da Unesa-RJ. www.leniostreck.com.br.

estudio también analiza la jurisdicción constitucional en la búsqueda de la consecución de los derechos constitucionales de diversas dimensiones y los límites de la hermenéutica constitucional, de modo que todas las formas de decisionismo y discreciones se van a eliminar.

Palavras-clave: nuevo constitucionalismo; hermenêutica; positivismo jurídico; jurisdicción constitucional; decisionismo.

1. A revolução copernicana provocada pelo Constitucionalismo Contemporâneo e a (falta de) compreensão hermenêutica do fenômeno

O século XX foi generoso para com o direito e a filosofia. No direito, o segundo pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro.

Na filosofia, o giro ontológico-linguístico operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da hermenêutica.³ A linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto, recebe o *status* de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo. Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios, isto porque se no paradigma da metafísica clássica os sentidos “estavam” nas coisas e na metafísica moderna na mente (consciência de si do pensamento pensante), na guinada pós-metafísica o sentido passa a se dar na e pela linguagem.

É no interior destas duas revoluções que o novo constitucionalismo supera o positivismo. Afinal, “el constitucionalismo tradicional era sobre todo una ideología, una teoría

³ Este artigo é fruto de um conjunto de pesquisas desenvolvidas no *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, tendo já parte dele inserido em outros textos.

meramente normativa, mientras que el constitucionalismo actual se ha convertido en una teoría del Derecho opuesta al positivismo jurídico como método.”⁴

Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre o Constitucionalismo Contemporâneo⁵ (ou, se assim se quiser, o constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do segundo pós-guerra) e o positivismo jurídico. É nesse contexto que Suzanna Pozzolo faz um apanhado de um conjunto de incompatibilidades entre o que ela considera ser o novo constitucionalismo (que ela e muitos juristas italianos, espanhóis, mexicanos e brasileiros denominam de neoconstitucionalismo) e o positivismo: a) o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral. Como contraponto, o neoconstitucionalismo seria uma “ideologia política” menos complacente com o poder; b) o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando à incompatibilidade, neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista. No Estado constitucional, pelo contrário, a função e a hierarquia da lei têm um papel subordinado à Constituição, que não é apenas formal, e, sim, material; c) também há uma incompatibilidade entre neoconstitucionalismo com o positivismo visto como metodologia, porque este separou o direito e a moral, expulsando esta do horizonte jurídico. Tal separação, e a conseqüente afirmação de que o direito pode ser estudado simplesmente como fato social por um observador neutro, determinaria a incompatibilidade, já que o direito do Estado constitucional necessitaria, para ser estudado e compreendido, de uma tomada de postura moral, enfim, requereria uma atitude ética. Já o direito constitucional estaria

⁴ Cfe. Figueroa, Alfonso Garcia. La teoría del derecho em tiempos de constitucionalismo. In *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003, p. 165.

⁵ A partir da 4ª Edição do livro *Verdade e Consenso* passei a designar o constitucionalismo exsurgente pós-Segunda Guerra de Constitucionalismo Contemporâneo em contraposição as teses neoconstitucionalistas. O motivo desta mudança se deve ao fato de que o Neoconstitucionalismo apresenta-se como uma proposta difusa e que abarca várias vertentes teóricas e concepções das quais não compartilho, em apertada síntese destaco as seguintes: 1) representam de um modo geral uma pretensa superação do positivismo jurídico, pois limitada somente a sua versão primitiva desenvolvida no séc.XIX; 2) uma aceitação ou um reconhecimento da discricionariedade judicial, que, assim, deve ser apenas racionalizada; 3) e a correção moral do direito, que na prática torna-se num moralismo individual. Para maiores aprofundamentos recomenda-se a leitura do cap.6 da obra *Jurisdição e Decisão Jurídica*.

carregado de princípios morais positivados, que reconduziram ao interior do discurso jurídico as problemáticas morais⁶.

Parece evidente que Pozzollo está tratando das incompatibilidades do neoconstitucionalismo com o positivismo clássico, não estando no rol de suas preocupações as diversas variações do positivismo que se forjaram nas últimas décadas. De todo modo, comprovadas ou não as aludidas incompatibilidades, ainda é cedo para dar por encerrada a discussão acerca do declínio do positivismo – nas suas mais variadas formas – e o primado de um Constitucionalismo efetivamente pós-positivista. Afinal, autores importantes no cenário da teoria do direito e do direito constitucional, como Gregorio Peces-Barba Martínez, Javier Santamaría Ibeas e Pérez Royo, não concordam com esse declínio ou superação, fazendo, ademais, cada um ao seu modo, (ainda) uma profissão de fé no positivismo jurídico nos dias atuais. Peces-Barba considera ter havido uma continuidade, e não uma ruptura, entre o Estado de Direito e o Estado Constitucional. Em sua opinião, o que existiu foi uma transformação interna do papel dos operadores jurídicos, legais e judiciais, não sendo esse aumento do poder dos juízes, entretanto, um bom argumento contra o positivismo, senão contra alguma de suas formulações históricas. Aduz que os princípios ou os valores, se estão na Constituição, já são direito positivo e seguem sem necessitar a impossível operação de “escalar o céu” (sic), e que os juízes não são os seus únicos intérpretes. Por isto, advoga um “positivismo corrigido”, uma vez que o positivismo não pode mais se apresentar nem se identificar através dos velhos dogmas de um perfil inicial do século XIX: o direito não mais se identifica com a lei (porque o direito judicial é uma indubitável fonte de direito); o conceito de direito tem conteúdos necessários de ética pública e é inseparável

⁶ O apanhado das incompatibilidades está em Pozzollo, Susanna (Um constitucionalismo ambíguo, in Neoconstitucionalismos, op.cit., pp. 194 e 195), que, entretanto, não compartilha com as mesmas. A autora entende o neoconstitucionalismo não como uma teoria do direito do Estado constitucional contemporâneo, mas como uma teoria normativa de como os diversos ordenamentos deveriam ser. Critica, por exemplo, a tese de Zagrebelski, de que a Constituição carregada de valores representa um objeto “geneticamente” diferente do direito infraconstitucional, sendo que, exatamente por isto, o aparato teórico e metodológico do positivismo não seria adequado para dar conta deste objeto. Pozzollo considera defensável tanto a autonomia da metodologia iuspositivista relativamente às teorias do Estado do século XIX, como a validade do método positivo a ser utilizado como instrumento de análise dos sistemas jurídicos contemporâneos, justamente em face da tese da separação entre direito e moral. De minha parte, acrescento que a discussão da „inclusão da moral“ (sic) deve ser vista a partir de uma perspectiva hermenêutica, conforme trabalho em Verdade e Consenso. São paulo, Saraiva, 2011, *passim*.. Ver também uma nova percepção acerca do neoconstitucionalismo em Oto, Ecio. *Entre Constitucionalismo cosmopolita e pluriversalismo internacional: Neconstitucionalismo e Ordem Mundial*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, *passim*.

da realidade social que o organiza; a teoria da subsunção tem sido substituída por critérios mais complexos de interpretação e de argumentação. Por isso, acrescenta, torna-se necessário um perfilhamento dos critérios que distinguem hoje uma posição positivista de perfil “corrigido”,⁷ chamando a atenção para o delineamento feito por Javier Santamaría Ibeas, para quem o positivismo hoje se detecta a partir das seguintes características: a) porque coincide que por detrás de toda norma, princípio ou regra, existe sempre uma vontade, o que supõe afirmar a necessária relação entre direito e poder; b) porque a moralidade pública, componente necessário do fenómeno jurídico, não é diretamente direito por ser moralidade, senão porque se incorpora ao sistema jurídico pelas vias estabelecidas pelos operadores habilitados pela norma fundante básica; c) ademais, é previamente, ética política assumida pelo poder, fato fundante básico do direito. Desta forma, completa Santamaría Ibeas, frente à tese da única resposta correta, o positivismo se identifica pela pluralidade de respostas possíveis nos casos difíceis, o que dentro do sistema é a tese da discricionariedade dos juízes⁸.

Entendo, no entanto, não ser mais possível compactuar com as teses positivistas – em todas as suas versões - nesta quadra da história. Com efeito, a defesa feita por Peces-Barba parece restringir a contraposição “constitucionalismo-positivismo” ao novo conteúdo do constitucionalismo do século XX (valores, princípios e direitos fundamentais-sociais) e a “una tendência a arrinconar a la ley em favor de una Constitución interpretada por los jueces”. Além disso, a defesa do positivismo sustentada por Peces-Barba coloca como adversário do positivismo o jusnaturalismo, questão que, no meu entendimento, refoge ao Constitucionalismo Contemporâneo. Ou seja, não é mais possível contrapor o jusnaturalismo a alguma teoria positivista ou pós-positivista. Não há mais espaço para o jusnaturalismo nesta quadra do tempo. De todo modo, parece claro que Peces-Barba advoga um “positivismo crítico”, uma vez que considera evidentes as críticas à forma ultrapassada de positivismo⁹.

⁷ Cfe. Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid, Dykinson, 1999, pp. 83 e segs;

⁸ Cfe. Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Dykinson, 1999, pp. 83 e segs; Santamaría Ibeas, Javier. *Los valores superiores em la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político*. Dykinson, Universidad de Burgos, Madrid, 1997.

⁹ Peces-Barba (idem, ibidem) defende um “positivismo corrigido” porque: a) já não se pode, nesta quadra da história, manter a identificação do direito com a lei; b) já não se pode mais conceber a figura do juiz como a “boca que pronuncia a lei”; c) é necessário rechaçar a Teoria Pura do Direito – para ele, a “expresión más perfilada del

Como contraponto, entendo que as críticas “evidentes” ao positivismo não levam em conta as várias formas assumidas pelo positivismo no decorrer da história, além do relevante fato de que, por exemplo, as teorias da argumentação, elencadas como superadoras da subsunção, não têm conseguido superar o esquema sujeito objeto (portanto, ainda continuam, em menor ou maior grau, atreladas ao predomínio da subjetividade do intérprete). Isto é, a “forma ultrapassada” de positivismo não está derrotada, mormente pela capacidade de mutação genética que possui. Ou seja, de fato tem razão Peces-Barba quando chama a atenção para a relevante circunstância de que não mais existe o “positivismo” por ele considerado superado para sustentar a defesa que faz de “um ponto de vista positivista” como “a melhor forma de análise do direito, desde que “autocrítica é capaz de entender as mudanças da cultura jurídica, necessariamente histórica”¹⁰. O problema reside no fato de que o positivismo – renovado ou não – possui vícios que o tornam incompatível com as exigências do direito entendido nos quadros do novo constitucionalismo do século XX, que passa por uma verdadeira revolução de conteúdo. No fundo, as aludidas “virtudes de uma postura positivista” são contraditórias entre si. O positivismo abre espaço para a discricionariedade judicial, que tanto pode dar-se na análise da lei como da Constituição. Desse modo, o que deve ser considerado como superado no positivismo – nas suas mais variadas formas - é a análise que deve ser feita não apenas sobre a vigência da lei, mas sobre a sua validade substancial. E isto faz a diferença, exatamente porque é na diferença – que é ontológica¹¹ - entre texto e norma e entre vigência e validade, que se encontra o ponto de superação da lei plenipotenciária, “blindada” pelas posturas positivistas contra a substancialidade da Constituição e da intervenção da jurisdição constitucional.

Nesse sentido, parece não restar dúvidas de que, para o positivismo tradicional (sintático-legalista), a validade de um preceito provém somente da competência e do procedimento e não de seu conteúdo material. No fundo, para esse tipo de positivismo, o juízo de vigência é o único que os tribunais podem emitir, negando, assim, a diferença entre vigência e

positivismo clássico” -; d) é impossível encerrar o positivismo em um “guetto formalista” , sem critérios materiais de justiça, e e) finalmente, é necessário contestar a subsunção, por ser demasiadamente simples e primária, por esta não abarcar as operações muito mais complexas que a interpretação jurídica.

¹⁰ Cfe. Peces-Barba Martínez, op.cit., p. 89.

¹¹ Conforme explicitado na seqüência, ontológico, aqui, deve ser entendido no sentido de uma ontologia fundamental de cariz fenomenológico (Gadamer-Heidegger) e não no sentido da ontologia clássica.

validade. Essa linha de análise está próxima de autores como Perez Royo, para quem “el poder judicial únicamente se legitima democráticamente a partir de la ley. No puede legitimarse democráticamente a partir de la Constitución de manera directa (...). Ni el poder ejecutivo ni el poder judicial pueden saltarse el eslabón que representa el poder legislativo y remitirse directamente ao poder constituyente. Cuando esto ocurre se destruye el proceso de legitimación democrática y se impone como voluntad del Estado lo que en ningún caso puedo serlo. Técnicamente, esto es un golpe de Estado”¹².

Essa posição de Perez Royo – embora traduzida em um artigo jornalístico, circunstância, aliás, ressalvada por Serrano – vai receber deste último duras críticas, por considerar que o empenho de Royo na defesa da separação dos poderes (competência), com o esquecimento da garantia dos direitos (tutela judicial efetiva) é o

enésimo intento de legitimar desde la teoría jurídica al poder del Estado. Derecho es – así visto - *quod principi placuit*. Por el contrario, la afirmación de que por más que le plazca al príncipe una norma no es válida si viola derechos fundamentales es el intento – por desgracia también enésimo en la historia del pensamiento jurídico – de utilizar al derecho como límite al (y no como instrumento del) poder. Desde aquí visto, el Estado existe sólo para proteger los derechos y golpista es la violación de este pacto social por cualquiera de los poderes jurídicos o fácticos. Estado es *quod populo placuit*¹³.

Desse modo, levando em conta o conteúdo e o contexto histórico em que surge o Estado Constitucional e em especial a feição transformadora do direito constitucional no decorrer do século XX, é possível afirmar que a sobrevivência do positivismo configura-se como uma barreira ao próprio desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que finca pé na busca de uma espécie de vontade geral perdida (especialmente no caso do positivismo clássico e das vertentes exclusivistas).

2. A Constituição compreendida como algo que constitui: os obstáculos representados por uma “baixa pré-compreensão”

¹² Cfe. Pérez Royo, In El País, 27 de abril de 1997, apud Serrano, José Luis. Validez y vigencia. Madrid, Trota, 2004, p. 47.

¹³ Cfe. Serrano, op.cit., p. 48.

A Constituição deve ser vivenciada “como” Constituição, e isto dependerá da pré-compreensão (*Vorverständnis*) do intérprete. Afinal, chegamos às coisas do mundo a partir de um ponto de vista e, neste sentido,¹⁴ o discurso sobre o mundo tem uma estrutura do algo como algo, a Constituição como Constituição, algo enquanto algo (*etwas als etwas*). E a estrutura do discurso sobre as condições de possibilidade sobre o mundo também é a estrutura de algo como algo, na medida em que o compreender é um compreender algo como algo¹⁵. Isto significa dizer que o estar-no-mundo depende dessa pré-compreensão, que é condição de possibilidade da compreensão deste “algo”. Daí o acerto de Gadamer,¹⁶ ao afirmar que os pré-juízos de um indivíduo, muito mais do que seus juízos, são a realidade histórica de seu ser (*Darum sind die Vorurteile des einzelnen weit mehr als seine Urteile die geschichtliche Wirklichkeit seines Seins*).

Assim, percebemos (compreendemos) a Constituição “como” Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; compreendemos a Constituição “como” Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência acerca dos efeitos que a história tem sobre nós (*Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*), damos-nos conta da ausência de justiça social (cujo comando de resgate está no texto constitucional); compreendemos a Constituição “como” Constituição quando constatamos que os direitos fundamentais-sociais somente foram integrados ao texto constitucional pela exata razão de que a imensa maioria da população não os têm; compreendemos que a Constituição é, também, desse modo, a própria ineficácia de parcela de seus dispositivos (que é, finalmente, o retrato da própria realidade social); percebemos também que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos, mas, mais do que isto, ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume e expõe dramaticamente a sua ausência, desnudando as mazelas da sociedade; *sexto e último*, a Constituição não é uma mera Lei Fundamental (texto) que “toma” lugar no mundo social-jurídico, estabelecendo um novo “dever-ser”, até porque antes dela havia uma outra “Constituição” e antes desta outras quatro na era republicana..., mas, sim, é da Constituição, nascida do processo constituinte, como algo que

¹⁴ Veja-se, assim, os problemas acarretados por um imaginário jurídico de baixa constitucionalidade, que funciona, desse modo, como matriz do sentido que o jurista/intérprete terá da Constituição. O resultado disto todos conhecemos: o positivismo continua a opor séria resistência ao constitucionalismo.

¹⁵ Cfe. Stein, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2ª. Ed. Porto Alegre, Edipucrs, 2004, p. 65.

constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade, não evidentemente rebocando a política, mas permitindo que a política seja feita de acordo com a Constituição.

Isto significa dizer que uma “baixa compreensão” acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma “baixa aplicação”, com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos fundamentais-sociais. As condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam (sempre e inexoravelmente) a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social.

Assim, a força normativa da Constituição – compreendida “como” (*etwas als etwas*) Constituição que nasce da revolução copernicana que institui o constitucionalismo contemporâneo – dependerá de uma adequada interpretação, uma vez que é esta – a interpretação – que se constitui como condição de possibilidade para o “acontecer” de uma nova teoria das fontes e de uma nova teoria da norma jurídica, completando-se, assim, a superação do positivismo a partir dessa batalha travada nessas três frentes (teoria das fontes, teoria da norma e a hermenêutica).

Não é difícil constatar, assim, que a análise das condições para uma adequada compreensão do que significa a Constituição deve estar atravessada por essa perspectiva hermenêutica que *des-vela* os obstáculos a sua efetividade. A inserção da justiça constitucional no contexto da concretização dos direitos fundamentais-sociais – compreendida essa realização/concretização de forma subsidiária, na omissão dos poderes encarregados para tal - deve levar em conta, necessariamente, o papel assumido pela Constituição no interior do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Não se deve esquecer, aqui, a perspectiva paradigmática representada pelo advento do constitucionalismo que surgiu após a Segunda Guerra Mundial, que reúne, ao mesmo tempo, um forte conteúdo normativo (Constituições “embebedoras”) e as possibilidades garantidoras de direitos a partir da jurisdição constitucional.

¹⁶ Cfe. Gadamer, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*, Grundzüge, op. cit., p. 281.

Daí a necessidade de se admitir certo grau de deslocamento da esfera de tensão em direção à justiça constitucional. Isto implica um novo olhar sobre o papel do Direito – leia-se Constituição – no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantia contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais). E isto não pode ser ignorado, porque é exatamente o cerne do novo constitucionalismo.

Parece evidente que, como conseqüência disto, o grau de intervenção da justiça constitucional dependerá do nível de concretização dos direitos estabelecidos na Constituição. Ou seja, o nível das demandas inexoravelmente comandará a intensidade da tensão entre legislação e jurisdição. De todo modo, concordo com a tese de que a defesa de certo grau de intervencionismo da justiça constitucional – que venho sustentando sem a menor ilusão de que existam apenas “bons ativismos e bons ativistas”¹⁷ – implica o risco, e esta aguda crítica é feita por Gilberto Bercovici,¹⁸ da ocorrência de decisões judiciais emanadas, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, contra a Constituição, com o conseqüente esvaziamento de sua substancialidade, o que representa – aí sim – usurpação de poderes constituintes.

Sem tirar a razão da percuciente observação de Bercovici, entendo que o Tribunal Constitucional (no caso, o STF) sempre faz política. E isto é inexorável. O que ocorre é que, em países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos poderes Legislativo e Executivo (mormente no âmbito do direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além do controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis, que contrariam frontalmente o núcleo político-essencial da Constituição), não se pode abrir mão da

¹⁷ Uma análise sobre a diferença entre a judicialização da política e o ativismo judicial, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito que proponho, pode ser encontrada na obra de Clarissa Tassinari (Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013). No livro, logo no primeiro capítulo, a autora coloca o fenômeno da judicialização da política como um problema contemporâneo, oriundo do constitucionalismo do pós-Segunda Guerra Mundial, do surgimento das constituições dirigentes, do aumento da litigiosidade nas sociedades contemporâneas e da crise da democracia, situações que levam a uma expansão global do Poder Judiciário. Por outro lado, o ativismo judicial apa-rece como um ato de vontade daquele que julga, sendo, portanto, um desvio na atuação do Judiciário, que passa a decidir por critérios não jurídicos. Para deixar esta questão mais evidente, Tassinari faz uma análise da doutrina norte-americana, trazendo os contributos da teoria do direito estadunidense, bem como da ciência política. Tudo isso para demonstrar o modo equivocado como o ativismo foi incorporado no contexto brasileiro e os problemas disso decorrentes, especialmente para o direito democraticamente produzido.

¹⁸ Cfe. Bercovici, Gilberto. Desigualdades Regionais, Estado e Constituição. São Paulo, Max Limonad, 2002.

intervenção da justiça constitucional ¹⁹ na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões.

Não se pode confundir, entretanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Isto seria antidemocrático. Com efeito, defender certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição. Mais do que isto, é necessário alertar para o fato de que a afirmação “a norma é (sempre) produto da interpretação do texto”, ou que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). O texto “limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo”, alerta Adeodato²⁰.

3. A resistência positivista diante da relação mülleriana “texto e norma”: a importância do texto e o perigo representado pelos “decisionismos” judiciais

¹⁹ O objetivo destas reflexões não permite ingressar na discussão acerca da tensão entre constitucionalismo (e jurisdição constitucional) e a democracia, permitindo-me remeter o leitor ao meu *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo, RT, 2014. De qualquer modo, entendo corretas as observações de Peña Freire, para quem os juízes constitucionais podem participar do diálogo coletivo, recordando aos cidadãos e a seus representantes o peso de certos direitos, enriquecendo a deliberação pública com argumentos e pontos de vista não levados em conta na discussão parlamentar. Se esta prática é valiosa, quem sabe mereça ser protegida e garantida, evitando, por exemplo, que a maioria parlamentar possa solapar sem custo algum o poder dos juízes mediante uma reforma constitucional meramente formal. O juízo de inconstitucionalidade tem que ter algum efeito no sistema institucional e político e alterar significativamente os termos em que se desenvolve o debate político, fundamentalmente obrigando ao legislador a oferecer razões adicionais que contrastem com as que foram postas pelo juiz constitucional e que justifiquem decisivamente sua pretensão. Essa operatividade, de todo modo, deve ter um limite, para que não seja bloqueada a atividade do legislador democrático. Por isto, o peso do controle de constitucionalidade deve ser compensado com o poder dos órgãos políticos de “responder” de algum modo aos juízes constitucionais, já que, de outro modo, a instituição do controle judicial perderia sua legitimidade. Em suma, acrescenta o autor, *pode não ser razoável que o órgão de controle de constitucionalidade tenha a última palavra sobre o alcance e os limites de nossos direitos, porém, desde logo, o que me parece conveniente é que tenha a palavra*. Cfe. Peña Freire, Antonio Manuel. “Constitucionalismo Garantista y Democracia”. In: *Crítica Jurídica*, n. 22. Curitiba, Unibrasil, 2003, p. 63.

²⁰ Cfe. Adeodato, op.cit., p. 176.

Não há como discordar de Friedrich Müller quando diz que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto, e que a norma não está contida no texto²¹. Mas isto não pode significar que haja uma separação (ou “independência”) entre ambos (texto e norma). Com efeito, do mesmo como não há equivalência entre texto e norma e entre vigência e validade, estes não subsistem separados um do outro, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica. Na verdade, o texto não subsiste *como* texto; não há texto isolado da norma! O texto já aparece na “sua” norma, produto da atribuição de sentido do intérprete, não existe um processo de discricionariedade do intérprete.

No plano da hermenêutica jurídica - e daquilo que venho pesquisando sob o enfoque de uma crítica hermenêutica do direito (e que me permiti batizar, inicialmente, de Nova Crítica do Direito)²², é possível afirmar que a norma (que é produto da atribuição de sentido a um texto) não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto “desnudo”. Ela é, sim, a construção hermenêutica do sentido do texto. Esse sentido manifesta-se na síntese hermenêutica da *applicatio*.

A afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste estar autorizado a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). Como bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma

²¹ Ver, para tanto, Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, Fünfte Auflage. Berlin: Ducker & Humboldt, 1993; no mesmo sentido, Eros Roberto Grau. *La Doble Estructuración y la interpretación del derecho*, Barcelona: Editorial M.J. Bosch, SL, 1998.

²² A Crítica Hermenêutica do Direito é fruto das pesquisas do *Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos* junto ao Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado da Unisinos. Trata-se de uma crítica hermenêutica do direito, compreendida como processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do Direito. A metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência) faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente. No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais-valia do sentido do ser do Direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandardizada, onde o direito (texto jurídico compreendido na sua relação social) não é mais pensado em seu acontecer. Há que se retomar, assim, a crítica ao pensamento dogmaticizante, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, rompendo-se com o paradigma metafísico-objetificante (aristotélico-tomista e da subjetividade), que impede o aparecer do direito naquilo que ele tem/deve ter de transformador. Ver, para tanto, os capítulos 5 e 6 de meu *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. SP, RT, 2013. Também o meu *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

tarefa prática. Isto não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. (*der Richter, welcher das überlieferte Gesetz den Bedürfnissen der Gegenwart anpasst, wil gewiss eine praktische Aufgabe lösen. Aber seine Auslegung des Gesetzes ist deshalb noch lange nicht eine willkürliche Umdeutung*)²³.

Portanto, todas as formas de decisionismo e discricionariedades devem ser afastadas. O fato de que não existe um método que possa dar garantia a “correção” do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já em Kelsen, no oitavo capítulo de sua Teoria Pura do Direito – não pode justificar que seja facultado “ao intérprete estimular as interpretações possíveis, de acordo com sua vontade e o seu conhecimento”²⁴. Mostra-se equivocado, assim, dizer que “dentre as diversas opções colocadas ao seu dispor, o exegeta escolhe aquela que lhe afigurar com a mais satisfatória”, podendo valer-se, para tanto, “dos recursos que estiverem ao seu dispor.”²⁵

Nesse sentido, a arguta crítica de Nelson Saldanha, que, na linha de Gadamer, entende que a reação contra o exegetismo (de cariz objetivista – no sentido filosófico da palavra, é claro) não pode significar que a interpretação do direito deixe de supor uma ordem de normas, que se completam com princípios. Ou seja, sem textos não há normas: o que se chama direito não é algo separado da hermenêutica, mas não se pode diluir nem dissolver a aplicação do direito dentro de uma total imprevisibilidade.²⁶ A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não podem levar a possibilidade de que este possa atribuir sentidos arbitrários. Afinal, como bem diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto te diga algo!

Em outras palavras, o intérprete não pode, por exemplo, atribuir sentidos despistadores da função social da propriedade, do direito dos trabalhadores à participação nos lucros da

²³ Cfe. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Grundzüge, op.cit., p. 333.

²⁴ É a posição, por exemplo, de Uadi Lamnego Bulos (Manual de Interpretação Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1997), que acrescenta ser “injustificável qualquer censura ou cerceamento em relação ao mister interpretativo, seja qual for o argumento, precisamente porque é impossível determinar uma única interpretação como válida”. Não é possível concordar com a tese de Bulos. Há limites no processo interpretativo. *O processo hermenêutico não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete*. Veja-se, nesse sentido, a dura resposta que Gadamer dá àqueles que acusam a hermenêutica de proporcionar o relativismo. Frise-se, ademais, que este é um ponto fundamental da luta pela superação do positivismo-normativista: o constitucionalismo coloca freios à discricionariedade própria das diversas formas de positivismo surgidos no século XX. Veja-se, por exemplo, que o neoconstitucionalismo, ao não abrir mão da discricionariedade, não escapa do positivismo.

²⁵ Idem, ibidem.

²⁶ Cfe. Saldanha, Nelson. Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma. In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE, n. 10, ano 2000. Recife, UFPE, pp. 203 e segs.

empresa, etc. Daí a necessidade desse esclarecimento, uma vez que, frequentemente, a hermenêutica - na matriz aqui trabalhada - tem sido acusada de relativismo. Definitivamente, é preciso dizer que a hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de “decisionismo”, “realismo” ou “direito alternativo”, e essa convicção vem apoiada em Grondin, que, fundado em Gadamer, rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo (ou irracionalidade) à hermenêutica filosófica!²⁷ Isso precisa ficar claro²⁸.

Numa palavra: jamais existiu um relativismo para a hermenêutica; são antes os adversários da hermenêutica que conjuram o fantasma do relativismo, porque suspeitam existir na hermenêutica uma concepção de verdade, a qual não corresponde às suas expectativas fundamentalistas, tranqüiliza-nos Grondin. Dessa forma, na discussão filosófica contemporânea, o relativismo funciona como um espantalho ou um fantasma assustador, em favor de posições fundamentalistas, que gostariam de abstrair da conversação interior da alma. Quem fala do relativismo pressupõe que poderia existir para os humanos uma verdade sem o horizonte dessa

²⁷ Cfe. Jean Grondin, *Introdução à hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 229 e segs.

²⁸ É importante esclarecer que os pressupostos de análise defendidos pela Crítica Hermenêutica do Direito não recaem nem em um exegetismo e nem em um relativismo, como alguns argumentam. Quando reconhecemos a existência de limites semânticos ou algo do gênero – não estamos afirmando uma volta à Escola da Exegese, pois, o sentido se dá num *a priori* compartilhado. Uma afirmação desse tipo chega a soar patética. Por isso, também, esse processo não é arbitrário, o que consequentemente o tornaria relativista. Os sentidos (jurídicos) não estão nos objetos interpretados nem nos sujeitos que os interpretam. A questão se coloca a partir de um acontecer, que transcende o “sujeito” e o atira no mundo. Daí que, diante dos extremos positivistas de um lado, literalidade, de outro, discricionariedade ou livre convencimento, estamos situados no meio, ou seja, no sentido que se constitui no ser humano enquanto ser-no-mundo. Nestes termos, entendemos ser possível, de fato, uma ruptura paradigmática com o Positivismo Jurídico. Ademais, alguns dizem que a Hermenêutica Filosófica não serve como método de interpretação do direito, sendo, portanto, necessários os métodos tradicionais (gramatical, histórico, teleológico, sistemático, etc.) e que a CDH prescinde uma construção dogmática do direito. A respeito disto, é necessário deixar claro que a CDH não faz uma instrumentalização da Hermenêutica Filosófica. A Fenomenologia Hermenêutica como um todo nos serve enquanto matriz teórica de análise do jurídico. Dessa forma, a Hermenêutica Filosófica – de onde deriva a a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) - não é um método para resolução de litígios de judiciais, porém, permite-nos compreender e questionar os modos como interpretamos o direito. Neste termos, não afirmamos que os métodos tradicionais não tem a sua funcionalidade e que devem ser rejeitados, pois, de um modo geral, eles aparecem em a toda interpretação do Direito. Entretanto, a complexidade do processo interpretativo não se reduz a eles, pois, juntamente com o *como apofântico* tem-se o *como hermenêutico*, o direito enquanto uma experiência histórica imersa numa tradição precisa ser reconstruído de forma que os métodos sempre acabam chegando depois, mas, ainda assim possuem seu valor. Do mesmo modo, quanto a dogmática, a doutrina é indispensável, a teoria nos permite compreender melhor os fenômenos, porém a doutrina tem que doutrinar, isto é, exercer certo constrangimento epistemológico, em vez de ser caudatária da jurisprudência. O direito também tem de ser compreendido neste horizonte histórico-cultural, caso contrário a dogmática o descreverá analiticamente em conceitos, mas que não refletem sua cotidianidade. Criticar a doutrina ou a dogmática não é negar a sua importância, ao contrário, apenas revela a ocorrência de equívocos que devem e podem ser sanados.

conversação, isto é, uma verdade absoluta ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança uma verdade absoluta e não mais discutível? Isto nunca foi mostrado de forma satisfatória. No máximo, ex-negativo: essa verdade deveria ser não-finita, não-temporal, incondicional, insubstituível, etc. Nessas caracterizações chama a atenção a insistente negação da finitude. Com razão pode-se reconhecer nessa negação o movimento básico da metafísica, que é exatamente a superação da temporalidade²⁹.

Ora, negar a diferença entre texto e norma implica negar a temporalidade. Os sentidos são temporais. A diferença (que – insisto - é ontológica) entre texto e norma ocorre na incidência do tempo. Negar essa diferença é acreditar no caráter fetichista da lei, que arrasta o direito em direção ao positivismo. Daí a impossibilidade de reprodução de sentidos, como se o sentido fosse algo que pudesse ser arrancado dos textos (da lei, etc.). Os sentidos são atribuíveis, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete e respeitados os conteúdos de base do texto.

Portanto, o texto da Constituição só pode ser entendido a partir de sua aplicação. Mas, é bom lembrar que ao falarmos que a interpretação é sempre uma aplicação não estamos a afirmar que “nada preexiste a este processo”. Isso seria transformar a hermenêutica em uma irracionalidade ou em niilismo. Neste equívoco, aliás, incorreu o jusfilósofo Mathias Jestaedt, ao afirmar que Tribunal Constitucional Alemão estaria fazendo uma “jurisprudência da concretização” e que isto giraria ao redor do pensamento fundamental da hermenêutica filosófica. E por que isso? A resposta de Jestaedt é que, por não existir – na hermenêutica – uma compreensão sem aplicação, o que deve ser compreendido somente se materializa no processo de aplicação. Assim, a ideia de uma *lex ante casum* preexistente, que se possa expressar unicamente descobrindo o que foi “posto nela”, resultaria em uma quimera (sic) no plano da teoria do conhecimento, uma vez que a “interpretação significa sempre concretização”. A interpretação se explica como “produção de direito”, por meio da concretização criativa das normas³⁰. No passo seguinte, o autor “equipara” a hermenêutica filosófica, que estaria na raiz da “jurisprudencia da concretização”, com a “jurisprudencia do discurso” habermasiana, momento em que equipara

²⁹ Cfe. Grondin, *op. cit.*, p. 229 e segs.

³⁰ Cf. JESTAEDT, Matthias. La ponderación en el derecho. In: Montealegre, Eduardo (org). El derecho público: una ciencia. Trad. Irmgard Kleine. Bogotá: Universidad Externado de Co-lombia, 2008. p. 11 e ss.

também a jurisprudência do discurso com a ponderação, o que, por si só, já representa um complexo problema, na medida em que a teoria habermasiana e a alexyana, de onde deriva a ponderação, são absolutamente antitéticas.

Essas conclusões de Jestaedt se dão por uma equivocada leitura de Heidegger e Gadamer, mormente deste último. Com efeito, quando Gadamer afirma que interpretar é aplicar, portanto, superando as *três subtilitas (intelligendi, explicandi e applicandi)*, não quer dizer que ele tenha substituído a interpretação pela aplicação ou a compreensão pela concretização. O que Gadamer sustenta é que não há como cindir a interpretação da aplicação. Mas sua complexa hermenêutica está sustentada no círculo hermenêutico e na tradição. Fica sem sentido dizer que, na hermenêutica, a lei (*ante casum*, ou seja, o texto da lei) seria uma quimera (sic). Nesse mesmo equívoco incorreu Alexy,³¹ quando disse, em Seminário realizado na UNOESC (Chapecó-SC), que a hermenêutica não basta ou não serve para o Direito, por não estar preocupada com a racionalidade da decisão. Para ele, a hermenêutica colocaria inúmeros pontos de vista para um problema, sem dar a solução e teorizá-la com o rigor necessário. Rigor, aqui, significa a possibilidade de se estabelecer, analiticamente, uma fórmula lógico-matemática como passo inicial para a fundamentação racional da decisão judicial. Tal resposta de Alexy apenas evidencia o déficit filosófico que atravessa a sua teoria da argumentação.

Entender sem aplicação não é um entender. A *applicatio* é a norma(tização) do texto constitucional. A Constituição será, assim, o resultado de sua interpretação (portanto, de sua compreensão como Constituição), que tem o seu acontecimento (*Ereignis*) no ato aplicativo, concreto, produto da intersubjetividade dos juristas, que emerge da complexidade das relações sociais. Por isto, o texto não está à disposição do intérprete, porque ele é produto dessa correlação de forças que se dá não mais em um esquema sujeito-objeto, mas, sim, a partir do círculo hermenêutico, que atravessa o dualismo metafísico (objetivista e subjetivista). Há, pois, um sentido forjado nessa intersubjetividade que se antecipa ao intérprete; em outras palavras, o intérprete estará jogado, desde sempre, nessa lingüisticidade. O espaço social – e aqui busco socorro em Warat – em que exsurge o sentido da Constituição é condição de possibilidade da instauração das relações simbólicas de poder que envolvem a construção desse sentido. A

dimensão política da sociedade é também um (complexo) jogo de significações. Isso supõe – e a hermenêutica da faticidade sempre tem apontado para isto – que a linguagem seja simultaneamente um suporte e um instrumento de relações moleculares de poder. Mas, fundamentalmente, um espaço de poder nela mesma. A sociedade como realidade simbólica é indivisível das funções políticas e dos efeitos de poder das significações.³² Por isto, a interpretação da Constituição, isto é, o sentido (norma) do texto constitucional é o resultado do seu resultado, que decorre, afinal, desse complexo jogo de relações intersubjetivas e das dimensões simbólicas do poder, que “cercam” desde sempre o intérprete.

Na contramão, os dados acerca do efetivo exercício da jurisdição constitucional – mormente no controle difuso, *locus* privilegiado da capilarização do sentido da Constituição – apontam para uma “baixa pré-compreensão sobre a Constituição”³³, o que facilmente pode ser verificado pela baixa incidência da Constituição nas decisões judiciais e pela quase nenhuma utilização dos mecanismos da interpretação conforme (*verfassungskonforme Auslegung*) a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtext Reduzierung*) em sede de controle difuso, para citar apenas estes. Por outro lado, basta que se dê um passar de olhos na bibliografia utilizada nas Faculdades de Direito, para que se tenha a dimensão do problema representado por essa baixa pré-compreensão acerca do fenômeno do Constitucionalismo Contemporâneo.

Por outro lado, é *visível*, ainda, a equiparação entre vigência e validade e entre texto e norma, o que torna a doutrina e a jurisprudência reféns de um pensamento metafísico, uma vez que essa equiparação suprime o tempo do direito. Enfim, com a equiparação texto e norma, vigência e validade, “ocorre uma objetivação que suspende a temporalidade”, como bem lembra Adeodato.³⁴ Em algumas áreas como o direito penal, chega a existir uma espécie de blindagem, que imuniza o legislador contra qualquer interferência da jurisdição constitucional³⁵.

³¹ <http://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia>

³² Cfe. Warat, Luis Alberto. *Territórios Desconhecidos*. Vol.I. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004, p. 141.

³³ Sobre o assunto, permito-me remeter o leitor ao meu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, op.cit.*, mormente os capítulos 1 a 5.

³⁴ Cfe. Adeodato, *op.cit.*, p.180.

³⁵ Ver, nesse sentido, Streck, “Da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Deficiência (*Untermissverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. In: neoconstitucionalismo: Ontem os Códigos; hoje, as Constituições. *Revista de Hermenêutica Jurídica*. n. 2. Porto Alegre: IHJ, 2004. pp. 243-

Na verdade, o que tem acontecido é que o ensino jurídico tem contribuído para o acirramento da crise. Metafisicamente, por tentar “dualizar” teoria e prática, os cursos jurídicos não conseguem formar nem bons “teóricos” e nem bons “técnicos” (operadores - sic). Registre-se, neste aspecto, que esse imaginário, no interior do qual os juristas “separam” a teoria da prática, tem um forte conteúdo filosófico. Com efeito, há uma separação do processo de compreensão/interpretação em partes (em fatias), questão, aliás, que autores como Gadamer criticam com veemência³⁶. Com o mestre de Tübingen, aprendemos que hermenêutica não é método, é filosofia. Ora, se interpretar é aplicar, não há um pensamento teórico que “flutua” sobre os objetos do mundo, apto a dar sentido ao “mundo sensível”.

Na verdade, o pensamento dogmático do direito (traduzido por um positivismo que engloba um mix de posições) não conseguiu escapar ainda do elemento central da tradição kantiana: o dualismo. É por ele que fomos introduzidos na modernidade numa separação entre consciência e mundo, entre palavras e coisas, entre linguagem e objeto, entre sentido e percepção, entre determinante e determinado, entre teoria e prática.

Nesse sentido, a contundente crítica de Stein,³⁷ ao apontar para a impossibilidade de separação entre sujeito e objeto, porque, no fato histórico, já sempre estamos de certo modo mergulhados, e não podemos ter uma distância total, como na observação de um fenômeno físico.

No interior dessa baixa pré-compreensão, em que o positivismo resiste ao Constitucionalismo Contemporâneo, o direito foi transformado em uma mera instrumentalidade formal, deixando de representar uma possibilidade de transformação da realidade. A toda evidência, esta circunstância terá reflexos funestos no processo de compreensão que o jurista terá acerca do papel da Constituição, que perde, assim, a sua substancialidade. Veja-se, a propósito, a dificuldade que os juristas têm em lançar mão da jurisdição constitucional.

Sem modificar o nosso modo de compreender o mundo, sem superar o esquema sujeito-objeto, sem superar a cultura manualesca que assola o imaginário dos juristas, é temerário falar em efetividade da Constituição, naquilo que tem sido entendido como o necessário resgate das

284. Recomendo também a leitura da obra *Direito penal e Constituição: o lado esquecido dos direitos fundamentais* de Maria Luiza Schäfer Streck.. STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: o lado esquecido dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

³⁶ Para tanto, ver Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 11. ed., op.cit.

promessas (incumpridas) da modernidade. Há que se compreender a importância da superação dos paradigmas objetivista e subjetivista (no sentido filosófico das expressões), e as consequências para o direito dessa não superação. O esquema sujeito-objeto é objetivista, quando “assujeita” o jurista ao texto (que já sempre “conteria a norma”), e é subjetivista quando o jurista “assujeita” o texto (o sentido está, assim, na consciência do jurista).

Tenho claro, pois, que o fenômeno da “resistência positivista”, que venho denominando de “baixa pré-compreensão acerca da Constituição e do que denomino de Constitucionalismo Contemporâneo, decorre, fundamentalmente, de uma inadequada pré-compreensão” (espécie de compreensão pequeno-gnosiológica), que acarreta uma inadequada compreensão que, por conseguinte, redundando em uma “baixa interpretação”, e, portanto, em uma “baixa *applicatio*”. Isto porque se forjou uma espécie de “teto hermenêutico”, estabelecido exatamente a partir de uma tradição no interior da qual a Constituição – e o direito constitucional - nunca tiveram a devida importância em nosso país. Esse “teto hermenêutico” representa o limite do sentido acerca da Constituição, bem como baliza o sentido desse limite, obstaculizando, desse modo, a necessária “imediatez constitucionalizadora”.

Em síntese, com algumas exceções, é este o estado da arte daquilo que se entende por “interpretação da lei no Brasil”, cujas consequências não são muito difíceis de perceber. Veja-se, nessa linha, a gravidade do alerta feito por Kaufmann, para quem até mesmo a teoria da argumentação não acompanhou a hermenêutica na abolição do esquema sujeito-objeto, prevalecendo-se antes da objetividade.³⁸ Dito de outro modo, “apesar de também combater a perspectiva do positivismo normativista tradicional, a teoria da argumentação tem em comum com essa corrente a tentativa de deduzir subsuntivamente a decisão a partir de regras prévias”³⁹, problemática presente, aliás, em autores como Atienza⁴⁰, para quem “para ser considerada

³⁷ Cfe. Stein, *Aproximações*, op.cit., p. 45.

³⁸ Cfe. Kaufmann, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 154.

³⁹ Cfe. Adeodato, op.cit., p. 176.

⁴⁰ Cfe. Atienza, Manuel. *As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo, Landy, 2000, pp. 319 e 320. Como se pode perceber, Atienza permanece nos quadros do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, ao sustentar uma função instrumental para a interpretação, otimizada, para ele, a partir da teoria da argumentação jurídica. Para o autor, uma das funções da argumentação é oferecer uma orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o direito (já neste ponto, é possível perceber a subdivisão do processo interpretativo em

plenamente desenvolvida, uma teoria da argumentação jurídica tem de dispor (...) de um método que permita representar adequadamente o processo real da argumentação – pelo menos a fundamentação de uma decisão, tal como aparece plasmada nas sentenças e em outros documentos jurídicos – assim como de critérios, tão precisos quanto possível, para julgar a correção – ou a maior ou menor correção – dessas argumentações e de seus resultados, as decisões jurídicas.”

Daí a necessidade de uma insurreição contra essa fala falada, que submerge o jurista em uma tradição inautêntica (no sentido hermenêutico-gadameriano). Essa fala falada decorre de uma “hermenêutica de bloqueio”, que impede que o novo – o sentido da Constituição que aponta para o resgate das promessas da modernidade – venha à tona. Para além disto, *não se podem esquecer os fatores políticos-ideológicos relacionados às conseqüências (e reações) que uma Constituição nova provoca.*

4. Aportes finais: a dimensão ontológica-concretizadora da hermenêutica como fundamento para a superação do paradigma positivista *lato sensu*

Se o constitucionalismo nasce sob uma perspectiva conservadora, uma vez que engendrado para conter o poder das maiorias, séculos mais tarde se transforma em estandarte da mudança social em um conturbado mundo atravessado por duas guerras mundiais. Agregado a esse nítido viés transformador, ínsito aos textos constitucionais do segundo pós-guerra, ex-surge a superação do positivismo e, conseqüentemente, o direito sofre uma profunda mudança de fundo paradigmático.

Do papel plenipotenciário assumido pela lei, produto do modelo liberal-burguês, passa-se a uma nova concepção acerca das fontes do direito; do mesmo modo, da velha teoria da norma, salta-se em direção aos princípios e tudo o que eles representa(ra)m para o direito a partir do advento do Constitucionalismo Contemporâneo. Com isto, as relações privadas, antes

partes, questão tão bem denunciada por Gadamer!). Mais ainda, diz que “um dos maiores defeitos da teoria padrão da argumentação jurídica é precisamente o fato de ela não ter elaborado um procedimento capaz de representar adequadamente como os juristas fundamentam, de fato, as suas decisões”. Portanto, parece, para ele, que o problema está no método.

protegidas/encasteladas na norma jurídica codificada que as protegiam contra os “indevidos” ataques do direito público, passam a estar submetidas ao público (leia-se, a Constituição), fragilizando-se, em boa hora, essa velha dicotomia.

A ruptura com o modelo dogmático-formalista (de cariz liberal-individualista), no interior dessa revolução copernicana, aparece nitidamente na dupla face do papel a ser exercido pela ação do Estado, isto é, essa alteração de papel dá-se quando o Estado, de potencial opositor a direitos fundamentais (essa era a perspectiva do modelo de direito formal-burguês), torna-se seu protetor, e, o que é mais incrível – “que o Estado se torne amigo dos direitos fundamentais” (Stern)⁴¹, problemática bem visível na Constituição do Brasil, quando estabelece o comando da erradicação da pobreza, da construção de uma sociedade justa e solidária, etc.

Isto significa afirmar que este (o Estado) deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento (Drindl, Canotilho, Vital Moreira e Stern) ou outra expressão dessa mesma idéia, deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado⁴².

Para tanto, foi necessário que se olhasse o novo com os olhos do novo, tarefa específica da hermenêutica, condição de possibilidade para que o novo paradigma pudesse ser des-coberto, no sentido hermenêutico da palavra. A superação do positivismo, a partir de uma luta travada no árido território de uma dogmática jurídica de perfil liberal-individualista, é tarefa que assume contornos sobremodo problemáticos em países de modernidade tardia como o Brasil.

Há, no Brasil, uma cultura positivista e manualesca que continua enraizada nas escolas de direito e naquilo que se entende por doutrina e aplicação do direito. Consequentemente, a doutrina não mais doutrina, vez que caudatária das decisões dos tribunais. Sejam claros: no campo da interpretação do direito, não houve ainda a invasão da filosofia pela linguagem.

Dito de outro modo, o jurista, filologicamente, acredita que o mais importante é interpretar textos, buscando “amarrar” o resultado da interpretação a partir de uma metodologia metafísica, de nítido perfil epistemológico-procedimental, por vezes “colando” texto e norma e, outras, provocando a total ruptura entre lei e sentido da lei (texto e norma). É preciso entender, no

⁴¹ Cfe. Cunha, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Porto, Universidade Católica do Porto, 1995, pp. 273 e segs

entanto, que o texto constitucional *não é um objeto cultural*, apto a receber do jurista, filologicamente, uma “capa de sentido” - a interpretação⁴³. A Constituição não é objetificável; tampouco é uma terceira coisa que se interpõe entre o Estado e a Sociedade, até porque Estado e Sociedade constituem uma unidade. Há, sim, uma diferença entre o império da lei (positivismo) e o império da Constituição.

Nesse sentido, tem razão Vicente Barreto, quando diz que o desafio da hermenêutica contemporânea consiste em inserir-se nessa tradição hermenêutica, fazendo uma leitura mais sofisticada do texto constitucional. Criam-se, dessa forma, as condições de possibilidade de realizar-se uma nova leitura da dogmática jurídica e, em consequência, de construir-se uma concepção não exclusivamente dogmática do direito⁴⁴.

Romper com a “certeza de si do pensamento pensante”, próprio da filosofia da consciência (para dizer o mínimo) e ultrapassar o obstáculo representado pelo dualismo sujeito-objeto, pressupõe profundas rupturas paradigmáticas. Romper com os paradigmas objetivista e subjetivista, eis a luta a ser empreendida. E é preciso ter claro que essa tarefa não se faz sem ranhuras. Afinal, mais do que um imaginário a sustentar o modo-positivista-de-fazer/interpretar-direito, há, no Brasil, uma verdadeira “indústria cultural” assentada em uma produção jurídica que tem nos manuais a sua principal fonte de sustentação, retroalimentada pela escolas de direito, cursos de preparação para concursos e exame de ordem, além da própria operacionalidade do direito. Por isto, não é temerário (re)afirmar que o positivismo jurídico – entendido a partir da dogmática jurídica que o instrumentaliza - é uma trincheira que resiste (*teimosa-mente*) a essa viragem hermenêutico-ontológica.

⁴² Idem, *ibidem*.

⁴³ Cfe. Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 33 e segs.

⁴⁴ Cfe. Barreto, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: *1988-1998 - Uma década de Constituição*. Margarida Lacombe (org). Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 378. Barreto acrescenta um preciso diagnóstico acerca da tardia preocupação dos juristas brasileiros com a temática da interpretação da Constituição: *a interpretação constitucional, entretanto, somente aparece como problema a preocupar os constitucionalistas há poucas décadas*. A explicação deve-se, talvez, ao fato de que as constituições escritas do estado moderno raramente contêm dispositivos concernentes ao poder de interpretação. Além disso, os chamados grandes princípios da filosofia política (soberania, representação, separação dos poderes, etc.), que foram temas de debates nas assembleias constituintes do final do século XVIII e com os quais os autores modernos expõem os fundamentos do Direito positivo, não se constituem em conceitos dos quais os juristas possam retirar princípios e argumentos racionais, constitutivos de uma teoria geral da interpretação jurídica.

É preciso promover rupturas paradigmáticas. O novo, representado pelo modelo do Estado Democrático de Direito, que se institui a partir de duas grandes revoluções (o advento de um constitucionalismo que transforma substancialmente a sua concepção original e o rompimento da relação sujeito-objeto a partir do giro ontológico-linguístico, ainda não foi tornado visível suficientemente.

E esse tornar visível é tarefa de uma hermenêutica que possibilite uma adequada compreensão do fenômeno que envolve o advento do neoconstitucionalismo e a resistência positivista. Por isto, quero afirmar a Crítica Hermenêutica do Direito, no modelo filosófico que aqui serve de fio condutor, como modo de deixar o fenômeno tornar-se visível, deixando-o vir à presença, em um contraponto ao discurso tradicional da dogmática de cariz positivista, que vê a Constituição de forma objetificada, como uma (mera) ferramenta a ser confirmada (ou não) pela técnica interpretativa.

Numa palavra final: temos que *des-objetificar* a Constituição, tarefa que somente será possível a partir da superação do paradigma metafísico que pré-domina o imaginário dos juristas. Essa superação implica um perguntar pelo sentido do constitucionalismo e do seu papel histórico-social que lhe foi destinado nesta quadra do tempo. Eis o nosso desafio hermenêutico: abrir uma clareira (*Lichtung*) no direito, des-ocultar caminhos, des-cobrir as sendas que foram encobertas pelo positivismo...! Afinal, como bem disse Zagrebelsky, embora sua crítica esteja dirigida apenas ao positivismo sintático-primitivo-legalista⁴⁵, si el positivismo jurídico subsiste en el Estado Constitucional Democrático, es de forma inconsciente, ya que se debe al despiste o a la inercia de los juristas!

Referências bibliográficas:

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à brasileira – situações e limites . In: *Neoconstitucionalismo – ontem, os códigos; hoje, as Constituições*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: IHJ, n. 2, 2004.

⁴⁵ Cfe. Zagrebelski, G. *El derecho dúctil*. Madrid, Trota, 2002, pp. 10 e segs.

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2000.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: *1988-1998 - Uma década de Constituição*. Margarida Lacombe (org). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- BULOS, Uadi Lamnego. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Porto, Universidade Católica do Porto, 1995.
- FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho em tiempos de constitucionalismo. In *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.
- GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*, Ergänzungen Register. J.C. B. Mohr (Paul Siebeck, Tübingen, 1993.
- _____. *Wahrheit und Methode*. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *La Doble Estructuración y la interpretación del derecho*, Barcelona: Editorial M.J. Bosch, SL, 1998.
- GRONDIN, Jean . *Introdução á hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.
- GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. In *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- JESTAEDT, Matthias. La ponderación en el derecho. In: Montealegre, Eduardo (org). *El derecho público: una ciencia*. Trad. Irmgard Kleine. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

- KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, Fünfte Auflage. Berlin: Ducker & Humboldt, 1993.
- NIETO, Alejandro. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Madrid, Trotta, 1994.
- ORDÓÑES SOLIS, David. *Jueces, Derecho y Política*. Navarra: Aranzadi, 2004.
- OTO, Ecio. *Entre Constitucionalismo cosmopolita e pluriversalismo internacional: Neconstitucionalismo e Ordem Mundial*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo juridico*. Madrid: Dykinson, 1999.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. “Constitucionalismo Garantista y Democracia”. In: *Crítica Jurídica*, n. 22. Curitiba: Unibrasil, 2003.
- POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambiguo. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2003.
- SALDANHA, Nelson. Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, n. 10, ano 2000. Recife, UFPE.
- SANCHIS, Luis Prieto Sanchis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- _____. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- SANTAMARIA IBEAS, Javier. *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político*. Dykinson, Universidad de Burgos, Madrid, 1997.
- SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia*. Madrid: Trota, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. “Da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Deficiência (*Üntermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. In: *Neoconstitucionalismo: Ontem os Códigos; hoje, as Constituições. Revista de Hermenêutica Jurídica*. n. 2. Porto Alegre: IHJ, 2004.

_____. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: o lado esquecido dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre, Edipucrs, 2004.

_____. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí, Ed. Unijui, 2002.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

WARAT, Luis Alberto. *Territórios Desconhecidos*. V. I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ZAGREBELSKI, G. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2002.