



# SUPERANDO OS DIVERSOS TIPOS DE POSITIVISMO: PORQUE HERMENÊUTICA É *APPLICATIO*?

Lenio Luiz Streck\*

## Resumo

O presente texto procura analisar a problemática do Direito e do Estado, suas crises e as implicações da revolução copernicana provocada pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra. Essa imersão dar-se-á a partir do paradigma fenomenológico-hermenêutico, tendo-se como pressuposto que a viragem linguístico-hermenêutica, promovida por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, demonstrou que ambas as metafísicas (clássica e moderna) foram derrotadas. E o Direito, *locus* privilegiado do processo hermenêutico, não pode caminhar na contra-mão desse rompimento paradigmático.

## Palavras-chave

Constitucionalismo Contemporâneo. Direito. Hermenêutica. Positivismo.

## Abstract

This paper analyzes the problems of law and state, its crises and the implications of the Copernican revolution caused by the second post-war constitutionalism. This immersion will be done from the phenomenological-hermeneutic paradigm, assuming that the hermeneutic-linguistic turn, promoted by Martin Heidegger and Hans-Georg Gadamer, showed that both metaphysics (classical and modern) were defeated. In addition, the law, privileged locus of the hermeneutic process, cannot go directly against this paradigmatic rupture.

## Keywords

Contemporary Constitutionalism. Law. Hermeneutics. Positivism.

## 1. AS MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS DO SÉCULO XX: DE COMO NÃO SE PODE DAR POR TERMINADO O EMBATE ENTRE O POSITIVISMO E O CONSTITUCIONALISMO

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 (se-

---

\* Doutor em Direito (UFSC); Pós-doutor em Direito (Universidade de Lisboa); Professor da UNISINOS-RS e UNESA-RJ; Professor Visitante das Universidades Javeriana (CO), Roma TRE (IT) e FDUC (PT); Membro Catedrático da ABDCONST — Academia Brasileira de Direito Constitucional; Presidente de Honra do IHJ — Instituto de Hermenêutica Jurídica; Ex-Procurador de Justiça (RS); Advogado.

gunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e provedora (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. 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 devemos considerar o novo constitucionalismo (Constitucionalismo Contemporâneo) como superador dos diversos positivimos (do clássico-exegético, nas três versões — francesa, alemã e inglesa positivismo — aos positivimos que apostam no protagonismo judicial, mormente a partir da admissão do poder discricionário dos juízes). Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre o Constitucionalismo Contemporâneo<sup>1</sup> e o(s) positivismo jurídico(s), a começar pela singela razão de que, se as constituições tem a pretensão de resgatar as promessas incumpridas da modernidade (pensemos nos países de modernidade tardia com o Brasil), por qual razão deveríamos deixar que os juízes venham a “cavar” por debaixo da lei” na busca de elementos que estão<sup>9</sup>, ao fim e ao cabo, na sua concepção solipsista de sociedade?

Observe-se que o debate acerca da sobrevivência do positivismo ou da resistência deste face ao Estado Constitucional, entendido na sua versão de Estado Democrático de Direito, deita suas raízes na discussão sobre as posições historicamente opostas ao Estado Constitucional. Diz-se, assim, que no

---

<sup>1</sup> Mais recentemente passei a designar o constitucionalismo exurgente 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*.

Estado Constitucional tem-se: a) valor em vez de norma; b) ponderação em vez de subsunção; c) onipresença da Constituição em vez da independência do direito ordinário; d) onipotência judicial apoiada na Constituição em vez da autonomia do legislador democrático dentro do marco da Constituição em vez da onipotência judicial apoiada na Constituição. Isso se pode ver em autores como Robert Alexy (1997, p. 160) e de tantos outros adeptos do neo-constitucionalismo.

No entanto, não é possível concordar com esses contrapontos. O grau de autonomia do direito fruto do novo paradigma do Estado Democrático de Direito não mais permite que se fale de “valores” como antítese da “velha” norma do paradigma positivista clássico. Por exemplo, a referência reiterada aos “valores” demonstra bem que o ranço neokantiano permeia o imaginário das teorias que se pretende(ra)m pós-positivistas (incluídas principalmente as teorias da argumentação jurídica). Chega a ser intrigante o fato de que toda tradição constituída depois do *linguistic turn* — inclusive de alguns setores da filosofia analítica — tenha criticado o objetivismo ingênuo dessa concepção do neokantismo valorativo, demonstrando que a questão dos valores não dava conta radicalmente dos fundamentos linguístico-culturais que determinam o processo de conhecimento.

A própria formação da cultura é algo muito mais ligado à linguagem e à constituição de contextos significativos, do que propriamente ao problema da formação e transformação deste enigma chamado “valores”. Isso fica bem representado na formulação daquilo que Ernildo Stein denomina “paradoxo de Humbolt”: nós possuímos linguagem porque temos cultura ou temos cultura porque possuímos linguagem?

Portanto, o discurso axiológico no interior do direito deveria ter sucumbido junto com o paradigma filosófico que o sustentava. A despeito disso, continua-se a falar — acriticamente, por certo — em “valores”, sem levar em conta a sua conhecida e problemática origem filosófica. Aqui também é possível dizer que a palavra “valores” assumiu uma dimensão “performativa”, bastando que se a invoque para que as portas da “crítica” do direito se abram. . . ! E o pior parece estar no jargão “princípios são valores”.

O segundo ponto — de que no paradigma do Estado Constitucional há mais ponderação que subsunção — também é falso, porque pressupõe a dicotomia *easy-hard cases*, o que implica possam subsistir, ao mesmo tempo, um modo de “ver o mundo” a partir de uma objetividade filosófica no caso dos primeiros (casos fáceis) e a partir de uma subjetividade nos casos difíceis, claro que, neste caso, disfarçando a discricionariedade sob um discursos analítico-procedural.

O terceiro ponto pode ser considerado correto, desde que se respeite aquilo que Elías Díaz (1995) chamou de legalidade constitucional.<sup>2</sup> A Constituição não substitui o legislador que constrói democraticamente as normas, desde que respeitadas a parametricidade. Ou seja, o Constitucionalismo Contemporâneo não implica um panconstitucionalismo.

Já o quarto contraponto de que falam os neoconstitucionalistas (*lato sensu*) — onipotência judicial apoiada na Constituição em vez da autonomia do legislador democrático dentro do marco da Constituição — apresenta o risco de se substituir a democracia por uma judiciariocracia, ou juristocracia, como denuncia Ran Hirschl (2007).

Pode-se dizer, desse modo, que a superação dessas barreiras opostas ao Estado que se constitui no seio do Constitucionalismo Contemporâneo ocorre em quatro frentes: primeiro, pela teoria das fontes, uma vez que a lei já não é única fonte, aparecendo a própria Constituição como auto-aplicativa; a segunda ocorre com a substancial alteração da teoria da norma, em face do aparecimento dos princípios, problemática que tem relação com a própria teoria das fontes; a terceira frente dá-se no plano da interpretação e, a quarta, pela necessidade de uma teoria da decisão (SANCHÍS, 2003b). Da incindibilidade entre vigência e validade e entre texto e norma, características do positivismo, um novo paradigma hermenêutico-interpretativo aparece sob os auspícios daquilo que se convencionou chamar de giro linguístico-hermenêutico. Esse giro, denominado também de giro ontológico-linguístico, proporciona um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo. Não mais interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar, rompendo-se, assim, as perspectivas epistemológicas que coloca(va)m o método como supremo momento da subjetividade e garantia da segurança (positivista) da interpretação. A consequência, insisto, será a necessidade de uma teoria da decisão.

---

<sup>2</sup> Quando uso a expressão “legalidade constitucional”, com base em Elías Díaz (1995) refiro-me ao fato de que saltamos de um legalismo rasteiro, que reduzia o elemento central do direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na ideia de direito presente no positivismo normativista), para uma concepção da legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade. Afinal, não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional. Em outras palavras, a legalidade deve ser entendida como o conjunto de operações do Estado que é determinado não apenas pela lei, mas também pela Constituição — uma vez que seria um contrassenso afirmar uma legalidade que não manifestasse a consagração de uma constitucionalidade — e pela efetividade das decisões judiciais sob o marco de uma legitimidade democrática. O histórico de golpes e contragolpes mostra que a busca pelo respeito as liberdades negativas foi o principal ponto de luta daqueles que fizeram oposição aos regimes autoritários. O longo período de regime autoritário, nascido de um golpe militar em 1964, conseguiu arrastar-se até meados da década de 80. E hoje, passados mais de duas décadas da promulgação do novo marco constitucional, tem-se ainda de lutar para convencer a comunidade jurídica de que, por vezes, a “literalidade da lei” é um importante instrumento de luta em favor da democracia. Sobre este tema, ver artigo de minha autoria (STRECK, 2010).

Os quatro aspectos (fontes, norma, interpretação e decisão) que caracterizam esse novo constitucionalismo provocam profundas alterações no direito, proporcionando a superação do paradigma positivista, que pode ser compreendido no Brasil como produto de uma simbiose entre formalismo e positivismo, no modo como ambos são entendidos pela(s) teoria(s) crítica(s) do direito. Na verdade, embora o positivismo possa ser compreendido no seu sentido positivo, como uma construção humana do direito enquanto contraponto ao jusnaturalismo, e tenha, portanto, representado um papel relevante em um dado contexto histórico, no decorrer da história acabou transformando-se — e no Brasil essa questão assume foros de dramaticidade — em uma concepção matematizante do social, a partir de uma dogmática jurídica formalista, de nítido caráter retórico, mas que, paradoxalmente, aposta em um solipsismo judicial que parece ignorar as conquistas semânticas da Constituição de 1988.

Com efeito, se o formalismo e o positivismo marca(ra)m indelevelmente o pensamento jurídico moderno, no Brasil é possível dizer que, em muitos aspectos, ambos (ainda) se confundem, isto porque engendrou-se um imaginário jurídico atrelado, ao mesmo tempo, ao formalismo e às suas insuficiências para explicar o direito e a realidade (o direito é concebido no plano abstrato e entendido como sendo apenas um objeto histórico-cultural), e ao positivismo, com as suas características que vêm delineando os caminhos da doutrina e jurisprudência, como: a não admissão de lacunas; o não reconhecimento dos princípios como normas; as dificuldades para explicar os “conceitos indeterminados”, as normas penais em branco e as proposições carentes de preenchimento com valorações, resvalando, com isto, em direção àquilo que o positivismo clássico — enquanto função judicial — visou evitar: a discricionariedade do juiz, que acaba se transformando em arbítrio judicial<sup>3</sup> (ou decisionismos voluntaristas); refira-se, ainda, a inoperância em face dos conflitos entre princípios, culminando, via de regra, na sua negação, com a remessa da solução à discricionariedade do juiz.

---

<sup>3</sup> Registre-se que a pretensa segurança jurídica pretendida pelo positivismo (ainda) exegético não passa de uma forma acabada de discricionariedade judicial, problemática essa bem apanhada por Adeodato, quando afirma que há, no Brasil, um irracionalismo decisionista que despreza inteiramente o texto. Seus representantes não chegam a dizer que a concretização pelo Judiciário resolver, pois são mais céticos. Mas dizem que, independentemente de juízos sobre se isso é bom ou mau, o juiz “faz” o direito. No Brasil, acrescenta o mesmo autor, a cúpula do Judiciário não só ganha poder jurídico e político às expensas do Legislativo, mas também do Ministério Público. Mesmo sem esquecer a posição mais difusa, no rastro de Häberle, segundo a qual “toda a comunidade” concretiza a Constituição, ainda assim o texto perde importância. Conferir a obra de João Maurício Adeodato(2004, p. 180).

Como consequência de uma mixagem entre posturas (ainda) exegéticas e voluntaristas dos mais variados matizes<sup>4</sup>, tem-se uma verdadeira blindagem contra a “intervenção” da Constituição (entendida nos quadros do Constitucionalismo Contemporâneo), que introduz as condições para a superação, de um lado, do problema da equiparação entre vigência e validade e, de outro, o descolamento entre texto e norma. Isto implica afirmar que o significado do constitucionalismo depende da avaliação das condições de possibilidade da compreensão desse fenômeno.

Ou seja, de um direito meramente reprodutor da realidade, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade, como, aliás, consta no texto da Constituição do Brasil. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre “um instrumento de mudança social. O direito é produzido pela estrutura econômica, mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações. A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia” (GRAU, 2003, p. 59).

É neste contexto que as velhas teses do positivismo acerca da interpretação (subsunção, silogismo, individualização do direito na “norma geral”, a partir de “critérios puramente cognitivos e lógicos” (ADEODATO, 2004, p. 177), liberdade de conformação do legislador, discricionariedade, o papel da Constituição como estatuto de regulamentação do exercício do poder) darão lugar a uma hermenêutica que não trata mais a interpretação jurídica como um problema (meramente) “lingüístico de determinação das significações apenas textuais dos textos jurídicos” (CASTANHEIRA NEVES, 2003, p. 287).

A superação das diversas formas de positivismo dá-se pelo constitucionalismo instituído pelo e a partir do Estado Democrático (e Social) de Direito. Em síntese, o fenômeno do Constitucionalismo Contemporâneo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição “extremamente embebedora” (pervasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais (GUASTINI, 2003).

---

<sup>4</sup> A presença de correntes voluntaristas no direito brasileiro é observada com certa frequência em nossa experiência prática jurisdicional. Os ministros do STF em diversas oportunidades demonstram isto ao expressarem que decidem conforme seu sentimento e que sentença vem de *sentire*. Como exemplo, cito o fundamento utilizado pelo ministro Roberto Barroso ao conceder a liminar no MS 32.326, caso Donadon. Mesmo após o Supremo ter firmado um entendimento que caberia ao congresso a última palavra no que diz respeito a cassação de deputados ou senadores (posição com expresse respaldo constitucional), o ministro caminhou em sentido contrário invocando argumentos metajurídicos (sic). Ora, estes abrem a possibilidade para que (determinadas) decisões judiciais possam ser embasadas em critérios exógenos ao Direito e que estariam ao dispor do intérprete. Dessa forma, a sua subjetividade estaria acima da estrutura do ordenamento.

No modelo hermenêutico que emerge do giro hermenêutico-ontológico (*ontologische Wendung*), interpretar não é colocar capas de sentido aos “casos”; tampouco interpretar significa investigar o sentido da norma enquanto objetificação cultural, “desontologizada”. Os “casos” já são — e somente são — jurídico-concretos. Com isto, é possível ultrapassar também o problema do suposto fundamento (metafísico) do conhecimento (veja-se, para tanto, o insuperável trilema de Münchhausen) (STRECK, 2013a). O fundamento é um modo de ser; é interpretação aplicativa. Daí a pergunta de Gadamer (1993, p. 447): que falta faz fundamentar o que de todo modo está a nos sustentar desde sempre?

Já de há muito se sabe que a hermenêutica filosófica (fenomenologia hermenêutica) superou a problemática do método<sup>5</sup> e as consequências epistemológicas daí decorrentes. Interpretar é aplicar. *Applicatio* significa o ponto de estofo do sentido, em que fato é norma e norma é fato. Ou seja, é evidente que não há só textos; o que há são normas (porque a norma é o resultado da interpretação do texto). Mas também não há somente normas, porque nelas está contida a normatividade que abrange a realização concreta do Direito. No plano de uma hermenêutica jurídica de cariz filosófico, a norma será o *locus* do acontecer (*Ereignen*) da efetiva concretização dos direitos previstos na lei (compreendida na diferença ontológica existente entre texto e norma e vigência e validade).

Deixemos bem claro: interpretação e aplicação são coisas incidíveis. Em vez de cisão, uma diferença, que, no plano da Crítica Hermenêutica do Direito, é trabalhada como “diferença ontológica entre texto e norma” (STRECK, 2014). Pensar o contrário é resvalar nos dualismos próprios da metafísica. Toda a compreensão hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico (GADAMER, 1990). Ao falarmos da interpretação jurídica, devemos falar em interpretação jurídico-concreta (factual). E, assim, na medida em que a hermenêutica é modo de ser, que emerge da faticidade e da existencialidade do intérprete a partir de sua condição (intersubjetiva) de ser-no-mundo, os textos jurídicos — no caso, a Constituição — não exsurgem em sua abstratidade, atemporal e a-histórica, alienados do mundo da vida. A Constituição é o resultado de sua interpretação, pois uma coisa (algo) só adquire sentido como coisa (algo) na medida em que é interpretada (compreendida “como” algo)<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Não há nada de reprovável em querer propor regras para o entendimento, diz Gadamer. Mas, pergunta, chega-se desta maneira ao fundo do entender?

<sup>6</sup> Esse como é um como hermenêutico: algo sempre aparece “como” algo (etwas als etwas).

## 2. A CONSTITUIÇÃO COMPREENDIDA COMO ALGO (*ETWAS ALS ETWAS*) QUE CONSTITUI: OS OBSTÁCULOS REPRESENTADOS POR UMA “BAIXA PRÉ-COMPREENSÃO”

A Constituição deve ser vivenciada como Constituição, e isso dependerá da pré-compreensão do intérprete. Afinal, chegamos às coisas do mundo a partir de um ponto de vista e, neste sentido,<sup>7</sup> 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 algo (STEIN, 2004, p. 65).

Isto significa dizer que o estar-no-mundo depende dessa pré-compreensão (*Vorverständnis*), que é condição de possibilidade da compreensão desse “algo”. Daí o acerto de Gadamer (1990, p. 281), ao afirmar que os pré-juízos de um indivíduo, muito mais do que seus juízos, são a realidade histórica de seu ser.

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 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 da expressiva maioria dos 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 constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade, não evidentemente rebo-

---

<sup>7</sup> 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 disso todos conhecemos: o positivismo continua a opor sérias resistência ao constitucionalismo.



cando 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 — aquilo 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*. A “baixa compreensão” é fruto de um senso comum teórico que atravessa o imaginário dos juristas. Nele, os juristas operam como se o Direito fosse composto por dois mundos: o da perspectiva objetivista, em que lei e direito e texto e norma estariam „colados“ e o da perspectiva subjetivista, em que o intérprete se assenhora dos sentidos da lei, „descolando“ a norma do texto.

Ora, 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 *desvela* a metafísica presente no discurso positivista. 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.

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 consequência 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”<sup>8</sup> — implica o risco, e esta aguda crítica é feita por Gilberto Bercovici (2002), 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 intervenção da justiça constitucional<sup>9</sup> na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões.

---

<sup>8</sup> 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 (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 aparece 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.

<sup>9</sup> Entendo corretas as observações de Antonio Manuel Peña Freire (2003), 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 ati-

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 assenheorem 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 Adeodato (2004, p. 176).

### 3. DE COMO O POSITIVISMO (OU POSITIVISMOS) COLOCAM BARREIRAS À DIFERENÇA ONTOLÓGICA ENTRE TEXTO E NORMA. O ALERTA PARA A IMPORTÂNCIA DO TEXTO E O PERIGO REPRESENTADO PELOS “DECISIONISMOS” JUDICIAIS

Não há como discordar de Friedrich Müller (1993) quando diz que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto, e que a norma não está contida no texto<sup>10</sup>. *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)<sup>11</sup>, é possível afirmar

---

vidade do legislador democrático. Por isso, 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*.

<sup>10</sup> No mesmo sentido, Eros Roberto Grau (1998).

<sup>11</sup> 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

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 (1990, p. 333), quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática. Isto não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária.

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”<sup>12</sup>. 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” (BULOS, 1997).

Nesse sentido, a arguta crítica de Nelson Saldanha (2000) 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

---

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 estandarizada, 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, as obras de Lenio Luiz Streck (2013a, 2014).

<sup>12</sup> É a posição, por exemplo, de Uadi Lamnago Bulos (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 do positivismo-normativista*.

não é algo separado da hermenêutica, *mas não se pode diluir nem dissolver a aplicação do direito dentro de uma total imprevisibilidade*. 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 empresa, etc. Tampouco pode dizer que onde está escrito, no artigo 212 do CPP, que o juiz somente pode fazer perguntas complementares, “o juiz pode, sim, fazer perguntas complementares”. Esse é o limite na interpretação. Ou, melhor ainda, este é um importante limite para se fazer hermenêutica jurídica na democracia. Se concordamos com o fato de o intérprete atribuir os sentidos que bem entender, estaremos dizendo que a interpretação é um “ato de vontade” (de poder).

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 (1999), que, fundado em Gadamer, *rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo* (ou irracionalidade) *à hermenêutica filosófica!* Isso precisa ficar claro<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> 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. Nesses termos, não afirmamos que os métodos tradicionais não têm 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.

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, tranquiliza-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 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 temporalidade (GRONDIN, 1999).

Ora, negar a *diferença* entre texto e norma implica negar a temporalidade. O tempo é o “nome” do sentido da norma que se atribui ao texto. 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 (2008), 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

---

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.

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 normas (JESTAEDT, 2008). No passo seguinte, o autor “equipara” a hermenêutica filosófica, que estaria na raiz da “jurisprudência da concretização”, com a “jurisprudência do discurso” habermasiana, momento em que equipara 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 aplicandi)*, 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 (TRINDADE; STRECK, 2014) 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 linguisticidade. 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 (WARAT, 2004, p. 141). 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”, 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 (*Teilnichtigkeitklärung 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 (2004, p. 180). Em algumas áreas como o direito penal, chega a existir uma espécie de blindagem, que imuniza o legislador contra qualquer interferência da jurisdição constitucional<sup>14</sup>.

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 veemência (STRECK, 2013b). Com o mestre de Tübingen, aprendemos que hermenêutica não é método, é filosofia. Ora, se

---

<sup>14</sup> Ver, nesse sentido, as obras de Lenio Luiz Streck (2004) e Maria Luiza Schäfer Streck (2009).



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 (2004, p. 45), 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 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, redundará 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 acer-

ca 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 (2002, p. 154), para quem *até mesmo a teoria da argumentação não acompanhou a hermenêutica na abolição do esquema sujeito-objeto, prevalecendo-se antes da objetividade*. 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” (ADEODATO, 2004, p. 176), problemática presente, aliás, em autores como Atienza (2000, p. 319-320)<sup>15</sup>, para quem “para ser considerada 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 consequências (e reações) que uma Constituição nova provoca*.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: DOZE PONTOS PARA A COMPREENSÃO DO FENÔMENO DA *APPLICATIO*

1. 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. Agrega-

---

<sup>15</sup> 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 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.

do a esse nítido viés transformador, ínsito aos textos constitucionais do segundo pós-guerra, exsurge a superação do positivismo e, conseqüentemente, o direito sofre uma profunda mudança de fundo paradigmático.

2. 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 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.
3. 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 potencialpositor 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)<sup>16</sup>, problemática bem visível na Constituição do Brasil, quando estabelece o comando da erradicação da pobreza, da construção de uma sociedade justa e solidária etc.
4. 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 ideia, *deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado* (CUNHA, 1995).
5. 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.
6. Há, no Brasil, uma cultura positivista e manualesca que continua enraizada nas escolas de direito e naquilo que se entende por doutrina

---

<sup>16</sup> Conferir também a obra de Maria da Conceição Ferreira da Cunha(1995, p. 273).

e aplicação do direito. Consequentemente, a doutrina não mais doutrina, vez que caudatária das decisões dos tribunais. Sejam os claros: no campo da interpretação do direito, não houve ainda a invasão da filosofia pela linguagem.

7. 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 entanto, que o texto constitucional *não é um objeto cultural*, apto a receber do jurista, filologicamente, uma “capa de sentido” — a interpretação (HESSE, 1983, p. 33). *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.
8. O positivismo que aqui se combate funciona como um discurso que *submete o texto e a ele se submete*, fundindo-se coisas, essências e a consciência de si do pensamento pensante. Dizendo de outro modo, até o advento do constitucionalismo do Estado Democrático (e Social) de Direito — e a percuciente observação é de Vicente Barreto —, a preocupação teórica da hermenêutica “integradora” dos pressupostos positivistas visava somente proporcionar um nível teórico, suficientemente universal, estabelecendo parâmetros de referência para as ciências humanas e sociais, que as caracterizassem como tipos de conhecimento científico, ainda que com métodos distintos do método das ciências físicas e naturais. O desafio da hermenêutica contemporânea consiste, assim, 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 conseqüência, de construir-se uma concepção não exclusivamente dogmática do direito (BARRETO, 1999, p. 378)<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> 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.

9. 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. 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 (*teimosamente*) a essa viragem hermenêutico-ontológica.
10. 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*.
11. 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*.
12. 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 em 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 (2002, p. 10), embora sua crítica esteja dirigida apenas ao positivismo sintático-primitivo, *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

- 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.
- 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, UadiLamnego. **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.
- DÍAZ, Elias. Estado de derecho y derechos humanos. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, ano I, n. 1, p. 16, jun. 1995.
- FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría delderecho 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 à 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 Co-lombia, 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 jurídico**. 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, 2003a.

\_\_\_\_\_. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003b.

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. “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.

\_\_\_\_\_. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos** — Eletrônica, vol. 15, n. 1, p. 158-173, jan. -abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013b.

\_\_\_\_\_. **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: Livrariado Advogado, 2013.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. **Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia>>. Acesso em: 05 de abril de 2014.

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

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