

## Hermenêutica, jurisdição e discricionariedade judicial: desafios trazidos pela crise dos métodos de interpretação jurídica no Brasil

## Hermeneutics, jurisdiction and judicial discrionarity: challenges brought by the crisis in legal interpretation methods in Brazil

*Bianca Kremer(1); Mônica Paraguassu(2)*

1 Mestre em direito constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Professora substituta do departamento de Direito Civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada e pesquisadora. E-mail: kremerbia@gmail.com

2 Doutora e mestre em Direito pela École Doctorale de Droit Comparé - Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, França (Bolsa CAPES). Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro-UFRJ. Graduação pela Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes. Professora associada do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, UFF. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). E-mail: monica.paraguassu.uff@gmail.com

**Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 1, p. 131-160, Jan.-Abr. 2017 - ISSN 2238-0604

[Received: Feb. 23, 2016; Approved: Dec. 28, 2016]

DOI: <http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n1p131-160>

**Como citar este artigo:** [clique aqui!](#)

**How to cite item:** [click here!](#)

## Resumo

O presente trabalho propõe uma análise acerca da correlação entre a hermenêutica jurídica e o fenômeno do decisionismo judicial como um desafio do Direito no Século XXI. Acredita-se que o Brasil está diante de uma crise dos métodos de interpretação jurídica em face do Estado Democrático de Direito. Busca-se averiguar o problema da inefetividade do direito e seus reflexos na sociedade e, para tanto, serão apresentados questionamentos às práticas hermenêutico-interpretativas dominantes no cenário jurídico brasileiro atual, em especial as teorias que investem no protagonismo judicial com a pretensão de superar as posturas objetivistas no direito. Deseja-se propor uma reflexão acerca do papel da hermenêutica filosófica na compreensão da insuficiência de tais teorias até então vigentes.

**Palavras-chave:** Hermenêutica. Jurisdição. Discricionariedade. Decisionismo judicial.

## Abstract

This paper proposes an analysis of the relation between legal interpretation and the phenomenon of judicial decisionism as a challenge of the Law in the twenty-first century. It is believed that Brazil is facing a crisis of the methods of legal interpretation during the Democratic State of Law. The aim is to investigate the problem of the ineffectiveness of the law and its effects on society and, therefore, to present questions about the dominant hermeneutic-interpretative practices under the Brazilian legal scenario, especially those theories that invest in the judicial protagonism with the intention of overcoming objectivist positions on the Law. We wish to propose a reflection on the role of philosophical hermeneutics in understanding the failure of such hodiernal theories.

**Keywords:** Hermeneutics. Jurisdiction. Discretionarity. Judicial decisionism.

## 1 Introdução

A doutrina clássica afirma que o Estado, no exercício do seu poder soberano, exerce três funções, sendo elas a legislativa, a administrativa e a jurisdicional (ACCIOLI, 1985, p. 259). É comum encontrar diferentes definições e conceitos de jurisdição, bem como estudos direcionados à função jurisdicional em manuais de direito processual civis e penais – com destaque para a área civil no tema. Isto se dá em virtude de a Jurisdição ser considerada um instituto fundamental do Direito Processual, bem como o mais importante entre todos os institutos desta ciência. Nesse sentido, contribui para a introdução do tema no presente trabalho a definição de jurisdição proposta por Chiovenda, em que a função do Estado teria por objetivo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torna-la, praticamente, efetiva.

Assim, a função jurisdicional é exercida pelo Estado em substituição à atividade das partes em virtude da vedação legal à autotutela.<sup>1</sup> Trata-se a Jurisdição, portanto, do poder que o Estado detém para aplicar o direito a um determinado caso, com o objetivo de solucionar eventuais conflitos de interesses aos quais for provocado a agir<sup>2</sup> e, assim, resguardar a ordem jurídica e a autoridade da lei. A jurisdição compete apenas ao Poder Judiciário<sup>3</sup>, de maneira que se configura sua função precípua, do ponto de vista da teoria da separação dos poderes.

Considerando a relevância do papel desempenhado pelo Poder Judiciário na sua função de solucionador de conflitos, bem como o poder-dever de dizer o direito que lhe é atribuído, exercido por intermédio dos juízes de direito, trata-se de uma questão central para a compreensão do trabalho ora desenvolvido perceber a relação entre a função jurisdicional do Estado e a noção de discricionariedade. Isto é, considerando que tal função é desempenhada por pessoas físicas, comuns, aprovadas por meio de concurso público para o ingresso na carreira da magistratura, o exercício da decisão se

- 1 Tipificada no Art. 345 do Código Penal Brasileiro, que prevê o crime de exercício arbitrário das próprias razões.
- 2 Considerando a subdivisão da função jurisdicional pela doutrina processual em três fatores, quais sejam, a inércia, a substitutividade e a natureza declaratória. Cf. CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 25ª Ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2014, p. 83.
- 3 Modernamente já é aceita a noção de que outros órgãos também sejam capazes de exercer a função jurisdicional, desde que exista autorização constitucional. Um exemplo é a competência que foi dada ao Senado Federal para julgar o Presidente da República em caso de crime de responsabilidade, nos termos do artigo 52, inciso I da Constituição. Saliente-se igualmente a distinção entre a jurisdição e o equivalente jurisdicional que é a Arbitragem, instituto regulamentado pela Lei 9.307/1996, que a prevê enquanto um processo alternativo, extrajudicial e voluntário, entre pessoas físicas e jurídicas capazes de contratar, no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis, sem a tutela do Poder Judiciário a princípio.

dá em algum determinado momento com maior ou menor grau de discricionariedade. Para Streck, esse seria um ponto fundamental, pois não há novidade alguma em afirmar que, no momento da decisão, o julgador possui um “espaço de manobra” mais ou menos discricionário. Ou, ainda, que já não estamos mais sob a égide do juiz boca da lei e, portanto, “seria preciso estar alerta para certas posturas típicas do pós-positivismo à brasileira, que pretende colocar um rótulo de novo em questões velhas, já bastante desgastadas nessa quadra da história, quando vivemos em um constitucionalismo democrático”. (STRECK, 2014a, p. 48-49).

O autor chama a atenção para a problemática do espaço dito “discricionário” deixado ao juiz, por conta de uma ausência de regulamentação – ou método – do processo interpretativo judicial, de maneira que sustenta, nessas condições, serem a discricionariedade e a vontade faces de uma mesma moeda. Salienta, ainda, o surgimento das teorias intituladas neoconstitucionalistas que, na verdade, nada trazem de novo. Essas teorias vêm adotando adeptos à medida em que, utilizando o argumento de conferir efetividade ao texto constitucional e concretizar direitos fundamentais, acabam por implementar, na realidade, um quadro de protagonismo judicial nos diversos âmbitos da sociedade. Nesse sentido, por se compreender no presente trabalho que discricionariedade não coaduna em nenhum momento com o sentido de arbitrariedade em uma democracia, serão apresentados argumentos a partir da hermenêutica filosófica com a finalidade de desconstruir o fenômeno das (neo) teorias constitucionais contemporâneas, demonstrando que o resultado obtido de sua influência na seara dogmática à prática jurisdicional brasileira acaba por ensejar em prejuízos ao Estado Democrático de Direito e à segurança jurídica, ao contrário do que se propõem a realizar.

## **2 Hermenêutica e modernidade: resistências encontradas no direito**

Quando se está diante do fenômeno da interpretação do direito, tradicionalmente chamado de hermenêutica jurídica, Ernildo Stein atenta para o fato de que “nós não temos mais um significante primeiro, que se buscava tanto em Aristóteles como na Idade Média, como ainda em Kant; significante primeiro que nos daria a garantia de que os conceitos em geral remetem a um único significado”. (STEIN, 1988, p. 39). O autor se refere ao “beco sem saída” ao qual foi levada a filosofia ocidental a partir da metafísica, que, após a modernidade – em especial com o advento da filosofia da linguagem, vem sendo alvo de críticas por ser compreendida como uma teoria objetivadora do ser. Isto é, a metafísica não permite perceber a diferença entre objeto e significado por não entender o ser como inserido em uma dimensão puramente lógico-semântica (STEIN, 1997, p. 88), e isso gerou efeitos na hermenêutica jurídica.

O realismo aristotélico representa na Grécia Antiga, ao lado das filosofias de Sócrates e Platão, uma reação ao discurso dos sofistas e uma tentativa de superação da oposição dos pensamentos de Parmênides e Heráclito. Enquanto Parmênides negava a realidade do movimento e da mudança, Heráclito vislumbrava o ser enquanto um vir-a-ser, e afirmava que toda permanência e estabilidade resultariam de um precário equilíbrio entre forças opostas (FARIA, 2004, p. 69). Aristóteles afirma, no entanto, que é possível conhecer o que é real, concreto e mutável por meio de definições e conceitos que permanecem inalterados. Considerava o universo como um todo ordenado segundo leis constantes e imutáveis, e essa ordem imutável não regeria apenas os fenômenos da natureza, mas também os fenômenos de ordem política, moral ou até mesmo estética. Para Aristóteles, portanto, existiria uma ciência “primeira”: a Sabedoria, que estuda o ser e procura enunciar essa ordem subjacente que torna inteligíveis todos os fenômenos (FARIA, 2004, p. 70) – a ciência primeira denominada sabedoria passará a ser designada depois como Metafísica.

Para Aristóteles, a filosofia implica o abandono do senso comum e o despertar da consciência crítica, que tem uma função libertadora para o homem. O abandono do senso comum se daria em virtude do espanto para com a realidade – *pathos* – e este seria a origem de filosofar. A especulação filosófica nasceu para ele com o espanto, e em um primeiro momento o ato de perceber uma dificuldade e espantar-se seria reconhecer a própria ignorância, porque “da mesma forma que chamamos livre aquele que é pra si mesmo o seu próprio fim, e não existe para outro, assim esta ciência é também a única entre as demais que seja uma disciplina liberal, uma vez que só ela é para si mesma o seu próprio fim”. (ARISTÓTELES, 2012, p. 163)

A filosofia aristotélica, com base no princípio de identidade, afirma que a filosofia se distingue da opinião – *doxa* – uma vez que ciência, i.e., conhecimento necessário e universal – *episteme*, encontrando no princípio da não-contradição a sua verdade axiomática fundamental. A partir da concepção de Aristóteles, acreditava-se em um universo finito, em que todas as coisas nele funcionariam de maneira ordenada tal qual uma máquina. O que caracteriza uma máquina é o fato de que cada peça tem seu papel para que ela, como um todo, possa funcionar adequadamente. No universo, portanto, tudo funcionaria de forma complementar e com caráter finalístico. Tudo cumpriria o seu papel e estaria em ordem, chamada por Aristóteles de “cosmos”. Conhecer os recursos naturais específicos de cada ser humano, portanto, seria fundamental para que, com dedicação, treinamento e repetição, se atingisse a excelência: potência, garra – *dinamis*; repetição – *exis*; excelência – *arethe*. Apenas na descoberta de qual o seu papel no “cosmos” e a aquisição da excelência nesse papel por meio da repetição um indivíduo seria capaz de ser feliz. A felicidade para os gregos seria o pleno desabrochar dos próprios recursos naturais: *eudaimonia*. Na modernidade, o homem faz uma descoberta dilacerante: o universo de Aristóteles estava errado. Copérnico,

Galileu e Newton são os responsáveis. O que a ciência hoje diz, e diz desde 1600 d. C., é que o universo é infinito e não é ordenado. Antes, a posição das pessoas no mundo era definida pelo universo – “cosmos” – porque o mundo era fechado. Agora se sabe que o mundo é aberto, então a única maneira de posicionar alguma coisa seria criando uma referência para ela artificialmente. Antes não era necessário criar nenhuma referência porque o mundo era a própria referência enquanto um “cosmos” no qual cada elemento da natureza possuía seu lugar e função específica, do qual não poderia se escusar o próprio homem. A partir de então, seria a partir de uma artificialidade que se configuraria uma referência, como condição de posicionamento – as coordenadas cartesianas, por exemplo. Antes o cosmos era a referência: o certo e o errado da conduta era definido com a harmonia para com o cosmos. Quando o cosmos desaparece, desaparecem também as referências. Então, da mesma maneira que Descartes<sup>4</sup> criou as coordenadas cartesianas, a partir de então passariam a ser criados critérios a partir dos quais o julgamento de condutas seriam enquadrados como errados, certos, adequados ou inadequados. Mostra-se a passagem de uma ética cósmica para uma ética humanista: a referência da conduta boa ou ruim passa a ser definida pelo homem.

O impacto do pensamento aristotélico na formação da civilização cristã ocidental foi muito grande. De certa maneira, foi esquecido na Grécia de seus contemporâneos e banido de Atenas após a morte de Alexandre, o Grande, mas ressurgiu com toda a sua importância na Europa Medieval do século XII com a reinterpretação empreendida por São Tomás de Aquino na era da Filosofia Cristã (FARIA, 2004, p. 84). O pensamento aristotélico passa a ser a estrutura racional que a dogmática cristã necessitava para se impor ao ambiente essencialmente laico que se desenvolvia no interior das universidades. Contudo, a filosofia atual não desconhece a importância fundamental de Aristóteles, embora pretenda ser uma superação desse modelo. Sua influência do domínio da ciência, da teologia, da estética e da política confere a Aristóteles o posto de um dos maiores pensadores da humanidade, de quem a cultura ocidental é uma grande tributária (FARIA, 2004, p. 84). Ao passo que o nascimento da ciência moderna acontece exatamente pelo rompimento com a ciência aristotélica efetuado por Galileu

---

4 No século XVII o racionalismo pode ser definido como a doutrina que, por oposição ao ceticismo, atribui à Razão humana a capacidade exclusiva de conhecer e de estabelecer a Verdade. Por oposição ao empirismo, considera a Razão como independente da experiência sensível. No domínio do conhecimento, portanto, a única autoridade seria a razão nesse movimento filosófico. René Descartes em *Discurso sobre o Método* alega que, enquanto para Aristóteles o homem seria um animal político, para ele o homem seria um animal essencialmente racional, de forma que todos possuem razão, porém nem todos deteriam a capacidade de utilizar corretamente essa razão. Assim, influenciado pela desconstrução científica do conceito de “cosmos” proposto por Aristóteles, propõe a necessidade de um método para utilização da razão. i.e., um caminho seguro. Para maior aprofundamento sobre o tema, ver: DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. Paulo Neves. Ed. L&PM. 2015. 128 p.

nas discussões sobre geocentrismo e heliocentrismo<sup>5</sup>, a hermenêutica também pode ser considerada uma conquista da modernidade. O objetivo precípua da hermenêutica consiste em descrever como se dá o processo interpretativo-compreensivo (RICOEUR, 1989) e, em seu caráter tradicional, comporta ainda uma dimensão prescritiva para além do caráter teórico-descritivo. Essa dimensão prescritiva se explica à medida que a hermenêutica busca estabelecer um “conjunto mais ou menos coerente de regras e métodos para se interpretar e compreender corretamente os diversos textos que povoam o cenário cultural humano” (STRECK, 2014b, p. 262). Esses textos se encontram na seara da arte, da literatura, na religião, e até mesmo no âmbito jurídico, quando da interpretação de textos de leis, decretos, jurisprudências, etc.

Nesse sentido, as reflexões hermenêuticas sempre se desenvolvem em uma dupla perspectiva: a perspectiva teórica e a perspectiva prescritiva. (STRECK, 2014b, p. 263). A perspectiva teórica da hermenêutica busca descrever como o processo de interpretação e compreensão acontece. Aqui um sujeito conhece, e um objeto é conhecido. O objetivo é descrever como essa oposição se resolve na mente, i.e., no sujeito que conhece o referido objeto. Por outro lado, sob a perspectiva prescritiva da hermenêutica, essa descrição visa atingir um resultado, qual seja: estabelecer regras e métodos para o processo de compreensão e interpretação. Essas regras teriam por objetivo reduzir eventuais erros e mal-entendidos que porventura venham a surgir a partir da leitura dos textos. Como se pode perceber, na trilha do racionalismo cartesiano, a hermenêutica clássica se propõe a também produzir critérios de certeza e objetividade no processo de interpretação e compreensão dos textos, o que vai ecoar com bastante força no campo de conhecimento do Direito. Assim, em um quadro geral das teorias clássicas da hermenêutica, opera-se da seguinte maneira: “primeiro, observam-se os problemas que emanam do processo interpretativo, depois procura-se resolvê-los a partir da determinação de uma estrutura metodológica que reduza os erros e as incompreensões, possibilitando, assim, a correta compreensão dos textos analisados” (STRECK, 2014b, p. 263). Contudo, a partir da primeira metade do século XX, o termo “hermenêutica” passa por transformação de tal forma que, especialmente em Martin Heidegger, passará a ser utilizado em uma conotação nunca antes pensada, qual seja, a introdução do denominado elemento antropológico, i.e., a intuição do filósofo seria capaz de fazê-lo perceber que toda compreensão, seja ela de um texto ou da própria história, se encontra fundamentada em uma compreensão que o ser humano já teria de si mesmo. Dessa forma, compreender a si mesmo e a sua história é condição de possibilidade para que seja possível se compreender qualquer texto, palavra ou história. O ser humano seria, portanto, um ser histórico dotado de existência, e isso não poderia ser ignorado no processo hermenêutico, i.e., no processo de interpretação.

5 Para mais informações sobre o tema, ver: PORTO, C.M. A evolução do pensamento cosmológico e o nascimento da ciência moderna. *Revista Brasileira de Ensino de Física*. V. 30. N. 4. São Paulo. Out./Dez. 2008. 4601. p. 1-9.

Assim, a hermenêutica passou ao longo de seu surgimento por três estágios: o estágio da hermenêutica especial, em que passou à interpretação de textos – os quais poderiam ser artísticos, religiosos ou até mesmo jurídicos; o estágio de teoria geral da interpretação em um processo de emancipação metodológica, e o estágio de hermenêutica fundamental, uma vez que fincada nas estruturas existenciais concretas do ser humano, tal como descrito em Heidegger e Gadamer. Este denunciou há muito a questão das três subtelas (STRECK, 2014b, p. 459): o problema hermenêutico se dividia em *subtelas intelligendi* – compreensão, *subtelas explicandi* – a explicação, e *subtelas applicandi* – a aplicação. O autor relata que o romantismo passa a reconhecer a unidade interna entre *intelligere* e *explicare*, de forma que a interpretação não é ato posterior e oportunamente complementar à interpretação, mas compreender é sempre interpretar. Significa dizer, em outras palavras, que não se interpreta primeiro para depois explicar, e depois aplicar. Gadamer dirá que nós sempre aplicamos, isto é, a compreensão antecede qualquer argumentação, de forma que ela é condição de possibilidade. Diante desse paradigma da hermenêutica, Gadamer adota a ontologia fundamental heideggeriana, que defende, em apertada síntese, que interpretar não parte de um grau zero. Ao contrário, parte-se de uma pré-compreensão que envolve as relações pessoais de cada indivíduo com o todo. Isso exprime que o círculo hermenêutico, ou as pré-compreensões de Gadamer, são uma blindagem contra deduções. É importante estabelecer a consideração de que a hermenêutica não se trata de uma metodologia, mas sim de uma condição de possibilidade. Isso se mostra importante esclarecer no sentido de que, *lato sensu*, hermenêutica é a “arte de interpretar o sentido das palavras, das leis, dos textos, etc.” (STRECK, 2014b, p. 491). A hermenêutica é anti metodológica sob a ótica de Hans-Georg Gadamer, e autor se preocupa com o próprio processo de compreensão de um ponto de vista filosófico (GADAMER, 1999, p. 401). Sua teoria do conhecimento se mostrará um importante catalisador para elucidar o tema ora trabalhado, o qual versará sobre a Jurisdição em tempos de decisionismo e os desafios à concretização de direitos, agregando-se a condição de possibilidade que é a hermenêutica.

Apesar do novo tratamento que alça a hermenêutica ao mundo prático a partir de Heidegger, em que o homem passa a ser o ponto central de sua filosofia trazendo consigo o mundo inteiro, pois ele é ser-no-mundo, no Direito ainda permanece dominante a ideia de indispensabilidade do método/procedimento para se alcançar a “vontade da norma” ou a “vontade do legislador”, ou ainda a “correta interpretação do texto”. O ato interpretativo no direito permanece, no senso comum dos juristas, como um ato cognitivo. Ou seja, para os juristas interpretar uma lei seria retirar o que ela contém, i.e., extrair o sentido (compreender), explicar e depois aplica-la. Porém, o intérprete sempre atribui sentido, e o acontecer da interpretação sempre se dá a partir de uma fusão de horizontes. À luz da hermenêutica filosófica, a norma é produto



da facticidade e da historicidade do intérprete (STRECK, 2014b, p. 277) e, portanto, a dicotomia sujeito-objeto passa a ser superada. Não há mais o assujeitamento do indivíduo às essências, nem mais o indivíduo como assujeitador dos objetos, ou dos sentidos dos objetos. É a condição de ser-no-mundo do intérprete que vai determinar o sentido. Portanto, o sentido dos textos sempre será condicionado pelo intérprete, inserido na tradição que compreende esse sentido. Significa dizer, em outras palavras, que a interpretação de um texto jurídico, por exemplo, está vinculada a um sentido anterior que o intérprete tem dele, levando em conta a tradição, o elemento de historicidade. Nesse sentido, para Gadamer a situação hermenêutica se assemelha tanto para o historiador, quanto para o jurista, ao passo que o valor histórico só existe quando o passado é entendido em sua continuidade com o presente. (STRECK, 2014b, p. 307) O trabalho prático do jurista, portanto, seria exatamente esse. Não há como se contentar no direito com um padrão de interpretação subjetivo da intenção do legislador originário para aplicação de uma norma, pois os sentidos não estão nas coisas – superação do esquema sujeito-objeto. Nem mesmo é possível admitir, apesar de a interpretação ser sempre um processo criativo, conforme preceitua Gadamer, que isso seja desvirtuado para a atribuição de sentido carregada de vontades e escolhas pessoais pelo intérprete, pois já superada a filosofia da consciência. Para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica, se mostra essencial que a lei vincule por igual a todos os membros da comunidade por meio de uma valoração dos fatos e da história, em consonância com a tradição do direito – o que suprime eventuais realizações de subsunções pelo jurista.

A partir da hermenêutica filosófica e da linguagem como condição de possibilidade e constituidora do mundo, pretende-se tecer ao longo do presente trabalho uma crítica aos desafios para a implementação de uma justiça distributiva no Brasil, e as insuficiências das teorias neoconstitucionalistas para o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2005) Trata-se de um movimento surgido a partir da segunda metade do século XX, cujo intuito seria, em um primeiro momento, a revalorização do direito constitucional e a expansão da jurisdição constitucional, mas que desencadeou com a sua difusão no Brasil uma série de fenômenos considerados prejudiciais ao Estado Democrático de Direito. A contribuição da hermenêutica filosófica se mostrará essencial para uma análise crítica do movimento, o qual se ocupa majoritariamente do problema da efetividade das normas constitucionais e da força normativa da constituição, porém tece alternativas as quais podem ser consideradas superficiais para a solução buscada. Dentre elas, a necessidade de um “caminho que leve à superação da separação radical, no plano constitucional, entre ser e dever ser”. (HESSE, 1991, p. 13). O mesmo pode ser verificado, por exemplo, quanto ao problema da discricionariedade em Robert Alexy, quando revisita o tensionamento entre o direito e a moral, e sugere que em

determinadas situações – por ele intituladas “hard cases” – as razões consideradas exclusivamente a partir do direito não são capazes de lhes trazer solução em uma decisão judicial. Nesse sentido, para o autor, o intérprete deve se basear em diferentes considerações de justiça, as quais pertencem ao conjunto de razões morais, em virtude da insuficiência por natureza do direito. É possível também verificar nas propostas de Hesse<sup>6</sup> e Alexy, autores de grande influência na fundamentação teórica do movimento neoconstitucionalista no Brasil, que há uma preocupação com a superação do positivismo exegético para atingir a finalidade de promoção da democracia e da concretização de direitos na seara transindividual e, ainda, uma proposta de inserção da correção moral do direito, o que se entende uma proposta simplista e, por vezes, equivocada.

### 3 A discricionariedade como paradigma da subjetividade

Afirmar que o texto e a norma não significam a mesma coisa já não configura nenhuma novidade. Ensina Norberto Bobbio que “*para definir a norma jurídica bastará dizer que a norma jurídica é aquela que pertence a um ordenamento jurídico, transferindo manifestamente o problema da determinação do significado de ‘jurídico’ da norma para o ordenamento*”. (BOBBIO, 1989, p. 28). Na seara da teoria do direito, o autor sustenta que a análise meramente estrutural do ordenamento jurídico, adotada pelas teorias estruturalistas das quais Kelsen é um dos representantes em sua proposta de pureza de uma ciência do Direito, não seria suficiente para explicar os fenômenos que surgiam e ora se colocavam na sociedade. Deveria, portanto, a teoria do direito ser complementada por uma análise funcional do direito, com destaque para a função promocional. De acordo com esta função, o direito passaria a desenvolver sanções positivas destinadas à promoção da realização de atos considerados socialmente desejados pelo direito, o que o autor intitula “técnicas de encorajamento”. (BOBBIO, 2007, p. 23-24). Em outras palavras, quando Bobbio propõe a teoria funcionalista do direito, passa a considerar que o Estado passou a assumir deveres constitucionais que lhe exigiriam uma intervenção mais significativa no campo econômico e social com a finalidade de efetivar e garantir a igualdade de oportunidades a todos.

Surge, portanto, uma resistência à figura do juiz “boca da lei” e ao positivismo na Europa. O positivismo jurídico trata-se de um reflexo do positivismo científico do Século XIX, como movimento de pensamento antagônico a qualquer inserção de teorias naturalistas, metafísicas, sociológicas, históricas ou antropológicas no direito.

6 Destaque-se que Konrad Hesse parte de Gadamer para, somente então, propor novos horizontes para a hermenêutica jurídica. Para Hesse, o teor da norma somente se complementa no ato interpretativo. A concretização da norma vai pressupor, sempre, uma compreensão dela, e essa compreensão por sua vez pressupõe uma pré-compreensão. Para mais informações, ver: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1992. p. 41-42.

(BITTAR, 2012, p. 398). Sua contribuição é notória para as ciências jurídicas à medida que fornece uma dimensão integrada e científica do direito até então não existente. Hans Kelsen buscou delinear uma ciência do Direito desprovida de qualquer outra influência que lhe fosse externa, tendo como chave para a autonomia do Direito o isolamento do método jurídico. Para Karl Larenz, a Teoria Pura do Direito de Kelsen constitui “a mais grandiosa tentativa de fundamento da ciência do Direito como ciência – mantendo-se embora sob império do conceito positivista desta última e sofrendo das respectivas limitações – que o nosso século veio até hoje a conhecer”. (LARENZ, 1989, p. 82).

A compreensão preliminar do conceito do “ser” e “dever ser” proposto por Kelsen se mostra essencial para entender o fenômeno discricionariedade judicial no Brasil, e de que forma a concretização de direitos pelo judiciário hoje é influenciada por teorias neoconstitucionalistas. Isto porque, ainda é preceituado e sustentado nos principais cursos e manuais de direito constitucional do Brasil, notadamente influenciados por uma ótica neoconstitucional, que a efetividade das normas constitucionais está relacionada diretamente com a máxima pretensão do programa normativo abstratamente estabelecido. Isto é, acredita-se como principal caminho para a efetividade das normas constitucionais o processo de migração do “dever ser” normativo para o plano do “ser” da realidade social. (BARROSO, 2010, p. 216). Nas palavras do Min. Luis Roberto Barroso: “[...] o direito existe para realizar-se, e a verificação do cumprimento ou não de sua função social não pode ser estranha ao seu objeto e interesse de estudo. “ (BARROSO, 2010, p. 220). Nesse sentido, as categorias do “ser” e “dever ser” com as quais lida Kelsen são pólos utilizados para distinguir realidade e Direito. Pretende o autor, mais precisamente, operar com a quebra da relação ser/dever-ser para, mais precisamente, diferir o que é jurídico do que não é jurídico. Propõe-se, portanto, a Teoria Pura do Direito a empreender uma sistematização estrutural do que é jurídico, propriamente dito. (KELSEN, 1995, p. 291-293). Para o positivismo kelseniano, “a norma jurídica é o alfa ( $\alpha$ ) e o ômega ( $\Omega$ ) do sistema normativo, ou seja, o princípio e o fim de todo o sistema “ (BITTAR, 2004, p. 399), e seu ponto de apoio para todo o sistema jurídico seria uma estrutura escalonada de normas, onde a última aparece como norma fundamental dentro de uma pirâmide de relações normativas.

A doutrina apresenta dificuldade de compreensão e questionamentos em relação, não necessariamente ao estatuto teórico da norma fundamental proposto por Kelsen, mas especificamente quanto à sua natureza, função, ou até mesmo a razão de sua existência. Tércio Sampaio vislumbra, por exemplo, que o princípio da unidade recebe em Kelsen o nome de norma fundamental, e essa noção não teria maiores problemas de ser compreendida, mas difícil de ser caracterizada, quando questiona: “[...] a questão do seu estatuto teórico: é norma? É um ato ou fato de poder? É uma norma historicamente positivada ou uma espécie de princípio lógico que organiza o sistema? “ (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 176).

É possível perceber que a norma fundamental se trata de uma ficção do pensamento, isto é, possui uma natureza pensada como forma de estancar o regresso ad infinitum no movimento de busca pelo princípio da validade na estrutura piramidal do ordenamento jurídico. A norma fundamental, portanto, não remete a nenhuma outra e, caso não existisse, deveriam ser aceitos pressupostos metafísicos para a fundamentação da ordem jurídica, quais sejam: Deus, a ordem universal, o contrato social, o direito natural, etc. (BITTAR, 2004, p. 401). O consentimento de aceitação da Constituição se dá, nesse sentido, com base nesse princípio da eficácia proposto por Kelsen, imbuído de caráter científico pela primeira vez, conforme demonstrado.

E nesse âmbito de regência de normas por uma norma fundamental não se exclui a possibilidade de o juiz agir aplicando e interpretando-as, ao contrário: para Kelsen, “a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. (KELSEN, 1976, p. 463). Para o autor não há normas jurídicas que não passem pelo processo de interpretação. Até porque, o processo de interpretação da norma trata-se da compreensão da literalidade das palavras da lei mas, não apenas isso, também está ligada aos processos de conhecimento da ciência do direito configurando, assim, uma atividade do pensamento que identifica os possíveis sentidos jurídicos de uma norma. Na seara da interpretação Kelsen identifica dois tipos: o primeiro, a interpretação autêntica do Direito, que é exercida pelo órgão aplicador do Direito. (KELSEN, 1976, p. 479). Trata-se, dessa forma, do ato de interpretação associado ao de aplicação, e podem ser considerados intérpretes autênticos os juízes de Direito. Todas as demais seriam interpretações não-autênticas, sendo inserido nesse contexto o papel da ciência do direito, por exemplo, que busca identificar e descrever os possíveis sentidos, que são vários os possíveis, de uma norma jurídica: “a interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica”. (KELSEN, 1976, p. 472). Cabe, portanto, à ciência do direito apenas identificar e descrever os possíveis sentidos de uma norma.

São muitas as possibilidades jurídicas que facultam escolhas ao juiz de direito quanto à atividade de atribuir sentidos à legislação, e escolher qual deles seria mais adequado ao caso concreto. No entanto, identifica o autor que o direito positivo não é capaz de ponderar qual seria a melhor escolha, refutando a ideia de uma única interpretação correta para cada caso concreto. Afirmar Kelsen que não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar, possa ser preferida à outra. Para ele, não haveria absolutamente qualquer método segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como correta, desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: “possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.” (KELSEN, 1976, p. 468).

Não há, nas palavras do autor, nenhum método que torne essa escolha um ato objetivo e sensivelmente positivo a ponto de dificultar as possibilidades de escolha do juiz do direito quando proferir uma decisão, no exercício da sua função jurisdicional. Verifica-se, assim, que o positivismo jurídico, em especial o positivismo kelseniano, trata-se de uma teoria mal compreendida na doutrina, à medida que as atuais teorias neoconstitucionalistas dominantes no cenário brasileiro estabelecem um maniqueísmo – equivocado – quanto à existência de dois tipos de juiz: o positivista, que se apega à lei, e o crítico pós-positivista, que se utiliza dos princípios, sendo este último o modelo considerado “ideal” de juiz. O neoconstitucionalismo confunde os diferentes modelos de positivismo, e mantém uma errônea crença na ideia de que o positivismo enseja necessariamente na proibição de interpretar, e é trocado com o conceito de legalismo lato sensu.

O legalismo deve ser observado a partir da perspectiva de uma tradição jurídica. Por exemplo, o positivismo inglês possuía um cunho utilitarista, enquanto o positivismo francês fazia predominar um exegetismo da legislação, e o positivismo alemão fez florescer o formalismo conceitual, o qual influenciou fortemente a jurisprudência dos conceitos. (STRECK, 2013a, p. 86). O empirismo foi um dos movimentos filosóficos formadores da filosofia moderna nos séculos XVI a XIX, que pretendia explicar o conhecimento a partir da experiência. Para os empiristas, todo o nosso conhecimento provém de nossa percepção do mundo externo, ou do exame da atividade de nossa própria mente. O empirismo se desenvolveu sobretudo na Inglaterra, e pode ser considerado o pensamento representativo da burguesia inglesa que, a partir do século XVII, passou a deter tanto o poderio econômico, quanto o político, através da monarquia parlamentar, fato este que marca o nascimento do liberalismo. (MARCONDES, 2004, p. 117). Trata-se o empirismo, portanto, de uma ciência baseada no método experimental, que valoriza a observação e a aplicação prática da ciência, sendo o conhecimento, portanto, sempre probabilístico de acordo com ele. A concepção empirista é, assim, fortemente individualista, já que a experiência é sempre individual, o que justifica o cunho utilitarista em âmbito normativo de acordo com a realidade do período histórico em questão.

O positivismo francês possui como principal expoente o filósofo Augusto Comte (1798-1857), de acordo com o qual tratava-se de uma corrente filosófica destinada a acompanhar, promover e estruturar o último estágio que a humanidade teria atingido pela ciência. Isto é, o autor utiliza o termo “filosofia” para designar o sistema geral de desenvolvimento humano. A filosofia de Comte se insere na onda contra-revolucionária e ultraconservadora que se seguiu à Revolução Francesa e, nesse sentido, é possível encontrar em sua obra conceitos intimamente ligados à ordem e à estabilidade social, v.g., tradição, autoridade, hierarquia, coesão, entre outros.<sup>7</sup> O caráter exegetico da

7 Para aprofundamento do tema, ver: COMTE, Auguste. *Discurso sobre o espírito positivo*. Porto Alegre. Ed. Globo/Edusp. 1976.

legislação defendido pela corrente filosófica positivista francesa pode ser observado, na obra de Comte, em sua busca do caminho para a reforma moral e intelectual da sociedade, (SIMON, 2004, p. 154) o que gerou efeitos na seara jurídica invariavelmente. No Brasil, as ideias de Comte encontraram solo fértil para seu desenvolvimento, de maneira que os positivistas participaram do movimento pela Proclamação da República em 1889, e na Constituição de 1891. Por sua influência, a bandeira brasileira passou a ostentar o lema clássico do positivismo: ordem e progresso. (SIMON, 2004, p. 155).

O pandectismo, encabeçado na Alemanha por Bernhard Windscheid, encarava a lei como um produto resultante da história de um povo e da “vontade racional” do legislador, i.e., ocupa uma posição intermediária entre a compreensão do espírito de um povo como manifestação da lei<sup>8</sup> e o apego absoluto ao texto legal. O pandectismo influencia o surgimento da codificação na França, e possui como principal referência a Escola de Exegese, a qual defende o princípio da completude do ordenamento jurídico, em detrimento do direito natural, de maneira que as eventuais lacunas legais deveriam ser solucionadas pelo próprio sistema jurídico. (BITTAR, 2012, p. 390). A partir de tais influências, Georg Friedrich Puchta, discípulo de Savigny, elaborou a Jurisprudência dos Interesses, a qual se baseia na chamada “pirâmide dos conceitos”. Para Ferraz Júnior, essa concepção de sistema, que informa notavelmente a “jurisprudência dos conceitos”, acentua-se e desenvolve-se com Puchta e sua “pirâmide de conceitos”, que enfatiza, conhecidamente, o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto “desdobramento de conceitos e normas abstratas, da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada.” (FERRAZ, JUNIOR, 1980, p. 31).

Mostra-se presente na Jurisprudência dos Conceitos o caráter reducionista do direito à norma, em desconsideração a questões éticas, políticas e sociológicas; e cerrado dentro do próprio sistema jurídico, no que diz respeito à subsunção da interpretação normativa à “vontade racional” do legislador. Fica evidenciado, portanto, que existem diversas espécies de positivismo, de maneira que as teorias neoconstitucionalistas, no intento de fazer valer a sua busca pela concretização e efetividade de direitos, apostam na atribuição descontextualizada do caráter legalista ao movimento positivista como um todo. Defendem os neoconstitucionalistas que, em prol do reconhecimento da força normativa da Constituição, se mostra necessário defender a expansão da jurisdição constitucional e acreditam, assim, estar diante da criação de uma nova dogmática da interpretação constitucional. No entanto, é plausível supor que o ativismo judicial em nada se distancia do positivismo, apesar de se propor a fazê-lo enquanto objetivo primordial e “espinha dorsal” do neoconstitucionalismo. Conforme denota Streck: “Kelsen, Hart e Ross foram todos positivistas. Do mesmo

8 Hegel foi o filósofo alemão mais influente do Séc. XIX. Acreditava na unidade ontológica entre o ser e pensar e, na sua filosofia histórica, criou dois conceitos para compreender os movimentos da história: *Zeitgeist* (espírito do tempo) e *Volksgeist* (*espírito do povo*). Para aprofundar o tema, ver: HEGEL, G. W. F. *Enciclopédia das ciências filosóficas*. V. 1 – A ciência da lógica. Ed. Loyola. Curitiba. 1995.

modo que são positivistas hoje os juristas que apostam na discricionariedade judicial...!”. (STRECK, 2013a, p. 90).

A diferenciação entre exegetismo e normativismo é relevante quando se nota que Kelsen escolhe fazer ciência apenas no âmbito das proposições jurídicas. Isto é, o autor deixa de lado a parcela da pragmática, e privilegia em seus estudos teóricos as dimensões semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos. Dessa maneira, a realização concreta do direito é deixada em segundo plano, sendo ela o espaço da discricionariedade do intérprete. Logo, o positivismo desenvolvido ao longo do século XX se constitui enquanto positivismo normativista. Diferente do positivismo exegetico do século anterior, cujos sinais de exaustão já se mostravam patentes. As teorias neoconstitucionalistas contemporâneas se preocupam com a superação do positivismo exegetico por meio da implementação de uma Jurisprudência de Valores, porém, Kelsen já havia superado o positivismo exegetico com a Teoria Pura do Direito.

Demonstra-se, então, que atualmente os “etiquetamentos” de teorias contemporâneas enquanto “positivistas” ou “pós-positivistas” podem ser entendidos enquanto meras rubricas vazias, com importância contextualizadora e histórica na compreensão da teoria do direito em si. Porém, em sua aplicabilidade prática para a construção de novas teorias jurídicas, possuem significância esvaziada quanto a esse enquadramento maniqueísta. Aliás, sem teoria não há direito pois, em virtude do seu caráter alográfico, existe uma necessidade de teorização para fins de reflexão jurídica. Nas palavras do Ministro Eros Grau, haveriam dois tipos de arte: as alográficas e as autográficas. Nas alográficas, música e teatro, a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens, o autor e o intérprete; enquanto nas autográficas, quais sejam: pintura e romance, o autor contribui sozinho para a realização da obra. Diz, assim, que o direito é alográfico. E alográfico é porque “o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete.” (GRAU, 2006, p. 30).

Portanto, por mais simples que seja uma determinada linguagem jurídica, é plausível supor que sua interpretação dificilmente poderia ser afastada daquilo que se pode chamar de “campo jurídico”, termo que pode ser também entendido como “imaginário” dos juristas. A facilidade da compreensão da leitura de um texto legal nada mais é do que um direito da sociedade, que facilita o acesso à informação e compreensão das normas que regem a vida social por parte do indivíduo leigo, o cidadão comum. Contudo, hermeneuticamente falando, as palavras da lei apenas adquirem significado a partir de um processo de teorização. Entende-se, assim, que a teoria nada mais é do que uma condição de possibilidade que dá sentido à norma genérica e abstrata. Não se acredita em um sentido “imaneente” na norma, ou até mesmo evidente, pois as palavras na lei não detêm sentido em si mesmas.

Por essa razão, acredita-se no presente trabalho que é problemático atribuir qualquer norma a um texto. Isto porque entende-se os sentidos não estão nos textos. Desde a filosofia clássica essa questão já é passível de ser percebida, pois os sofistas foram os primeiros a notar que entre palavras e coisas não há uma imanência, isto é, o sentido das palavras não está em si mesmo. Isso pode ser notado no primeiro grande livro sobre filosofia da linguagem, qual seja: *Crátilo*, de Platão<sup>9</sup>. Os sofistas foram reputados como grandes mestres no passado, que eram procurados por uma grande quantidade de jovens bem-nascidos dispostos a lhes pagar muito dinheiro, com o intuito de aprender o que lhes era apregoado ensinar. (IGLÉSIAS, 2004, p. 37-38). Independente do conteúdo a ser ensinado, o jovem buscava junto ao sofista a areté – palavra que expressa o conceito grego de excelência, qualidade indispensável para se tornar um cidadão considerado bem-sucedido em âmbito da pólis.

O regime político que vigorava em Atenas era o democrático e, portanto, o exercício da função política em uma sociedade estratificada como a grega dependia do bom uso da palavra. Os sofistas, então, desenvolveram uma técnica capaz de persuadir qualquer indivíduo sobre qualquer assunto: a retórica sofística; a qual gerou consequências negativas para alguém que, como Platão, desejava estabelecer a política como ciência por meio do relativismo do conhecimento. Isto é, para os sofistas só existiam opiniões, fossem elas boas ou más, mas não uma verdade.<sup>10</sup> Em contrabalanceamento à retórica sofística, Platão propunha que a existência de um conhecimento absoluto e verdadeiro ensinaria em uma limitação ao jogo da retórica dos sofistas, pois aquele que realmente soubesse algo não seria persuadido do contrário, e haveria uma fuga da esfera da opinião ou avaliação pessoal.

A compreensão sobre a linguagem na filosofia clássica se mostra importante para demonstrar, mais uma vez, que os sentidos não estão nos textos. Um exemplo interessante que facilita esse entendimento é o proposto por Lênio Streck em um periódico no qual trata sobre a questão entre texto e norma, quando exemplifica com o clássico de Recaséns Siches, um pouco remodelado: se há uma lei que proíbe que sejam levados cães na plataforma do trem, a pergunta que se põe é: seria possível levar um urso? Afinal, apenas os cães estariam proibidos, e aquilo que não é proibido está, em tese, permitido. Ocorre, no entanto, que a palavra “cães” não esgota o sentido da regra, segundo Streck, e nesse caso, a partir da reconstrução da história institucional do direito pelo “método hermenêutico”, pode-se concluir que onde está escrito “cães”, deve-se ler “animais perigosos”, isto é, os animais que podem colocar em risco os passageiros. (STRECK, 2014c).

9 Para maior aprofundamento, ver: PLATÃO, *Cratylus*. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=16011](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=16011). Acesso em 20 de Dezembro de 2015.

10 Para uma melhor compreensão sobre a empreitada platônica em face dos sofistas, ler o diálogo de Platão que se ocupa com a natureza da virtude, e discute se a virtude seria, ou não, ensinável. Ver: PLATÃO, *Dialogues*, V. 1 – Protágoras. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=3950](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=3950). Acesso em 20 de Dezembro de 2015.



Da mesma maneira que o exemplo supramencionado demonstra que a palavra “cães” não esgota o sentido da regra, pois o intuito da regra seria supostamente a proteção das pessoas presentes da plataforma de trem, a interpretação da lei não pode se limitar à lei ou súmula/verbetes. No entanto, se mostra importante tecer duas considerações importantes nesse sentido: a primeira, de que o próprio positivismo kelseniano do século XX já preceituava essa questão, o que não se mostra nenhuma novidade ou inovação das teorias contemporâneas, em especial as neoteorias constitucionais. A segunda consideração é o fato de que direcionar a interpretação para além da lei requer observar o crescimento do grau de complexidade do feito, o qual cresce na mesma proporção em que se afasta da literalidade do texto, pois há uma linha tênue a ser verificada para fins de não cair na armadilha da discricionariedade.

A lei não contém a resposta em si. Essa afirmação já pôde ser percebida e compreendida até aqui diante dos fundamentos hermenêutico-filosóficos expostos. No entanto, é comum diante de hipóteses em que o intérprete esteja diante de lei, verbetes jurisprudenciais ou enunciados sumulares – os quais detêm, com frequência, um sentido literal bastante patente no conceito das palavras, uma vez que o escopo do instituto seria justamente facilitar a aplicação por parte dos tribunais e pacificar do entendimento judicial sobre determinado tema – essa literalidade perder força em virtude do maior ou menor grau de subjetividade que obtiver esse intérprete. Nessas situações, é comum que o caminho adotado por ele seja agir com ampla discricionariedade, isto é, amplo poder de escolha no julgamento de um determinado caso concreto.

O elemento da discricionariedade é uma das principais características do positivismo de Hans Kelsen, como já visto. Considerando, portanto, a sustentação de que a lei não carrega o direito, a dificuldade que se coloca é descobrir de que maneira deve-se suplantar a realidade jurídica posta diante desse fenômeno. A resposta se encontra na superação da crise paradigmas e da filosofia da consciência, temas os quais serão trabalhados com maior profundidade no próximo subtópico. Porém, em adiantamento, a resposta se encontra na linguagem, ou seja, a linguagem passa a ser a condição de possibilidade – assim como a hermenêutica – a partir da consideração da virada linguística na filosofia, i.e., a partir do foco na relação entre a filosofia e a linguagem. Ludwig Wittgenstein identifica em suas observações sobre os jogos da linguagem que os principais problemas filosóficos surgem a partir de uma falta de compreensão da lógica da linguagem: “os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo”. (WITTGENSTEIN, 2008).

## 4 Compreendendo algumas falhas das teorias neoconstitucionalistas

O constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania. (MATTEUCCI, 1998). O conceito de constituição como expressão de um poder constituinte formal passou a ter afirmação teórica apenas em meados do século XVIII, quando passou a constar a ideia de vinculação dos titulares do poder ao que o documento preceitua, e de ser uma lei fundamental de uma comunidade política com hierarquia superior às demais normas. As principais fundações do constitucionalismo moderno emergiram nos Estados Unidos, França e Inglaterra conforme já apresentado, pois foram consideradas as bases das experiências constitucionais dos demais países que os sucederam em um processo de constitucionalização próprio. No que concerne a esse conceito de fundações do constitucionalismo, quando se fala da influência dos Estados Unidos destaca-se o modelo estadunidense de controle difuso, cujas origens remetem à sua estrutura federalista. E quando se fala da Europa como base da experiência constitucional de outros países, saliente-se o seu modelo de controle concentrado, em especial na Alemanha. As grandes influências que se sucederam no Brasil a partir dessas fontes remetem a, no caso norte-americano de controle difuso, não-aplicação das leis ditas constitucionalmente inválidas, enquanto no caso europeu à anulação das leis que estejam em desacordo com a Constituição a partir do controle concentrado. A característica essencial do Constitucionalismo passa a se embasar, dessa forma, na existência de uma normatividade posta, que se mostra em posição hierárquica superior quando comparada à legislação ordinária, de forma que as técnicas utilizadas para assegurar esta superioridade seriam diversificadas, levando em conta o sistema adotado, seja de controle concentrado ou difuso.

O processo de construção do constitucionalismo se mostra ainda em constante transformação, em especial nos países de modernidade tardia como é o caso do Brasil, e a atual fase do direito constitucional vem sendo objeto de farta discussão na doutrina. A começar pelo próprio nome em que se intitula a atual fase do constitucionalismo. Alguns autores adotam a terminologia “neoconstitucionalismo”, enquanto outros buscam se distanciar dessa nomenclatura em virtude de severas críticas ao termo e por acreditar que o termo tenha levado a equívocos teóricos<sup>11</sup>. No entanto, a

11 É o caso, por exemplo, de Lênio Streck, o qual acredita não ser mais possível continuar a utilizar essa nomenclatura, haja vista que na trilha do neoconstitucionalismo se percorreu – e se percorre – um caminho que leva à jurisprudência dos valores e suas derivações axiologistas, razão pela qual adota o termo Constitucionalismo Contemporâneo: “Assim, para efeitos dessas reflexões e a partir de agora, passarei a nominar Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas) o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atua,

expressão “neoconstitucionalismo” ainda é a mais utilizada, com perspectiva de ser um constitucionalismo pós-positivista,<sup>12</sup> ou um constitucionalismo neopositivo,<sup>13</sup> dentre outras terminologias. Sua origem teórica apresenta divergências entre os seus adeptos, e isso corrobora para a pluralidade de vertentes inseridas no movimento neoconstitucionalista, em especial no Brasil, pois trata-se de uma demonstração de incoerências que correspondem ao próprio pensamento de autores e teorias supostamente embasadoras do movimento. Diz Daniel Sarmento que os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como por exemplo os autores Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Carlos Santiago Nino, dentre outros. Contudo, salienta Sarmento que nenhum deles se define hoje, ou já se definiu no passado, como neoconstitucionalista. Fica evidenciada, dessa maneira, uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política, de forma que dentre eles há “positivistas e não positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas”. E diante desse quadro, não seria uma tarefa simples definir o que seria o neoconstitucionalismo, talvez porque, de fato, não exista um único neoconstitucionalismo que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas sim “diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa”. (SARMENTO, 2009, p. 114).

O Brasil se viu diante do fim de um regime totalitário quando da necessidade da promulgação de uma nova constituição, sentindo ser necessário introduzir em seu texto constitucional elementos relacionados a direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, em virtude da opressão política e violação aos direitos humanos sofrida pelos indivíduos dentro do território nacional durante o período de ditadura militar.

para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo ‘neoconstitucionalismo’.” Para mais informações sobre a inviabilidade da nomenclatura para o autor, ver: STRECK, Lênio. Verdade e Consenso. Op. cit. p. 45-48.

- 12 É o caso de Luis Roberto Barroso, que crê em um neoconstitucionalismo que tenha, de fato, superado o positivismo jurídico quando afirma que “O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo” em BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Op. cit. p. 5.
- 13 O termo “neopositivismo” surgiu com a tradução literal da expressão “*New Legal Positivism*” desenvolvida por Anthony J. Sebok. Esse novo positivismo legal propunha ressaltar a emergência da forma moderna de positivismo que pretende responder às provocações de Dworkin, baseadas no argumento empírico de que existem na prática jurídica dos Estados Constitucionais atuantes princípios jurídicos consubstanciando padrões morais, sem resvalar num ceticismo moral ou em teses originalistas de interpretação. Para maiores informações, ver: SEBOK, Anthony J. *Legal Positivism in American Jurisprudence*. Cambridge Studies in Philosophy Law. Cambridge University Press. 2008. 344 p.

Garantias essas que ensejariam em proteção em face de eventuais abusos do Estado, estabelecendo um controle das forças políticas atuantes no país. Após duas guerras mundiais e genocídios generalizados, questionava-se no mundo acerca do sucesso do direito, em virtude da impossibilidade de ter se empunhado um controle nas questões relativas às graves violações aos direitos humanos cometidas. Alguns teóricos do direito propuseram a realocação da moral no direito como forma de promover uma transformação no quadro instaurado no curso da história e, assim, o direito assume uma faceta de transformação social. Influenciados por essa onda, a entrada de algumas teorias axiológico-normativas no Brasil resultou o que se pode intitular movimento neoconstitucionalista, por força de um ambiente de reconstitucionalização no país quando da convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Trata-se de um movimento teórico de revalorização do direito constitucional com ênfase em propor uma nova abordagem no papel a ser desempenhado pela constituição. O marco teórico do neoconstitucionalismo seria o reconhecimento da força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. (BARROSO, 2005, p. 6) O período pós-guerra, portanto, se mostrou um importante marco teórico para a reestruturação do constitucionalismo em diversos países e, no caso de países de modernidade tardia como o Brasil, se passar a pensar um constitucionalismo. Diante do panorama mundial posto, alguns autores concluíram que o positivismo jurídico “exacerbado” poderia resultar em barbáries. É o caso de Gustavo Binbenbojm, quando diz que: a jurisdição constitucional foi se ampliando e fortalecendo em todo mundo ao longo do século XX, sobretudo após a “traumática experiência do nazi-facismo. A barbárie perpetrada pelas potências do Eixo, como beneplácito do legislador revelou, com eloquência, a imperiosa necessidade de fixação de limites jurídicos para a ação de todos os poderes públicos, inclusive os parlamentos”. (BINENBOJM, 2008, 63).

Percebe-se uma atribuição de responsabilidade por uma parte da doutrina neoconstitucionalista direcionada ao positivismo pela catástrofe mundial ocorrida em virtude da segunda guerra mundial, e pode-se notar a crítica ao positivismo exegético como ponto de partida para a instituição de algo novo em rompimento com o passado. Isto é, um novo constitucionalismo. Para Barroso, talvez esta fosse uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Nas palavras do autor: “sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus”. (BARROSO, 2005, p. 2).

Em uma perspectiva crítica, acredita-se que, de fato, o movimento neoconstitucionalista não chegou a ser uma volta ao passado. Há de se reconhecer inegáveis avanços na seara da efetivação de direitos e, em especial, quanto à supremacia

da Constituição. Apesar disso, o neoconstitucionalismo da maneira como foi implementado no Brasil, com enfoque especial para o movimento encabeçado por Barroso, acabou ocasionando condições debilitantes na democracia e contribuindo para a corrupção do próprio texto da Constituição. O protagonismo judicial nos moldes atuais fez crer no ideário social que a jurisdição seria responsável pela incorporação dos valores definidores do que seria o justo. Assim, diante de tais fatos, é possível afirmar que o neoconstitucionalismo apresenta contradições na maneira com que vem sendo cunhado. O termo “neoconstitucionalismo” teve importância estratégica quando da importação do termo e das teorias trazidas da Europa-ibérica, e de adequação com o seu período histórico. Antes da metade do século XX o Brasil ainda não havia conhecido o conceito de constituição normativa, e a sua intenção era ir ao encontro de um constitucionalismo compromissório com vistas à efetivação de um regime democrático. (BARROSO, 2005, p. 2). Nesse sentido, é possível afirmar que o neoconstitucionalismo trouxe avanços, mas sob a bandeira “neoconstitucionalista” defende-se uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de nada menos que jargões vazios de conteúdo, (STRECK, 2014a, p. 46) e que reproduzem o prefixo “neo” nas mais diversas ocasiões, sem que se tenha superado o seguinte paradoxo: ele se propõe um movimento de natureza pós-positivista, com o intuito de vencer o velho positivismo exegetico, mas não foi além de Kelsen, positivista normativo para o qual a discricionariedade já havia sido reconhecida como uma realidade.

Ferrajoli identifica a existência de diversas concepções de constituição e constitucionalismo, e elas teriam em comum a ideia de subordinação dos poderes públicos a uma série de normas superiores, as quais são estabelecidas nas constituições enquanto direitos fundamentais. A concepção de um constitucionalismo como um sistema jurídico, que equivale a um conjunto de limites e vínculos rigidamente impostos a todas as fontes normativas por ordens supra-ordenadas seria rotulado como neoconstitucionalismo, seria a concepção mais difundida como teoria constitucional atualmente. (FERRAJOLI, 2011, p. 16). Contextualizando o autor, em sua teoria o constitucionalismo seria compreendido como um fenômeno complexo que se ramifica em duas vertentes: a primeira, o objetivo do positivismo jurídico de superação do “jusnaturalismo”. A segunda, e em oposição à primeira vertente, diria respeito às correntes doutrinárias que visam uma complementação ao positivismo. Lembre-se, oportunamente, que para Ferrajoli o positivismo jurídico diz respeito a um modelo de direito que reconhece como Direito qualquer conjunto de normas, independente do seu conteúdo, desde que postas ou produzidas por quem está autorizado a fazê-lo. É o que se aproxima do conceito de positivismo exegetico. Dessa forma, o autor faz uma separação do Constitucionalismo atual como Constitucionalismo Juspositivista, que seria o normativo ou garantista, e Constitucionalismo antijuspositivista, dizendo respeito aos jusnaturalista, argumentativo ou principialista. (FERRAJOLI, 2012, p. 14).

Percebe-se que, ao contrário do que propõe o movimento neoconstitucionalista que tem como foco a superação do positivismo como força motriz da efetivação da Constituição, Ferrajoli adota a posição de Constitucionalismo Garantista, segundo o qual não propõe uma superação do positivismo jurídico, mas sim um reforço. Esse reforço do positivismo seria resultado de uma mudança de paradigmas do juspositivismo tradicional, observada com a submissão da própria produção normativa a normas não apenas formais, mas também materiais (substanciais) de direito positivo. Para o autor, “o constitucionalismo jurídico excluiu a última forma de governo dos homens: aquela que, na tradicional democracia representativa, manifestava-se na onipotência da maioria” e, por conta disso, a legalidade não é mais – como no velho modelo paleopositivista – apenas condição de validade das normas infralegais, mas é a própria norma infraconstitucional “condicionada”, na sua própria validade, ao respeito e à atuação das normas constitucionais. Assim, todo o direito se configura “como uma construção inteiramente artificial, na qual são reguladas não apenas as formas, como ocorria no velho paradigma formalista do paleopositivismo, mas também os conteúdos, através dos limites e vínculos a eles impostos pelo paradigma constitucional”. (FERRAJOLI, 2012, p. 14).

O autor aponta que a conexão entre democracia e positivismo jurídico se aperfeiçoa com a democracia constitucional. Para ele, a democratização da forma e do conteúdo da produção de normas jurídicas apenas seria capaz de ser disciplinada por meio da disciplina positiva da produção jurídica. Para o autor, o neoconstitucionalismo representaria apenas a superação do modelo paleojuspositivista, (FERRAJOLI, 2012, p. 14) o qual seria um modelo que propõe a legalidade como condição de validade das normas infralegais. O neoconstitucionalismo apresenta uma contradição ao passo que se expressa como um movimento teórico dirigido a lidar com o “novo”, mas se propõe a realizar o direito à sombra do protagonismo judicial – e do paradigma epistemológico da filosofia da consciência. Se mostra presente, portanto, uma das grandes falhas da teoria neoconstitucionalista na efetivação de direitos: no plano teórico-interpretativo, não superou a filosofia da consciência e a subsunção ao esquema sujeito-objeto no sentido das coisas, e sob o rótulo de “novo” se mostra um requentamento de velhas teorias interpretativas. Para Barroso, o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. “O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”; isto é, correntes opostas para o autor, porém, por vezes, singularmente complementares, formando um “conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”. (BARROSO, 2005, p. 6).

O movimento positivista de Barroso se entende enquanto pós-positivista, mas confunde os diferentes modelos de positivismo, associando o movimento à proibição de interpretar. Como já visto, existem vários modelos de positivismo, e fica

explicitada a não compreensão da diferença entre positivismo exegético e positivismo normativista. Assim, pensaram que o neoconstitucionalismo seria a maneira de superar o exegetismo, (STRECK, 2013a, p. 81) mas isso Kelsen já havia feito quando da propositura da Teoria Pura do Direito. Dessa forma, um dos fundamentos da referida teoria já se mostrada prejudicado, o que restringe o caráter de novidade a ele autointitulado. Uma consideração a ser feita quanto à sua pretensa superação do exegetismo é a maneira com que se pretendia superá-lo, erigindo premissas ideológicas quanto ao papel da norma e quanto ao papel do juiz. Barroso defende que, com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim, no que diz respeito ao papel da norma *per si*, a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo para Barroso, e não raras vezes apenas é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente.

Já no que tange ao papel do juiz, Barroso defende que já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Defende, dessa forma, que o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, imbuído de completar o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Estas transformações, tanto em relação à norma quanto ao intérprete, são ilustradas de maneira eloqüente pelas diferentes categorias com as quais trabalha aquilo que defendo como “nova interpretação”, dentre elas incluídas as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. (BARROSO, 2005, p. 12).

O autor traz a ideia de que, muitas vezes, as normas não trazem a solução dos problemas jurídicos e, para solucionar essa questão, deveria ser analisado o caso concreto através da tópica. Como foi visto, a recuperação da tópica – *topoi* – pela nova retórica em Viehweg evidencia o caráter impositivo e ideológicos dos argumentos e, conforme denunciou Warat, reforça os processos argumentativos como autoritários na ciência da argumentação jurídica. A tópica transforma qualquer discurso por meio da retórica, pois inserida na teoria da argumentação, em um discurso dominante, e assim se dá o substrato do fenômeno intitulado senso comum teórico dos juristas. Caso não haja norma, portanto, pela tópica se analisaria o caso concreto em caso de não haver substrato normativo e seria concedida uma resposta “constitucionalmente adequada”. O autor desloca o conceito de algo constitucionalmente adequado – o que, originariamente, significaria algo em consonância com a constituição – com a associa, dessa forma, à busca de argumentos e motivações pessoais, cingidos de ideologia e imposição, conforme a semiologia do poder de Warat.

Ademais, quanto ao papel do julgador o cenário se agrava. Defende Barroso que o intérprete participa do processo de criação do direito, e mais: completa o trabalho

do legislador ao trazer valorações de sentido e realizar “escolhas” entre as possíveis soluções. Esse entendimento não se entende em aderência com as propostas de um Estado Democrático de Direito, pois a “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos, menos ainda para a atribuição de sentidos arbitrários. (STRECK, 2013a, p. 49). Streck denomina tais propostas como “pós-positivismo à brasileira, que pretende colocar um rótulo de novo em questões velhas, já bastante desgastadas nessa quadra da história”. (STRECK, 2013a, p. 49). Trata-se de uma defesa vibrante de um ativismo judicial com a ideia de que, no momento da decisão, o juiz deteria um espaço discricionário em que pode moldar sua vontade, o que configura uma inverdade, pois configura em verdade ato discricionário e, para Streck, seria preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário “delegado” em favor do juiz para “preencher” os espaços da “zona de penumbra” do modelo de regras, sem que se olvide do fato que a referida “zona de incertezas” pode ser fruto – e muitas vezes o é – de uma questão ideológica desse juiz que, ao contrário do que se propõe, acaba por aumentar o espaço de incerteza ao passo que avança nesse espaço de discricionariedade.

Portanto, ao passo que se aumenta a discricionariedade do juiz, ao contrário do que pugnam os neoconstitucionalistas, a certeza na seara de efetivação de direitos não aumenta, apenas fecha. Trata-se de um paradigma que precisa ser superado nos métodos de interpretação jurídica do Brasil: a filosofia da consciência. Em qualquer espaço que sugira vagueza na lei, ou mesmo ambiguidades, a teoria neoconstitucionalista vê oportunidade para o exercício da subjetividade. Quando esse espaço de vagueza é mais reduzido, o intérprete recorre aos princípios de maneira que eles funcionem como “axiomas com força de lei”. (STRECK, 2014b, p. 53). Afirmar que o intérprete sempre atribui sentido ao texto não significa dizer que ele esteja autorizado a atribuir sentidos de forma discricionária ou arbitrária. Quando Gadamer diz que o juiz, quando pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem a intenção de resolver uma tarefa prática. O juiz interpreta a norma e atribui sentido *na e pela* linguagem. Não significa dizer em nenhum momento que a interpretação da lei seja uma tradução arbitrária.

Ainda na busca pela superação do antigo positivismo, persistiram em outro equívoco: a cisão entre casos fáceis e difíceis – *easy cases* e *hard cases*. Alexy sugere que em determinadas situações a solução que o direito oferece não é capaz de trazer uma solução judicial e, por conta disso, para a resolução de controvérsias envolvendo “hard cases”, o intérprete deve se basear em diferentes considerações de justiça por conta da insuficiência do direito. Acredita-se, no entanto, que essa cisão não deva ocorrer. Quando Dworkin separa os casos fáceis e difíceis, não está fazendo uma cisão, mas distinguindo-os, e isso o diferencia das teorias discursivas que também fazem essa separação. (STRECK, 2008, p. 195). Dworkin trabalha com a noção de casos difíceis a



partir da crítica que tece a Hart e seu positivismo moderado. Para o autor, a integridade do direito é aquela que deve nortear o processo decisório do juiz como condição de alcançar a resposta correta nos casos difíceis. (DWORKIN, 2002).

Na teoria da argumentação proposta por Alexy haveria a cisão entre normas e princípios, e essa circunstância leva a uma ligação direta entre o problema dos princípios e separação entre casos difíceis e fáceis. Isso ocorre porque, para Alexy, todos os ordenamentos possuem um âmbito de abertura, e nessas aberturas estariam localizados os ditos casos difíceis, i.e., para eles não haveria regra aplicável. Nesses casos, o juiz se valeria dos princípios que, para o autor, detêm conotação moral porque “corretivos”. (STRECK, 2008, p. 203). Alexy faz uma separação equivocada entre regra e princípio em que apenas na insuficiência da norma se aplicariam os princípios. Em tempo de virada ontológico-linguística na filosofia, tanto princípios quanto regras são aplicadas e aplicáveis. Fazer a separação entre regras como fruto de subsunção à norma, e princípios como fruto de abstração seria incorrer em reducionismo. O neopositivismo foi influenciado pela teoria alexiana e, por conta disso, acabou por absorver a ideia de que os princípios detêm conotação moral. Mais uma ausência de novidade da teoria, acrescida de inadequação teórica, além de mais uma demonstração de “requeamento” de outras teorias. Associar aos princípios a noção de moralidade do julgador seria, contudo, violar o Estado Democrático de Direito e conceder um caráter normativo às opiniões e idiosincrasias do julgador. Como preceituou Warat, seria conferir o caráter de *episteme* à *doxa*; fazer a ciência partir do senso comum e se tornar ideologia. Não basta dizer que a lei não contém o direito, pois esse é o ponto de partida para que os juristas estejam em defesa da discricionariedade.

O recebimento de uma constituição rica em direitos fundamentais em 1988 pelo Brasil, com um vasto catálogo de direitos sociais, gerou questionamentos na seara jurídica sobre como poderia se olhar o novo com olhos de novo, pois a tradição jurídica estava assentada em um modelo liberal – Estado Liberal de Direito – e não havia uma teoria constitucional que abraçasse as demandas desse novo paradigma jurídico. Essas carências foram as responsáveis por arremessar os juristas brasileiros aos braços das teorias estrangeiras. (STRECK, 2014a, p. 194). Acredita-se que tais recepções foram realizadas de modo acrítico em defesa da discricionariedade dos juízes através do fomento à jurisprudência dos valores e a teoria da argumentação de Robert Alexy. Uma crítica do direito que se condiciona a denunciar a restrição da figura do intérprete não é mais suficiente, pois ataca apenas o modo exegético de fazer o direito, coisa que os positivistas já haviam feito, como Kelsen e Hart por exemplo, como ficou evidenciado ao longo do trabalho.

O neoconstitucionalismo, portanto, apesar das contribuições na seara da efetivação de direitos por conta da modernidade tardia no Brasil, não foi capaz de trazer grandes inovações. Acredita-se tratar de um compilado de teorias “requeadas”

e “recortadas” nas partes que melhor atendem aos interesses propostos, para que sejam “coladas” na seara jurídica e sirva de fundamento teórico para decisões judiciais para lhes conferir grau de legitimidade. Streck propõe que será papel de uma hermenêutica preocupada com a democracia impedir que a produção democrática do direito seja substituída pelo Poder Judiciário. (STRECK, 2014a, p. 84). Acredita-se que o papel da hermenêutica filosófica possui importância no combate à discricionariedade judicial e na construção de uma teoria do direito adequada aos paradigmas jurídicos que ora se colocam, pois esses paradigmas possuem fundamento filosófico. São eles a não-superação da filosofia da consciência e do esquema representacional sujeito-objeto. No direito ainda se extraem os sentidos das coisas e das próprias convicções pessoais. Com a invasão da filosofia pela linguagem, e em Heidegger com o conceito de ontologia-fundamental, passa-se a ter noção do indivíduo como um ser no mundo. A intersubjetividade passa a ser aquela que comanda a interpretação, que por sua vez é caracterizada em cada indivíduo por ser dotada de pré-compreensões de mundo.

Confundir a extração de sentidos *na* linguagem com conferir valores pessoais é cessar a atividade de interpretação, que pressupõe troca. A adoção de um modelo subjetivista do direito corrobora com a situação. O senso comum teórico é sustentado por essa dupla crise de paradigmas, os quais são legitimados pelos discursos produzidos pelos órgãos institucionais, mas também pelas escolas de direito, associações profissionais e até mesmo a administração pública.<sup>14</sup> Contudo, é plausível supor que essa estrutura é alicerçada na realidade jurídica brasileira por meio de uma crise institucional e política, razão pela qual a criação de uma teoria constitucional adequada não seria capaz de solucionar questões como a omissão e o descompromisso do Executivo e Legislativo em efetivar as políticas públicas contidas na lei, por exemplo. Tratam-se de complexidades inerentes a uma sociedade em constante processo de transformação e construção do próprio modelo de constitucionalismo como é a brasileira.

## 5 Considerações Finais

É plausível supor, portanto, que os principais dilemas envolvendo o direcionamento que a jurisdição contemporânea vem tomando rumo ao decisionismo ocorrem, no campo da teoria do direito, em virtude da perda do valor e da importância da literalidade das normas em situações de baixa densidade hermenêutica nos juristas, o que ocasiona decisões dotadas de ampla subjetividade e discricionariedade. Por conta da não-superação da crise de paradigmas presente da realidade jurídica brasileira, ainda se concebe que os sentidos estejam nas coisas, havendo necessidade de expungir do objeto sua explicação, sua essência, conceito esse ainda da metafísica clássica de

14 Ibid. p. 85

Aristóteles (384-322 a.C.). Trata-se de uma noção objetivista, da qual as súmulas dos tribunais superiores hoje, em analogia, resgatam a ideia de certo modo. Em Descartes veio a noção de racionalidade (racionalismo), em que o sentido não estaria mais nas coisas, e sim na mente. Eis firmada a filosofia da consciência (DESCARTES, 2015). Mais uma vez, fazendo uma analogia com a realidade jurídica brasileira, faz-se uma menção ao solipsismo judicial<sup>15</sup> e à discricionariedade dos juízes ao prolatar a sentença: o “decido conforme a consciência”. Aqui percebe-se que os juízes fundamentam erroneamente com base no “livre convencimento” em virtude de um erro crasso: acreditarem que o sentido está na mente, i.e., que o sentido da lei está na mente do jurista, quando não está. Isto porque, no final do sex XIX, início do Séc. XX, surgiu a invasão da filosofia pela linguagem (WARAT, 1982) e, corroborando, os sentidos não estariam mais nas coisas, os sentidos não estariam mais na mente das pessoas. Dessa forma, não na filosofia da consciência, nem na cabeça dos juízes – para sermos mais diretos – mas sim na intersubjetividade (BUBER, 2001), i.e., na capacidade de o homem se relacionar com seu semelhante. Significa dizer que, aquilo que no positivismo a revolução francesa gerava a partir da noção da legalidade e liberdade, se perde no contexto histórico para a fraternidade, ou intersubjetividade.

Defende-se, assim, que a estrutura jurídica está formada, e não depende das impressões pessoais do juiz de direito. Conforme apresentado no presente trabalho, o direito após a influência da Teoria Pura do Direito atingiu um patamar dotado de maior cientificidade e, por essa razão, não é plausível sustentar que o direito é moral, filosofia ou religião, porém. No entanto, ele se averbera de todos esses institutos de maneira que, não apenas pode, como também lhe compete fazê-lo, sob pena de retorno a uma era de positivismo exegético na figura do juiz “boca da lei”. O direito, contudo, não pode ser corrigido diante de cada caso concreto de acordo com as visões religiosas e morais do juiz ou do jurisdicionado. No âmbito da Jurisdição, o juiz (ou intérprete, ou Tribunal *lato sensu* enquanto órgão/instituição) se acredita “senhor dos sentidos”, o que salienta a prevalência, por exemplo, do princípio do “livre convencimento do juiz”. (STRECK, 2012). A discricionariedade, assim, se mostra umbilicalmente interligada ao paradigma da subjetividade: o esquema sujeito-objeto, em que o indivíduo “assujeita” o objeto e, assim, extrai dele o seu sentido.

---

15 Solipsismo judicial é um termo utilizado por Luiz Lênio Streck para fazer menção à apreciação discricionária de juízes. “Esse sujeito é o *Selbstsüchtiger* (“solipsista”, que quer dizer egoísta, que se basta, encapsulado). É ele que se “encarrega” de fazer a “inquisição”. E a verdade será a que ele, o “sujeito”, *estabelecerá a partir de sua consciência*. Isso exsurge, por exemplo, da produção de prova *ex officio* e da prevalência de princípios (*sic*) como o do “livre convencimento do juiz” e ou “livre apreciação da prova” (para dizer o mínimo)”. A ver em: *O que é isto: decido conforme a consciência?* Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado. 2013, p. 60.

## Referências Bibliográficas

- ACCIOLI, Wilson. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro. Ed. Forense.
- ARISTÓTELES. **Metafísica**. Livro I e II. **Net**. Disponível em: < [https://sumateologica.files.wordpress.com/2009/07/aristoteles\\_\\_metafisica\\_etica\\_a\\_nicomaco\\_politica.pdf](https://sumateologica.files.wordpress.com/2009/07/aristoteles__metafisica_etica_a_nicomaco_politica.pdf)>. Acesso em 09 fev. 2016.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Net**, Rio de Janeiro, nov. 2005. Jus Navigandi. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 10 jul. 2015.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BITTAR, Eduardo C. B. et al. **Curso de Filosofia do Direito**. 10ª Ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2012.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília. Ed. Universidade de Brasília. 1989, p. 28.
- BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo. Ed. Manole. 2007.
- BUBER, Martin. **Eu e Tu**. 10ª Ed. p. XLI. 2001.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 25ª Ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2014.
- COMTE, Auguste. **Discurso sobre o espírito positivo**. Porto Alegre. Ed. Globo/Edusp. 1976.
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. 1596-1650. Ed. L&PM Pocket. 2015.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo. Ed. Martins Fontes. 2002.
- FARIA, Maria do Carmo Bettencourt de. O realismo Aristotélico. In: **Curso de Filosofia**. REZENDE, Antonio. (Org) 12ª Ed. Rio de Janeiro. Ed. Jorge Zahar. 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**. DOXA. *Cadernos de Filosofia del Derecho*. V. 34. 2011.
- FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. 1ª Ed. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado. 2012.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo. Ed. Atlas. 1980.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2ª Ed. São Paulo. Ed. Atlas. 1994.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis. Ed. Vozes. 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo. Malheiros, 2006.

- HEGEL, G. W. F. **Enciclopédia das ciências filosóficas**. V. 1 – A ciência da lógica. Ed. Loyola. Curitiba. 1995.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Ed. Fabris, 1991.
- IGLÉSIAS, Maura. Pré-socráticos: físicos e sofistas. In: *Curso de Filosofia*. REZENDE, Antonio. (Org) 12ª Ed. Rio de Janeiro. Ed. Jorge Zahar. 2004.
- KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política do espelho da ciência. Trad. João Baptista Machado. 3ª Ed. São Paulo. Ed. Companhia das Letras. 1995.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 4ª Ed. Coimbra. Ed. Armênio Amado. 1976.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- MARCONDES, Danilo. O empirismo inglês. In: **Curso de Filosofia**. REZENDE, Antonio. (Org) 12ª Ed. Rio de Janeiro. Ed. Jorge Zahar. 2004.
- MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid. Ed. Trotta. 1998.
- PLATÃO, **Cratylus**. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=16011](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=16011)>. Acesso em 20 de Dezembro de 2015.
- PLATÃO, **Dialogues**, V. 1 – Protágoras. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=3950](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=3950)>. Acesso em 20 de Dezembro de 2015.
- RICOEUR, Paul. **Do texto à ação**. Ensaios sobre Hermenêutica II. Porto. Ed. Rés-Editora. 1989.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO: Daniel (coord.). **Filosofia e teoria constitucional e contemporânea**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2009.
- SIMON, Maria Celia. O positivismo de Comte. In: **Curso de Filosofia**. REZENDE, Antonio. (Org) 12ª Ed. Rio de Janeiro. Ed. Jorge Zahar. 2004.
- STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre. Ed. Edipucrs. 1997.
- \_\_\_\_\_. **Racionalidade e Existência**. Porto Alegre. Ed. L&PM. 1988.
- STRECK, Lênio. A relação “texto e norma” e a alografia do direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. V. 19. N. 1. Santa Catarina. 2014c, p. 2-20.
- \_\_\_\_\_. E o professor me disse: “é assim mesmo!”. **Net**, Porto Alegre. ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-30/senso-incomum-professor-me-disse-isso-assim-mesmo>>. Acesso em 15 jul. 2015.
- \_\_\_\_\_. Hermenêutica e constituição: as consequências da (indevida) cisão entre easy cases e hard cases no direito. **Direitos Fundamentais**. Revista Justiça. n. 2. Jan/Mar. 2008. p. 195

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica (em) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado. 2014a.

\_\_\_\_\_. **O que é isto** – decido conforme a consciência? 4ª Ed. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado. 2013.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso.** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª Ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 2014b.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequencia.** Santa Catarina. v. 03. n. 5. 1982. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>>. Acesso em 15 jul. 2015.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico.** Trad. LOURENÇO, M.S. 5ª Ed. Ed. Calouste Gulbenkian. Portugal. 2008.