

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

FREDERICO ARMANDO TEIXEIRA BRAGA

**O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E SUA
INCOMPATIBILIDADE COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA
ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO**

Pouso Alegre – MG

2023

FREDERICO ARMANDO TEIXEIRA BRAGA

**O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E SUA
INCOMPATIBILIDADE COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA
ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, na linha de pesquisa Relações Sociais e Democracia, como requisito para obtenção do título de mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Professor Doutor Rafael Lazzarotto Simioni

FDSM – MG

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

B734o BRAGA, Frederico Armando Teixeira

O problema da discricionariiedade judicial e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito: uma análise sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito. / Frederico Armando Teixeira Braga. Pouso Alegre: FDSM, 2023.

106p.

Orientador: Rafael Lazzarotto Simioni .

Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Discricionariiedade judicial. 2. Estado Democrático de Direito. 3. Crítica Hermenêutica do Direito. I Simioni , Rafael Lazzarotto . II Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III Título.

CDU 340

Ao meu filho Otávio, minha fonte diária de amor e esperança.

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, Mariane, pelo incentivo e pela compreensão nos momentos de ausência.

Ao meu orientador Professor Doutor Rafael Lazzarotto Simioni, que me propôs o desafio de tentar compreender, interpretar e desvelar a hermenêutica. E por sempre estar à disposição quando precisei, ainda que de forma virtual, e, principalmente, pelas leituras e correções da minha dissertação.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas, e, em especial, ao Professor Doutor Rafael Alem Mello Ferreira pelo incentivo antes e durante o mestrado.

Aos colegas do mestrado, pois, mesmo distante, nos abraçamos e nos incentivamos mutuamente.

E, sempre, a Deus.

O permanente no pensamento é o caminho. E os caminhos do pensamento escondem em si a possibilidade misteriosa de o trilharmos para frente e para trás, de até mesmo o caminho de volta somente nos conduzir para frente.

(Martin Heidegger)

RESUMO

A presente pesquisa analisa o problema das decisões judiciais discricionárias, fruto de um modelo filosófico que condiciona o juiz, a partir de uma postura voluntarista e solipsista, a decidir de modo discricionário e conforme a sua consciência. No entanto, essa discricionariedade, característica do positivismo, pode se tornar incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois em uma democracia a decisão judicial não pode depender de uma escolha personalíssima do juiz. Ao contrário, a decisão judicial deve se estabelecer a partir de um processo de compreensão, interpretação e aplicação do Direito, que decorre de uma responsabilidade política. Assim, esta pesquisa objetiva desvelar o problema deixado pelo positivismo jurídico que ainda assola a nossa democracia: a discricionariedade judicial e a sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Para isso, pretende-se explicitar como a Crítica Hermenêutica do Direito, proposta por Lenio Luiz Streck, pode contribuir para o enfrentamento desse problema a partir da construção de respostas constitucionalmente adequadas à Constituição, superando o subjetivismo do “juiz boca da lei” e o protagonismo do juiz solipsista, proporcionando que as decisões judiciais deixem de ser discricionárias e incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Para serem alcançados esses resultados, segue-se uma metodologia fenomenológica hermenêutica, baseada em revisão bibliográfica, de modo a interpretar e transcender os enunciados jurídicos pré-compreendidos acerca da problemática da interpretação do fenômeno jurídico para compreender e desvelar a dimensão hermenêutica da linguagem na relação entre decisão judicial, discricionariedade e Estado Democrático de Direito. Como resultado, se observará que o projeto democrático proposto pela Crítica Hermenêutica do Direito reconstrói a leitura da hermenêutica linguística na contemporaneidade e, a partir da tese da construção de respostas constitucionalmente adequadas à Constituição (resposta correta), combate a discricionariedade judicial, privilegiando a força normativa da Constituição e a autonomia do Direito no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Discricionariedade judicial; Estado Democrático de Direito; Crítica Hermenêutica do Direito.

ABSTRACT

This research analyzes the problem of discretionary judicial decisions, which stem from a philosophical model that conditions the judge to decide arbitrarily and according to their conscience, based on a voluntarist and solipsistic stance. However, this judicial discretion, a characteristic of positivism, is incompatible with the Democratic Rule of Law, as in a democracy, judicial decisions cannot depend on a judge's personal choice. On the contrary, judicial decisions should be based on a process of understanding, interpretation, and application of the law, which arises from political responsibility. Thus, this research aims to unveil the problem left by legal positivism, which still affects our democracy: judicial discretion and its incompatibility with the Democratic Rule of Law. To do so, it intends to explain how the Hermeneutical Critique of Law, proposed by Lenio Luiz Streck, can contribute to addressing this problem by constructing constitutionally adequate answers to the Constitution, overcoming the subjectivism of the "judge as the mouth of the law" and the solipsistic judge's protagonism, thus ensuring that judicial decisions are no longer discretionary and incompatible with the Democratic Rule of Law. To achieve these results, a phenomenological hermeneutic methodology is followed, based on a literature review, in order to interpret and transcend the pre-understood legal statements regarding the problem of interpreting the legal phenomenon, in order to understand and unveil the hermeneutical dimension of language in the relationship between judicial decision-making, discretion, and the Democratic Rule of Law. As a result, it will be observed that the democratic project proposed by the Hermeneutical Critique of Law reconstructs the reading of linguistic hermeneutics in contemporary times and, based on the thesis of constructing constitutionally adequate answers to the Constitution (correct answer), combats judicial discretion, favoring the normative force of the Constitution and the autonomy of law in the Democratic Rule of Law.

Keywords: Judicial discretion; Democratic Rule of Law; Hermeneutical Critique of Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. INDETERMINAÇÃO DA LINGUAGEM E DISCRICIONARIEDADE EM HANS KELSEN.....	14
1.1.O problema das lacunas e a subjetividade da interpretação jurídica nas escolas clássicas do direito.....	14
1.2.O problema da indeterminação da linguagem e a discricionariedade judicial	28
1.3.Interpretação autêntica, inautêntica e a regra de competência	37
2. DECISÃO JURÍDICA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	39
2.1.Discricionariedade judicial e Estado Democrático de Direito no paradigma do neoconstitucionalismo	40
2.2.A discricionariedade judicial no pamprincipiologismo e no ativismo judicial: os riscos para a democracia	45
2.3.A tensão (in)existente entre democracia e constitucionalismo.....	56
3. A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E SEUS DIÁLOGOS COM A FILOSOFIA HERMENÊUTICA DE HEIDEGGER, A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER E A HERMENÊUTICA POLÍTICA DE DWORKIN.....	62
3.1.O método fenomenológico hermenêutico como matriz filosófica para a construção da Crítica Hermenêutica do Direito.....	63
3.2.O círculo hermenêutico: a interpretação jurídica e o problema da pré-compreensão ..	72
3.3.Tradições e princípios: a interpretação conforme à Constituição	80
4. A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....	88
4.1.A Crítica Hermenêutica do Direito e o necessário rompimento com o positivismo jurídico.....	88
4.2.A resposta adequada à Constituição (resposta correta)	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	100

INTRODUÇÃO

Lenio Streck afirma que “temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. Podemos dizer, então, que estamos condenados a interpretar”¹. Essa afirmação ganha ainda mais relevância quando falamos da interpretação das normas jurídicas, pois, na medida em que têm que ser aplicadas, necessariamente precisam ser compreendidas e interpretadas, ou seja, sem compreensão não há interpretação.

Segundo Hans Kelsen, a interpretação decorre de uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito a partir da vinculação entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, vinculação essa em que se espera que a relação de determinação produza decisões judiciais vinculadas².

No entanto, essa vinculação não se realiza de forma completa, pois sempre há uma margem de indeterminação, possibilitando que o sentido de uma norma jurídica seja preenchido discricionariamente pelo aplicador do direito.

Essa indeterminação ocorre em razão da pluralidade de significações de uma ou de várias palavras expressas na norma, o que possibilita que o intérprete tenha uma liberdade de escolha na determinação do sentido e do significado de uma norma jurídica - sendo que as várias possibilidades de escolhas de sentidos, desde que argumentadas, conduzem a respostas distintas que podem ser reconhecidas como corretas dentro da moldura que a ordem jurídica representa.

Portanto, a indeterminação de sentido da linguagem possibilita que uma decisão jurídica seja discricionária, pois o seu resultado decorre de um ato de vontade e escolha de um sentido dentre os vários possíveis da norma jurídica.

Ocorre que a discricionariedade judicial é antidemocrática e incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que a democracia e os seus avanços passam a depender de posições individuais do julgador, que deixa de aplicar corretamente o artigo 93, IX, da

¹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. – Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 91. Também em: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 277.

² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 364.

Constituição Federal de 1988³, cuja importância é dizer que a fundamentação das decisões judiciais constitui um direito fundamental do cidadão à obtenção de respostas adequadas à Constituição, e não meramente uma opinião do juiz para o caso.

Assim, a pesquisa tem como objetivo central desvelar o problema deixado pelo positivismo jurídico que ainda assola a nossa democracia: a discricionariedade judicial e a sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Para tanto, busca-se explicitar como a Crítica Hermenêutica do Direito pode contribuir para o enfrentamento desse problema, a partir da construção de respostas constitucionalmente adequadas à Constituição e compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Desse modo, a pesquisa expõe o problema das decisões judiciais discricionárias partindo da recomposição histórica dos modelos tradicionais de decisão jurídica nas escolas clássicas do direito, levando em conta a problemática das lacunas e da subjetividade da interpretação. Ainda, tendo como pano de fundo o enfrentamento da discricionariedade, este trabalho analisa a relação entre o problema da indeterminação da linguagem e a discricionariedade judicial em Hans Kelsen, no sentido de reconhecer que o positivismo normativista de Kelsen inaugurou um novo paradigma interpretativo, a partir da aposta na discricionariedade, como ato de vontade e escolha do intérprete.

Na sequência, é feita uma análise da relação entre a decisão judicial e o Estado Democrático do Direito, a partir da discricionariedade judicial no paradigma do neoconstitucionalismo, e são identificadas duas formas de discricionariedade decisória que têm se destacado na contemporaneidade: o pamprincipiologismo e o ativismo judicial. Por fim, e não menos importante, a pesquisa analisa a existência de uma provável tensão entre a democracia e o constitucionalismo, que muitas vezes serve de pretexto para a discricionariedade judicial.

Já em um terceiro momento, passa-se a analisar os aportes da filosofia que estruturam a matriz teórica da Crítica Hermenêutica do Direito, em especial a filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, explicitando-se as principais contribuições desses filósofos para a compreensão, a interpretação e a aplicação do direito - como o método fenomenológico hermenêutico e a compreensão do ser, o círculo

³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 maio 2023.

hermenêutico, o problema da pré-compreensão, a tradição e a historicidade -, e, ainda, a importância da hermenêutica política de Ronald Dworkin para a interpretação conforme a Constituição, a partir da relevância dos princípios e da coerência e integridade do direito.

Por fim, o trabalho explicita, como resultado, os alicerces seguros da Crítica Hermenêutica do Direito, que se apresenta como uma teoria da decisão que combate o voluntarismo interpretativo e a aplicação cega da lei, superando o paradigma da subjetividade, da filosofia da consciência e do paradigma do sujeito do esquema sujeito-objeto, com a construção de respostas corretas e adequadas à Constituição como um direito fundamental no Estado Democrático de Direito.

As questões desenvolvidas nesta pesquisa se apresentam como uma justificativa relevante para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que a Crítica Hermenêutica do Direito oferece respostas para combater a discricionariedade, e tem como um dos objetivos a superação das concepções objetivistas e subjetivistas acerca da interpretação da lei, entregando a comunidade política os fundamentos dessa interpretação pela tese de que há um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição (reposta correta) em razão da obrigatoriedade de o intérprete fundamentar suas decisões no contexto do Estado Democrático de Direito (art. 93, IX, da CF).

Espera-se, portanto, que o resultado da pesquisa auxilie os intérpretes do direito a identificar uma nova perspectiva da decisão judicial a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, com o objetivo de combater a discricionariedade judicial a partir da resposta constitucionalmente adequada.

Assim, partindo de conhecimentos preliminares, pretende-se compreender, interpretar e transcender os enunciados jurídicos pré-compreendidos acerca da problemática da interpretação do fenômeno jurídico, no intuito de desvelar a dimensão hermenêutica da linguagem na relação entre decisão, discricionariedade judicial e Estado Democrático de Direito. Para serem alcançados esses resultados, a presente pesquisa será desenvolvida por meio da revisão bibliográfica e adota o método de compreensão fenomenológico hermenêutico.

Para isso, a pesquisa traz como pano de fundo metodológico a matriz filosófica proposta pela tradição Heidegger e Gadamer, partindo do pressuposto de que o seu principal objetivo é

a busca pela verdade, pelo sentido do ser e pela manifestação do ser, cujo desvelamento se manifesta na compreensão do ser e outras multiplicidades de manifestações⁴.

Ainda, com aporte na filosofia hermenêutica, destaca-se que o ser é compreensão, é conhecimento como interpretação, é questionamento que reside no ente, pois só há ser no ente, e o ser faz parte do ente, que existe para dar sentido ao ser. O nosso ser reside na interpretação, que “é a articulação do sentido projetado pela compreensão”⁵ que temos de algo, até porque, nada possui grau zero de sentido e compreensão, sempre há uma pré-compreensão, um pré-juízo.

Assim, a tarefa do hermeneuta, cuja pesquisa se apresenta, explicita-se na busca da compreensão da dimensão hermenêutica da linguagem, ou seja, daquilo que fica encoberto em um nível de profundidade que não é revelado pela dimensão de racionalidade apofântica, a partir do qual a compreensão da linguagem se estabelece por meio de uma interpretação lógica e conceitual - problemática que se revela justamente nas decisões judiciais discricionárias, onde o intérprete escolhe a interpretação que melhor lhe pareça, desconsiderando a dimensão hermenêutica da linguagem.

De um modo prático a explicitar o papel da hermenêutica eleita como matriz teórica da presente pesquisa, busca-se desvelar o sentido da norma por meio de um processo de compreensão e interpretação da linguagem, a partir do rompimento com o sujeito do esquema sujeito-objeto, retirando do intérprete a sua vontade, pois o sentido já se encontra pré-compreendido e, portanto, se houver explicitação de vontade, não haverá hermenêutica, mas, sim, discricionariedade.

Nesse sentido, a pesquisa busca a demonstração da seguinte hipótese: evidenciar que a hermenêutica jurídica, de cariz filosófica, contribui para que melhores decisões judiciais sejam construídas, de modo a eliminar posturas discricionárias. Para isso, a Crítica Hermenêutica do Direito se apresenta como o melhor caminho para combater a discricionariedade decisória e despertar esse problema na comunidade jurídica, pois se constitui como uma forte oposição às teorias objetivistas e subjetivistas, e defende a tese de que decidir não é um ato de escolha, trabalhando, conseqüentemente, não apenas com o direito fundamental de que as decisões sejam

⁴ STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. – Ijuí : Ed. Unijuí, 2001. p. 198.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 166.

fundamentadas, mas, também, com o direito fundamental a uma resposta correta, entendida como a adequada à Constituição.

1 INDETERMINAÇÃO DA LINGUAGEM E DISCRICIONARIEDADE EM HANS KELSEN

1.1.O PROBLEMA DAS LACUNAS E A SUBJETIVIDADE DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NAS ESCOLAS CLÁSSICAS DO DIREITO

Para iniciar o caminho que levará à compreensão do problema da discricionariedade judicial no paradigma do Estado Democrático de Direito, é necessário compreender a questão central desse problema, que está na corrente denominada “positivismo jurídico”, movimento jusfilosófico que surgiu com a ascensão do Estado Liberal. Aliás, pode-se dizer que o positivismo jurídico é, mais precisamente, fruto do Estado Liberal.

Várias foram as formas e correntes do positivismo jurídico que se estabeleceram ao longo dos séculos XIX e XX, ao ponto de, “quando alguém fala em positivismo, não imagina os diversos positivismos que foram se forjando ao longo dos séculos”⁶. Algumas escolas e movimentos clássicos do direito apresentaram modelos tradicionais de interpretação, argumentação e decisão jurídica, porém, mesmo que cada uma delas tenha se destacado pelo seu método, razões teóricas e justificativas práticas diferentes, também se tornaram positivistas, pois acabaram considerando a lei escrita como direito positivo⁷.

Apesar de cada escola e movimento clássico do direito apresentar uma metodologia específica, ambas, por serem fundadas no contexto do positivismo clássico, estruturaram-se a partir da observação dos fatos sociais⁸ e na validade da lei escrita como direito positivo, como foi o caso da Escola da Exegese, que teve como pilar o movimento de codificação com advento do Código de Napoleão, cuja aprovação foi concluída em 21 de março de 1804⁹.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 159.

⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 148.

⁸ “O positivismo jurídico tem em sua genealogia o positivismo científico, para o qual só há fatos. Eis a questão fundamental, o que levou Nietzsche a se contrapor e dizer que ‘contra positivismo que diz que só há fatos, eu digo: fatos não há; há só interpretações’. Só há fatos está na origem da questão positivista do ‘fato social’. Esse fato é construção humana. Ao jurista só cabe o papel de descrever esse fato. Com isso também fica evidente uma busca por certezas, por uma objetividade na aplicação do Direito”. (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 160).

⁹ SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*; tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 326.

A ideia era que seria necessário romper com o direito do passado histórico e jurídico e criar uma nova tradição jurídica, sustentada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade do Iluminismo, e isso passava pela necessidade de se construir um direito simples, unitário, validado pela ciência da legislação, que possibilitasse uma lei geral e de igualdade para todos.

Parte dessa concepção jurídico-iluminista foi capitaneada pelo pensamento de Rousseau, para quem o homem é naturalmente bom, nasceu bom e livre, mas sua corrupção advém com a civilização e inúmeras leis que privilegiavam uma classe dominante, em detrimento da grande maioria, instaurando, por consequência, a desigualdade em todos os segmentos da sociedade¹⁰. Desse modo, para os juristas da Revolução Francesa, era necessário eliminar a fragmentariedade dos sistemas jurídicos particulares – existentes devido ao grande número de leis - e instaurar um direito baseado na natureza, adaptado às leis universais. Segundo a concepção desses juristas, a corrupção é fruto da grande quantidade de leis¹¹.

A ideia de tornar as leis simples e unitárias por meio da codificação se concretizou a partir da aprovação do projeto definitivo do Código Civil Francês (*Code Civil des Français*) - posteriormente Código de Napoleão (*Code Napoléon*), como entrou para a história.

O ponto fulcral do Código de Napoleão relacionado à interpretação foi o seu destacado art. 4º¹², ao determinar que, em razão de obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei, o juiz não pode faltar com o seu dever de decidir, dever esse que, segundo Norberto Bobbio, constitui-se como “um dos dogmas fundamentais do positivismo jurídico”¹³. Isso porque, os exegetistas daquela época acreditavam que o intérprete sempre deve encontrar resposta para todos os

¹⁰ Para compreender o pensamento do iluminista Jean-Jacques Rousseau, recomenda-se a leitura de sua obra “A origem da desigualdade entre os homens”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *A origem da desigualdade entre os homens*; trad. Ciro Mioranza. Coleção grandes obras do pensamento universal, vol. 7. – São Paulo: Editora Escala, 2005).

¹¹ Rafael Lazzarotto Simioni também identifica o problema histórico da multijurisdicionalidade, apontando que cada estrato social possuía a sua própria jurisdição e direito costumeiro, sendo que a codificação (a lei escrita) foi uma resposta para unificar as múltiplas jurisdições e o direito costumeiro fragmentado que existia, constituindo um verdadeiro fundamento político da Escola da Exegese. (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 32). No mesmo sentido esclarece Miguel Reale, ao afirmar que no período anterior à Revolução Francesa, “havia um Direito para o clero, como outro havia para a nobreza, e outro ainda para o povo, ao mesmo tempo que cada região possuía seu sistema particular de regras, seus usos e costumes, muitas vezes conflitantes, regendo-se determinadas relações pelo Direito Canônico e outras pelo Direito Estatal”. (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 1990. p. 412).

¹² Art. 4º do Código Civil Francês: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Puglesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995. p. 74).

¹³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Puglesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995. p. 73.

problemas jurídicos no interior da própria lei, em uma espécie de autointegração: na lei estão contidos os princípios que permitem individualizar uma disciplina jurídica de todos os casos. É como se o ordenamento jurídico se completasse para resolver quaisquer contradições, cabendo ao juiz apenas pronunciar e aplicar a lei, nada mais do que isso. Aliás, sequer se admitia a existência de lacunas no direito positivo, como esclarece Miguel Reale:

Não se admitia que o Direito Positivo tivesse lacunas, porquanto bastaria um trabalho de interpretação, conduzido segundo regras determinadas, para obter-se a resposta conveniente a todas as lides e demandas. Não existia, segundo pensavam, qualquer fato social para o qual se não encontrasse solução possível e previsível na totalidade da ordem jurídica positiva. É a ideia, portanto, de que o Direito Positivo não tem lacunas e que, através de um trabalho de interpretação, tornada extensiva graças à analogia e aos princípios gerais do Direito, é sempre possível resolver todos os problemas jurídicos. Daí a força de postulados de ordem jurídica atribuída a estes dois preceitos: - ninguém se escusa alegando ignorar a lei; o juiz não se exime de sentenciar a pretexto de lacuna ou de obscuridade legal¹⁴.

Assim, a resposta para uma dada questão jurídica era aquela dada pela lei, e essa identificação do direito com a lei, possibilitou uma grande e significativa vantagem de tempo e simplicidade para a construção da decisão judicial, pois então bastava o intérprete respeitar o texto lançado no código. Além do mais, ao identificar a lei escrita como direito, não havia caminho argumentativo para a discordância, “pois o texto da lei já estava fundamentado, tanto na política daquele modelo de Estado liberal, quanto na ideia jusfilosófica do direito natural-racional do Iluminismo”¹⁵.

É esse modo de interpretação, autointegrado e autossuficiente no próprio texto legal, que reconhece a lei escrita como direito, que consolidou a nova tradição jurídica aportada pelo Código de Napoleão, que não apenas rompeu com o passado, mas possibilitou a criação da escola de interpretação, argumentação e decisão jurídica, que ficou conhecida como Escola da Exegese.

Há várias causas que contribuíram para a criação e a difusão da Escola de Exegese, cabendo aqui destacar a relevância da autoridade do legislador, pois os juristas daquela época reconheciam o direito positivado e codificado como vontade da autoridade soberana do legislador. Como consequência, o julgador não podia criar direito, pois a lei, como fruto da vontade dos legisladores, já nascia interpretada, bastava ao aplicador da lei agir como o “juiz boca da lei”, aquele que pronuncia e declara a lei. Qualquer interpretação que não fosse a lei

¹⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 1990. p. 414-415.

¹⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 36.

estaria invadindo a competência do poder legislativo, revelando-se, assim, a importância da separação dos poderes de Montesquieu¹⁶.

A Escola da Exegese, portanto, elegeu o texto legal para se chegar à resposta de uma dada questão jurídica. A interpretação se realizava por meio de um objetivismo hermenêutico, em que o intérprete, e verdadeiro jurista, “deve partir do Direito Positivo, sem procurar fora da lei respostas que, nas leis mesmas seja possível e necessário encontrar”¹⁷. A interpretação buscava, na verdade, o sentido literal do texto da lei, por meio de uma dedução lógica, advindo da metodologia de interpretação gramatical.

Ainda que a interpretação jurídica exegética fosse engessada nos textos da lei, reduzindo o poder de argumentação jurídica – posto que era, necessariamente, vinculada ao texto da lei -, as questões de fatos, diferentemente, das questões de direito, ganhavam um aporte maior de argumentação ao induzir a subsunção, a uma outra norma jurídica. Literalmente, na Escola da Exegese se discutiam os fatos, e não o direito, ou seja, a argumentação jurídica se completava na interpretação dos fatos, construindo e justificando uma determinada narrativa.

Não é por menos que, baseada nos modelos de interpretação e argumentação, a decisão jurídica na Escola da Exegese se consolidou ao considerar, em uma única hipótese, reconhecer como válida uma das narrativas dos fatos apresentados, para subsunção à norma jurídica, no antigo apostolado aristotélico: lei, narrativa do fato e aplicação da lei ao caso concreto.

Ocorre que, por mais dedutivo e formalista que fosse a interpretação gramatical do texto da lei, esse método poderia se esbarrar na dúvida sobre a correta interpretação da lei, principalmente na obscuridade ou nas lacunas legislativas, pois em alguns casos havia uma incompletude insatisfatória dentro do ordenamento jurídico, uma vez que a lei não trazia e não permitia chegar a uma resposta¹⁸. Nessa hipótese, os intérpretes da Escola da Exegese utilizavam um outro recurso de metodologia, baseado na vontade do legislador (*voluntas legislatoris*), que, também, realizava-se com o mesmo objetivismo hermenêutico e dedução lógica do sentido da vontade do legislador, a fim de deduzir o sentido do texto legal¹⁹, operação

¹⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 1990. p. 416.

¹⁸ Para Tércio Sampaio Ferraz Junior, a ausência de resposta da lei é denominada lacuna autêntica: “Uma lacuna autêntica ocorre quando a lei não permite uma resposta, quando a partir dela uma decisão não é possível, quando uma decisão não pode ser encontrada”. (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 1997. p. 128).

¹⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 41.

essa que era chamada de interpretação lógica. Na verdade, a *voluntas legislatoris* não passava de uma máscara simbólica para esconder o fideísmo na virtude interpretativa do direito²⁰, sendo possível perceber, de toda forma, que a atuação do intérprete na Escola da Exegese era limitada, pois como esclarece Marina Helena Vieira da Silva, “há um empobrecimento da atuação do intérprete, que está restrito ao que está positivado e à vontade do legislador quando da elaboração da norma”²¹.

Assim, diante de todas as premissas citadas acerca da Escola da Exegese, podemos concluir que esta escola de interpretação positivista se baseava em um método eminentemente racional e com uma concepção legalista e simplória, mas que ainda encontra guarida nos dias de hoje e continua a irradiar fortes efeitos em nossa interpretação²².

O positivismo da Escola da Exegese, ao reduzir o papel do intérprete à observância fiel do texto legal, não conseguiu mais acompanhar e absorver as constantes demandas sociais, que passaram a exigir outras respostas para os casos concretos que se revelavam, de uma forma que não fosse apenas uma análise puramente formal da lei e da vontade do legislador. O modelo codificado tornava-se cada vez mais incapaz de dar respostas aos embates teóricos acerca da existência de lacunas legislativas²³.

Nos séculos XVIII e XIX, o racionalismo iluminista que dominava o clima científico da época tinha como pretensão romper com o passado de trevas da Idade Média. Entretanto, essa pretensão era difundida como uma compreensão mecanicista, decorrente da razão teórica, que deixava de lado a razão prática, e, também, deveria permear o direito. E foi contra esse racionalismo iluminista que surgiu a Escola Histórica do Direito – desenvolvida a partir do chamado historicismo, surgido na Alemanha, por meio de juristas-professores e eruditos do

²⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O segredo de Kelsen: resenha de um livro imaginário sobre o fim do neoconstitucionalismo no direito brasileiro. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. v. 90, n. 1, p. 110-136, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/230674/29131>. Acesso em: 10 mar. 2022.

²¹ SILVA, Marina Helena Vieira da. *A decisão antes da decisão: neopositivismo e a crítica hermenêutica do direito no Brasil do início do século XXI*. 2021. 205f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2021. p. 28.

²² Nesse sentido, dentre tantos outros exemplos, podemos citar as súmulas vinculantes, como justificação de segurança jurídica e de simplicidade, bem como o artigo 111 do Código Tributário Nacional: “Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I – suspensão ou exclusão do crédito tributário; II – outorga de isenção; III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias”. (BRASIL. Decreto-Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 29 maio 2023).

²³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 170.

meio jurídico – no sentido de compreender que o direito se baseava em uma realidade histórica e cultural de um povo, e não apenas um descritivismo do texto legal.

A maior expressão da Escola Histórica do Direito foi o seu líder Savigny (Friedrich Carl von Savigny²⁴), que, ao contrário de outros precursores da Escola Histórica, opunha-se à ideia de elaborar um Código Civil comum na Alemanha, que expressasse o direito por meio de uma unicidade e racionalidade das leis, a exemplo do movimento de codificação ocorrido na França. Isso porque, a seu ver, a Alemanha não estava madura para uma codificação, seria antes necessário incorporar ao direito os frutos da tradição histórica, que mais tarde se revelariam na expressão “espírito do povo”²⁵ (*Volksgeist*), invocando a força viva dos costumes comunitários, que deveriam ser realçados em sua compreensão do direito. Sobre essa tradição dos costumes na Escola Histórica do Direito, Norberto Bobbio afirma:

[...] as normas consuetudinárias são precisamente expressão de uma tradição, se formam e se desenvolvem por lenta evolução na sociedade. O costume é, portanto, um direito que nasce diretamente do povo e que exprime o sentimento e o “espírito do povo” (*Volksgeist*). Acaba, de tal modo, subvertida a clássica relação entre as fontes de direito, aquela refletida (a lei) e aquela espontânea (o costume), visto que geralmente se considera a primeira prevalente sobre a segunda²⁶.

Dessa maneira, a Escola Histórica passou a utilizar um elemento diferenciado como protagonismo: as tradições culturais e históricas da comunidade, possibilitando a construção de um novo futuro, fundado na experiência e na tradição. É por essa razão que Castanheira Neves afirma que nessa escola “o passado não teria apenas o valor pedagógico de uma experiência, mas um autêntico valor ontológico”²⁷.

Isso possibilitou uma forma mais sofisticada de interpretação jurídica, pois, ao contrário de elementos sintáticos do texto legal apresentados pela Escola da Exegese, agora o direito

²⁴ Também escrito como Karl Friedrich von Savigny, como se encontra na obra *História do direito na Europa : da Idade Média à Idade Contemporânea*, de Antonio Padoa Schioppa (SCHIOPPA, Antonio Padoa; tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 355).

²⁵ A respeito da referência “espírito do povo”, Leonardo Zehuri Tovar esclarece: “A Escola Histórica, quando faz referência ao ‘espírito do povo’ não o faz em um sentido metafísico, com vistas a uma pretensão de universalidade homogênea e estanque. Compreender o direito como um acontecimento histórico era mais que isso! Significa que a atenção do jurista é voltada para a positividade do direito, mas também para sua realidade, temporalmente condicionada. Em outros termos, pode-se dizer que encontra imbricado o aspecto temporal e de realidade na positividade do Direito, que, visto por esta perspectiva, torna-se algo dinâmico”. (TOVAR, Leonardo Zehuri. *Teoria do Direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada*. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 76).

²⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995. p. 52.

²⁷ NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 2. p. 207.

deveria ser interpretado a partir de tradições históricas e culturais, afastando-se da noção de direito apenas como um fenômeno social, e passando a ser compreendido também como um produto histórico-cultural - o que exigia, por parte do intérprete, um esforço maior.

Ao contrário da Escola da Exegese, que pregava, exclusivamente, uma dogmática do sentido das leis escritas, a proposta da Escola Histórica do Direito se constituiu na criação de uma ciência histórica do direito. De certo modo, porém, acabou presa à dogmática normativa, no sentido de criar metodologias de investigação correspondentes à verdadeira essência histórica e cultural do direito²⁸.

Os métodos científicos de interpretação criados pela Escola Histórica do Direito se baseavam, em primeiro plano, no direito consuetudinário, havendo, portanto, uma distinção entre as instituições históricas do direito e o texto da lei, que ficava em segundo plano. É nesse ponto de desajustamento entre as instituições históricas do direito e o texto da lei que a interpretação jurídica ganhou destaque, pois objetivava conciliar essa falta de ajuste por meio da compreensão histórica do direito, a partir da qual poderiam ser encontrados critérios de validade do direito.

Assim, tendo como objeto de interpretação os textos jurídicos históricos e o texto da lei, a Escola Histórica do Direito criou quatro elementos interpretativos: o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático. Posteriormente foi adicionado a esses o elemento de interpretação teleológico, por meio da contribuição de Rudolf Von Jhering²⁹.

A interpretação gramatical se resume na literalidade, deixando de lado questões históricas e culturais, valorando apenas os elementos sintáticos do texto por meio da exegese.

Já a interpretação lógica possibilita uma interpretação entre o texto da norma e sua possibilidade de generalização para outros casos, mediante indução e dedução, baseando-se no direito costumeiro. Ao contrário da Escola da Exegese, não é a lei que serve para subsumir a análise do caso, mas os costumes, que são expressão da tradição.

²⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 63.

²⁹ Nesse sentido, é importante trazer uma passagem de Rudolf Von Jhering que ilustra bem esse ponto: “Enquanto teoria individualista, como doravante passarei a chamá-la, ao invés de individualista-teleológica, situa no indivíduo a finalidade da moral, a teoria social (passarei, igualmente, a omitir o acréscimo ‘teleológico’) a coloca na sociedade, ou, para usar meu modo de expressão, enquanto para aquela o sujeito final da moral é o indivíduo, para essa é a sociedade. Resumindo em poucas palavras, estabelece a última: a existência e o bem-estar da sociedade constituem a finalidade de todas as normas morais”. (JHERING, Rudolf Von. *A finalidade do direito*. Tradução Heder K. Hoffman. Campinas: Bookseller, 2002, t. II, p. 98).

Por outro lado, a interpretação sistemática se perfaz por meio da relação de uma proposição normativa com outras tantas proposições, que, por sua vez, podem ser relacionáveis. Ou seja, uma proposição normativa deve ser relacionada no contexto em que está inserida.

O método mais importante de interpretação difundido pela Escola Histórica do Direito foi a interpretação histórica, que, como o próprio nome revela, baseia-se no sentido histórico da lei, abrangendo a análise dos fatos históricos, exposições de motivos e diversas outras análises vinculadas à historicidade da proposição jurídica, que possibilita sua interpretação. Esse método de interpretação, que permite um estudo pormenorizado das razões da norma, também possibilita uma análise da expectativa daquilo que a lei almeja no futuro, que é a finalidade do direito. E é justamente por uma proposição ser direcionada à expectativa futura, algo que ainda não ocorreu, que a interpretação histórica conduz a uma interpretação teleológica, na expectativa de que o conhecimento do passado histórico possibilite uma interpretação correta de uma proposição jurídica.

Por mais que a Escola Histórica do Direito tenha méritos - principalmente nas interpretações histórica e teleológica, que superaram a exegese dos textos legais - também demonstrou problemas, pois, como antes anunciado, acabou por dogmatizar os fatos históricos, e não a cultura comum do povo, ou seja, a análise dos fatos históricos acabou se desviando para a análise histórica da dogmática jurídica, que, na verdade, não prescinde de um fundamento histórico.

Aliás, os métodos de interpretação - que acabaram sendo métodos dogmáticos - tornaram volátil a argumentação da referida escola. O sentido do “espírito comunitário do povo”, como premissa maior na construção da decisão jurídica, ao ser empregado diante de novos casos não previstos pela dogmática, serviu, e ainda serve, para justificar uma ou outra escolha interpretativa, como a “boa-fé”, os “bons costumes”, a “moralidade”, e tantos outros.

A consequência dessa interpretação translegal, pois construída em um primeiro plano no direito consuetudinário, era a admissão de interpretações extensivas e restritivas do texto legal, evidenciando a grande subjetividade da interpretação jurídica na Escola Histórica do Direito. Essas interpretações eram recomendadas como soluções dos problemas das lacunas do direito:

[...] ao invés de uma analogia entre leis parecidas, a analogia deveria ser operada no sentido de encontrar a instituição geral do instituto jurídico para solucionar a questão correta. Savigny distinguia dois casos de lacunas: lacunas que decorrem de uma nova relação jurídica, não prevista por nenhum instituto

jurídico, e lacunas que decorrem de uma nova questão sobre relações jurídicas já previstas globalmente em um instituto jurídico. Para as primeiras formas de lacuna – nova relação jurídica imprevista – a decisão precisa constituir e justificar um arquétipo jurídico, baseado em outros institutos jurídicos já conhecidos. E para as segundas formas de lacunas – nova questão em relação jurídica já prevista – a decisão deve responder a nova questão com base na instituição geral do instituto que prevê a relação jurídica³⁰.

De mais a mais, não é difícil perceber que esse método de interpretação histórico ainda persiste na atualidade, e, pelo que se pode observar, ainda que a título de exemplo, ele se encontra em manuais de interpretação jurídica recomendados para estudantes de graduação e em manuais voltados para concursos públicos - fato que é criticável, pois essa prática contribui para a dogmatização de algo que deveria ser visto como um fenômeno de acontecimentos eminentemente históricos.

A segurança formal dos métodos de interpretação, argumentação e decisão jurídica de um sistema legalmente fechado e sustentado no texto legal despontou a crítica por uma suposta ausência de garantia de um conhecimento verdadeiro, ainda mais, tratando-se das ciências humanas. No mais, com a Revolução Industrial do século XIX, viu-se a necessidade de se promover uma abertura da interpretação do direito, com a possibilidade de uma maior argumentação nas decisões jurídicas. E esse estigma proporcionou, no final do século XIX, o nascimento do movimento do Direito Livre, fundado por Hermann Kantorowicz, que tinha como objetivo “promover uma contraposição entre a rigidez da certeza do direito, muitas vezes, sufocante, e a flexibilidade da decisão individual, muitas vezes, imprevisível”³¹.

Nesse sentido, para o movimento do Direito Livre, a decisão judicial se baseava mais na razão prática e no senso de justiça do aplicador do direito, enquanto o texto legal servia como referência de segundo plano. É como se o julgador fosse o legislador, ainda que diante de um caso concreto.

O propósito desse movimento era criticar as interpretações sistemáticas decorrentes de metodologias que ocorriam nos processos de interpretação, argumentação e decisão jurídica daquela época, principalmente o positivismo legalista da Escola da Exegese³². Esse protesto

³⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 75-76.

³¹ TOVAR, Leonardo Zehuri. *Teoria do Direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada*. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 89.

³² Para Rafael Lazzarotto Simioni, o movimento do Direito Livre fez uma crítica parasitária ao positivismo legalista: “Entendemos por crítica parasitária aquele tipo de crítica que combate uma determinada concepção teórica que, quando vencida, acaba por extinguir a própria crítica. Nesse sentido, o movimento do Direito Livre viveu como um parasita do positivismo legalista. E até hoje existem renovações teóricas dessas mesmas críticas

tinha como proposta uma liberdade maior de decisão para o aplicador do direito, o que, de fato, colocava o movimento em contradição não apenas com o exegetismo francês, mas, também, com o pandectismo da escola histórica alemã, em razão da abertura do sistema codificado (fechado) inclusive para fundamentações translegais. Portanto, um ponto característico e fundamental no movimento do Direito Livre é o protagonismo judicial, pois a decisão nesse movimento é fruto de um livre ato de vontade do aplicador para solução do caso concreto (decido conforme minha consciência), e cuja validade só é fundamentada depois que já se decidiu. Em síntese: primeiro se decide e depois se fundamenta.

No movimento do Direito Livre, a arbitrariedade do intérprete está na liberdade de criar direito no caso concreto, inclusive em casos de lacunas da lei escrita, como relata Miguel Reale:

Segundo adeptos do Direito Livre, o juiz é como que legislador num pequenino domínio, *o domínio do caso concreto*. Assim como o legislador traça a norma genérica, que deverá abranger todos os casos futuros, concernentes à matéria, caberia ao juiz legislar, não apenas por equidade, mas, toda vez que lhe aparecer, por motivos de ordem científica, inexistente a lei apropriada ao caso específico: estamos, pois, no pleno domínio do arbítrio do intérprete³³.

Na verdade, o movimento do Direito Livre advoga sua tese a partir das lacunas, ou melhor, a partir da ideia de que o direito não é um sistema completo, capaz de prever todas as hipóteses de aplicação, e por isso reconhece a competência do juiz, inclusive para preencher lacunas - consequência, aliás, do axioma de que o direito precisa ser livre. Mas não é só. O juiz não apenas se limita a colmatar lacunas, como também, pela consciência do que é justo - vontade do julgador, e aqui também legislador -, pode ele até ignorar a própria lei escrita ou mesmo interpretar *contra legem*. A ideia é que a abertura do sistema legal conduz a um direito livre que, como resultado, também conduz a uma decisão livre. É a personificação da falta de segurança jurídica, pois o intérprete é livre para escolher a referência adequada para o caso, segundo a sua emocional intuição axiológica do justo³⁴.

do movimento porque também o positivismo legalista possui suas renovações teóricas. Mas uma vez encerrado o positivismo legalista, fatalmente o seu parasita crítico também se encerra, perde o sentido. Isso porque, como parasita, o movimento do Direito Livre só fundamentou-se com base nas críticas contra o sistema parasitado. Mas não estamos afirmando que isso é ruim ou que isso constitui uma deficiência na sua fundamentação teórica. Apenas afirmamos essa característica de dependência do movimento do Direito Livre – e suas renovações críticas contemporâneas – tem em relação ao sistema parasitado, que é o positivismo legalista”. (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 85).

³³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 291.

³⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O segredo de Kelsen: resenha de um livro imaginário sobre o fim do neoconstitucionalismo no direito brasileiro. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. v. 90, n. 1, p. 110-136, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/230674/29131>. Acesso em: 10 mar. 2022.

Em crítica bem construída sobre as decisões judiciais que acabam revivendo o movimento do Direito Livre na atualidade, Lenio Luiz Streck criticou a decisão monocrática da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, na ADI 5.874/2018³⁵, acerca do decreto de indulto que proibiu o benefício em casos de crimes como peculato e corrupção ativa e passiva de penas pendentes de recurso da acusação de presos que cumpriram menos de um terço da pena. Apontando que o Ministro do Supremo Tribunal Federal legislou no lugar do Presidente da República, Lenio Streck assim se manifestou:

No rumo que as coisas vão, há fundadas razões para afirmar que institucionalizamos e, pior, naturalizamos o realismo jurídico, a Escola do Direito Livre e diversas formas de voluntarismo. Lembremos que Kantorowicz, com a sua ode à plena liberdade do juiz (com ressalva que ele falava de lacunas). O juiz decidindo a partir do que é “justo” ou “certo”. Que justo é esse? Quais são os critérios? Bem, aí temos um problema. [...] Quando o Direito é livre (da lei), dependemos do intérprete. E, se dependemos dele, contrariamos o próprio Estado de Direito, pois passamos a nos submeter a discricionariedades, arbitrariedades (que, para mim são a mesma coisa), subjetivismos, e quetais³⁶.

No atual paradigma do Estado Democrático de Direito, se torna imprescindível combater decisões judiciais pelas quais o julgador, exercendo “poder legiferante”, contribui para a repristinação do movimento do Direito Livre, pois nada é mais perigoso para os ideais do Constitucionalismo e da Democracia do que um juiz que decide litígios conforme sua consciência³⁷, inclusive sob o risco de confrontar o que reza a lei.

Outro importante movimento de interpretação, argumentação e decisão jurídica acabou se manifestando na Alemanha, no século XIX, a partir do desdobramento da Escola Histórica do Direito, movimento que ficou conhecido como Jurisprudência dos Conceitos (genealogia dos conceitos). Como o nome indica, a principal característica dessa escola, que teve como fundador Georg Friedrich Puchta, era a construção do direito, por meio de uma interpretação, a partir dos conceitos jurídicos. Na verdade, a Jurisprudência dos Conceitos se utilizava desses conceitos jurídicos para superar o acontecimento histórico, os costumes e a lei. Houve, portanto, uma mudança de paradigma da Escola Histórica do Direito, que “trocou” a dogmatização da história do direito por proposições jurídicas, advindas dos conceitos jurídicos, que, nessa escola,

³⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.874/2018. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5874votoAMfinal.PDF>. Acesso em: 29 mai. 2023.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar de sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. 1. ed. – Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 49-50.

³⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 93.

eram estruturados na forma de uma “pirâmide de conceitos” do sistema, construído segundo as regras da lógica formal: onde um conceito inferior se subsume a um conceito superior³⁸.

A Jurisprudência dos Conceitos foi mais um movimento de construção interpretativa na tentativa de eliminar a atividade de criação dos julgadores, pois o dogma da subsunção – ainda que de conceitos jurídicos -, de certa forma, reduzia a possibilidade criativa dos juízes.

No entanto, o método indutivo de subsunção da Jurisprudência dos Conceitos acabou se aproximando da mesma analítica formal da Escola da Exegese, diversificando-se apenas em relação aos elementos sintáticos: em vez do texto legal, a premissa maior de referência eram os conceitos jurídicos.

Apesar disso, o movimento positivista baseado nos conceitos jurídicos não conseguiu se sustentar, pois não considerou que os conceitos se constituem de relações abstratas de significações, que se relacionam na pirâmide dos conceitos apenas no plano teórico, sem qualquer referência ao mundo prático-social. Assim, também foi necessária uma virada na referência do paradigma dos conceitos, que foram substituídos pela “tutela dos interesses” (Jurisprudência dos Interesses), possibilitando uma análise do jurista, a partir do mundo prático-social, capaz de estabelecer conexões entre o direito e a realidade social (valoração da vida), com a finalidade de resolver conflitos de interesses, perfazendo-se uma concepção de direito mais adequada para a sociedade moderna daquela época³⁹.

Não obstante a Jurisprudência dos Interesses trabalhar com a razão prática do direito por meio dos interesses, o caminho traçado para o seu trabalho foi mais moderado do que a

³⁸ De acordo com a pirâmide de conceitos, a “legitimidade das normas jurídicas baseava-se exclusivamente na sua correção sistemática, na sua verdade lógica e na sua racionalidade, de modo que a própria criação do direito consistia num desenvolvimento a partir do conceito”. (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 104.). Karl Larenz explica o sistema lógico no estilo de uma pirâmide de conceitos da seguinte forma: “O conceito supremo que ocupa o vértice da pirâmide, paira muito acima da base, embora seja isso que lhe permite – imaginemos a pirâmide como transparente – uma extensão de perspectiva maior. À medida que subimos da base para o vértice, vai-se estreitando a largura dos estratos; de estrato para estrato, perde a pirâmide em largura o que ganha em altura. Quanto maior a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja a capacidade de perspectiva – e vice-versa. À largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito da aplicação) do conceito abstrato. O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que venha a subsumir, como espécie e subespécies, todos os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base possamos subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 22-23.)

³⁹ A jurisprudência dos Interesses sofreu forte influência das contribuições de Rudolf von Jhering, através da introdução da finalidade do direito, e de Jeremy Bentham, após o desenvolvimento do utilitarismo social. Para conhecimento e análise dessas influências, confira: SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 101-105.

liberdade dada ao juiz no movimento do Direito Livre. Isso porque, na Jurisprudência dos Interesses, não se admitia decisões *contra legem*: os interesses que motivaram a edição de uma determinada lei, como autonomia da vontade política do Estado, deviam ser respeitados, inclusive para garantir a segurança nas relações sociais, em conformidade com os interesses legítimos, decorrentes da finalidade do direito.

Aqui, cabe abrir um parêntese para esclarecer que, na Jurisprudência dos Interesses, a interpretação jurídica dos textos legais, objetivando os interesses neles reconhecidos, passava por uma investigação histórica e construtiva do texto legal, e essa interpretação construtiva, por vezes, podia dar um novo sentido ao direito positivo, justamente para proteger determinado interesse em conflito. No entanto, por mais que essa interpretação construtiva – e corretiva – se mostrasse contrária ao texto legal, não se constituía de uma interpretação antagônica aos interesses que motivaram a lei. Ao contrário, o objetivo, aqui, era justamente descobrir os interesses expressos na lei, no intuito de “corrigir” a formalidade sintática e gramatical do texto legal, de modo a poder proteger os interesses do caso concreto e a finalidade do direito, objetivo principal desse movimento⁴⁰.

Entretanto, não era apenas a lei que era submetida à interpretação jurídica construtiva e corretiva. O conflito de interesses do caso concreto também necessitava de interpretação, aqui sob uma análise reconstrutiva, pelo qual os interesses protegidos eram articulados em uma técnica de subsunção lógica, a partir do resultado da interpretação dos textos legais – interesses protegidos pela lei⁴¹.

Os interesses legítimos e ilegítimos, revelados através da finalidade do direito, são critérios fundamentais na Jurisprudência dos Interesses, e também impactam a decisão jurídica, principalmente o critério material da finalidade do direito, porque é a partir dele que se busca valorar os interesses fundamentais juridicamente protegidos e em conflito no caso concreto, em forma de complementariedade à lei escrita.

⁴⁰ Sobre a finalidade do direito na Jurisprudência dos Interesses: “a adequada solução dos casos concretos não se restringia à aplicação da letra da lei. Ao contrário, esta cede espaço para os interesses que inspiram sua edição, na medida que valorizam mais a finalidade que a forma. Em uma frase: era na busca da finalidade, portanto, que se radicava o critério decisional, pois em voga, acima de tudo os interesses então identificados na criação do texto legal”. (TOVAR, Leonardo Zehuri. *Teoria do Direito e decisão judicial*: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 107.)

⁴¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 119.

Ademais, é relevante destacar que a Jurisprudência dos Interesses, de intenção finalista, reconheceu que o sistema jurídico fechado era algo incompleto, pois não era capaz de prever todas as respostas aos problemas sociais que se apresentavam, o que levou o movimento a reconhecer a existência formal das lacunas do direito. A partir de então, a Jurisprudência dos Interesses passou a realizar o preenchimento dessas lacunas por meio de interpretação corretiva, buscando corrigir o sentido da lei para valorar um determinado interesse de maior proteção jurídica em um caso concreto. Como aponta Karl Larenz, no processo de preenchimento das lacunas, a Jurisprudência dos Interesses possibilitou ao juiz “desenvolver o Direito, não apenas na finalidade à lei, mas em harmonia com as exigências da vida”⁴². No entanto, permaneceu a possibilidade de determinados interesses não serem protegidos pela lei (reconhecidas, portanto, as lacunas) no momento da decisão jurídica, quando poderiam ser considerados dignos de proteção mediante o critério da finalidade do direito, fechando, portanto, essa lacuna de interesses.

A Jurisprudência dos Interesses também desenvolveu um método que procura guiar a atividade criativa do juiz para resolver o conflito de interesses igualmente protegidos pela lei, e fez isso por meio da ponderação desses interesses, realizada através de uma interpretação histórica dos interesses colididos. O objetivo era chegar a uma decisão acerca de quais dos interesses conflitantes viria a ser juridicamente protegido no caso concreto. Ou seja, o trabalho interpretativo realizado pelo juiz era o de “recompor os interesses em conflito que estavam presentes, na gestação da lei e, nos casos de lacuna, proceder ao seu preenchimento a partir de uma ponderação (*Abwägung*) dos interesses que estão em situação de tensão, no caso que lhe é apresentado”⁴³. Entretanto, todo esse processo tem como fundamento a finalidade do direito, como explica Rafael Lazzarotto Simioni:

A referência ao valor “finalidade do direito” constitui, assim, o valor de assimetria da colisão entre interesses igualmente protegidos. A finalidade do direito permite justificar a preferência a um ou outro interesse igualmente protegido pela lei. Isso porque a finalidade do direito é colocada como um valor lógico superior, como critério da decisão, a partir do qual a decisão pode então julgar o seu objeto, que são os interesses. A finalidade constitui o suplemento da decisão jurídica. O valor lógico que sempre está mais além dos interesses para a decisão poder avaliar qual dos interesses está mais e qual está menos conforme a essa finalidade do direito⁴⁴.

⁴² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 69-70.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 111.

⁴⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 132-133.

De tudo isso, é necessário abstrair que a Jurisprudência dos Interesses possibilitou uma atuação libertadora aos juristas até então vinculados aos limites do positivismo legalista, ao substituir o método decisório lógico-subsuntivo pela ponderação de interesses, tendo como referência a finalidade do direito. Ocorre que a busca pela finalidade do direito, que é o cerne, a alma desse movimento, pode levar a uma interpretação e decisão que possibilita ultrapassar a linha tênue que separa os interesses jurídicos dos interesses políticos, desembocando no ativismo judicial.

Das considerações apontadas nesse capítulo, é importante destacar que os referenciais do direito apresentados pelas diversas escolas e movimentos de interpretação, argumentação e decisão jurídica, mesmo caminhando por referenciais vinculados ora pela razão, ora pela vontade, não conseguiram resolver o problema das lacunas e da subjetividade da interpretação jurídica. Em outros termos, por mais que o positivismo exegetico francês tenha buscado uma segurança e maior rigidez, não conseguiu uma plenitude lógica, diante da constante transformação da sociedade. O mesmo se deu em relação aos outros movimentos que tentaram construir um discurso pela abertura do sistema jurídico, mas que acabaram se desvencilhando da realidade, e, na tentativa de resolver o problema das lacunas, acabaram não conseguindo controlar a interpretação e a subjetividade construtiva do juiz.

Foi somente com Hans Kelsen que a interpretação do direito deixou de ser analisada a partir da problemática das lacunas e passou a ser transferida para o significado da linguagem do direito. Isso, todavia, não encerra a subjetividade da interpretação jurídica, há apenas uma virada na problemática, que passa das lacunas (ausência de direito) para a indeterminação da linguagem (excesso de possibilidades de interpretação do direito).

1.2. O PROBLEMA DA INDETERMINAÇÃO DA LINGUAGEM E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Com a ascensão da modernidade, o mundo ocidental passou a ser atormentado por novas exigências decorrentes do crescimento da população, das conquistas de natureza geográficas e das cobranças ocasionadas pela transformação da sociedade industrial advindas do capitalismo, principalmente com o apogeu da Revolução Industrial do século XIX. A expansão industrial e o surgimento de movimentos sociais que se desenvolveram em sua consequência criaram um novo arranjo social, e, conseqüentemente, contribuíram para o desenvolvimento de uma

sociedade mais complexa, com indivíduos que se enxergavam com expectativas e com um alto grau de socialização⁴⁵. Com isso, passou-se a ser necessária uma interpretação do direito realizada de forma muito mais ampla do que a interpretação exclusiva com referência ao texto legal.

Além disso, na segunda década do século XX, a ciência jurídica sofria uma forte influência das concepções positivistas sociológicas e psicológicas do direito, ambas advindas da concepção positivista clássica, que pautou a ciência do direito a partir da observação dos fatos sociais.

Tudo isso contribuiu para o desgaste e a falência dos modelos sintáticos-semânticos de interpretação da codificação e do positivismo exegético, evidenciando o problema da indeterminação do sentido do direito⁴⁶, fato que contribuiu para o declínio e a superação do positivismo exegético e das interpretações com referência aos costumes, a livre escolha do julgador e a ponderação dos interesses.

Foi dentro desse ambiente que se manifestou o movimento de “purificação do direito” do (neo)positivismo normativista de Hans Kelsen, que tinha como principal objetivo desvincular o direito de elementos extrajurídicos. Assim, com aporte sintático-linguístico do movimento neopositivismo lógico do Círculo de Viena, Kelsen elegeu exclusivamente a normatividade do direito como referência pura e genuína do direito, excluindo de seu objeto de interpretação toda e qualquer outra concepção e elementos do direito, como a psicologia e a sociologia dos comportamentos jurídicos. Como observou Miguel Reale, “é necessário, dizia Kelsen, conceber o Direito com olhos de jurista, sem procurar a todo instante elementos que a Psicologia elabora, a Economia desenvolve ou a Sociologia nos apresenta”⁴⁷.

Assim, elegendo exclusivamente a norma jurídica como a positividade do direito, Kelsen se apresentou como um dos maiores críticos ao juspositivismo clássico, fundando uma

⁴⁵ SILVA, Marina Helena Vieira da. *A decisão antes da decisão: neopositivismo e a crítica hermenêutica do direito no Brasil do início do século XXI*. 2021. 205f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2021. p. 35.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 37.

⁴⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 1990. p. 455. Nesse sentido também destaca Lenio Streck, para quem Kelsen “busca edificar a ciência do Direito em um segundo nível, libertando-a de todos os elementos que, nas próprias palavras, lhes são ‘estranhos’: a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política. Com isso, o objeto da ciência jurídica passa a ser o Direito, que é, assim, a linguagem-objeto, descrito por uma metalinguagem, a Ciência Jurídica (esse é o lugar da teoria pura)”. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 40).

ciência jurídica que não teria como preocupação os fatos sociais, mas, sim, a norma, ou melhor, a linguagem da norma, “uma ciência, portanto, linguístico-normativa, que procura explicar o sentido das proposições jurídicas e as relações lógico-sintáticas que elas estabelecem uma com as outras”⁴⁸.

Dessa forma, Kelsen estruturou a sua teoria na normatividade do direito, elegendo como pressuposto de validade das normas do ordenamento jurídico a chamada norma fundamental.

A validade da norma jurídica que proíbe ou regulamenta determinado comportamento depende da norma superior que autoriza o juiz a intervir, e o poder do juiz, por sua vez, é estabelecido por uma norma de nível ainda superior: é a teoria da estrutura “em degraus” (*Stufenbautheorie*) das normas jurídicas, que leva Kelsen a supor uma “norma fundamental” (*Grundnorm*) da qual todas as outras descendem em cadeia, uma norma que não existe como norma positiva, mas apenas como norma em princípio, não “posta”, e sim “pressuposta”⁴⁹.

Nesse ponto, convém destacar que o positivismo jurídico, por mais que seja um fenômeno complexo, vasto e de múltiplas raízes, possui uma característica marcante, que é similar na variação de todas as suas correntes, mas, principalmente, no neopositivismo de Kelsen: a busca pela segurança nas relações sociais. E essa segurança depende da identificação positiva e autônoma do direito em relação à moral (valores) e à política (poder), que se estabelece pela construção de um sistema normativo. Em outras palavras, o direito é um sistema normativo que tem por finalidade obter decisões capazes de manter o equilíbrio social, e, conseqüentemente, garantir segurança nas relações sociais. Nesse sentido, em uma primeira análise, é possível identificar se uma determinada norma pertence, ou não, ao sistema jurídico, a partir do critério de juridicidade. Melhor dizendo: é jurídica a norma que pertence a um ordenamento jurídico.

Antes de seguir adiante, é importante compreender que o critério de juridicidade se revela de forma oposta ao jusnaturalismo, que emprega a justiça como critério de identificação da juridicidade - aquilo que é justo -, bem como ao realismo, que identifica a juridicidade na eficácia do direito - aquilo que é eficaz.

Pois bem. Ao excluir a justiça e a eficácia como critérios de juridicidade, o positivismo jurídico passa a ter a validade da norma jurídica como critério de juridicidade, ou seja, “a

⁴⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 145.

⁴⁹ SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. Tradução Marcos Marciomilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 431.

validade de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, segundo a qual existe na esfera do direito ou, em outros termos, existe como norma jurídica”⁵⁰. Portanto, para identificar se uma norma jurídica é válida, basta analisar se ela foi produzida e se faz parte de um ordenamento jurídico, real e efetivamente existente. Com isso, estabelecendo a validade da norma jurídica como critério de juridicidade, cria-se uma autonomia do direito, estabelecendo limites com relação à moral e à política.

De todo modo, não é apenas isso que determina a construção de um conceito autônomo do direito, principalmente quando se analisa a desvinculação do direito com a política (poder). Isso porque, quando se fala em estabelecer limites do direito em relação à política, discute-se o “poder fático”, que apenas produz normas eficazes e válidas em relação ao ordenamento jurídico. O “xis” da questão reside no “poder jurídico”, que é, na verdade, onde se estabelece a relação de validade de uma norma e que vai muito além do poder fático, pois, nesse contexto, para Kelsen, a validade se estabelece de acordo com a relação das normas com uma norma suprema no topo do ordenamento jurídico.

Portanto, é a norma suprema, referenciada por Kelsen como norma de escalão superior, que garante a validade das normas de escalão inferior, em uma autoprodução do direito no ordenamento jurídico, como aponta Luis Fernando Barzotto: “o verdadeiro fundamento de validade de uma norma não é o poder, mas outra norma. Daí o positivismo poder falar em autoprodução do direito. O direito não é contaminado pela política na medida em que não é produzido pelo ‘mero’ poder, mas pelo poder constituído pelo próprio direito”⁵¹.

Essa norma superior, que dá validade, unicidade e completude ao ordenamento jurídico é a norma fundamental, que fundamenta o próprio direito, fechando o ordenamento jurídico, e, por consequência, possibilita que o direito tenha um fim em si mesmo e que seja autônomo, em relação à moral e à política. E é justamente na sustentação da validade das normas jurídicas que Kelsen constrói o seu positivismo, pois, para ele, “a positividade do direito vai estar endereçada à validade das normas”⁵².

Vê-se, portanto, que Kelsen estabelece limites em relação às outras perspectivas construídas pelo positivismo jurídico clássico, e, ainda, como mencionado, também estabelece

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995. p. 136.

⁵¹ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. – São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 22.

⁵² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 153.

o ordenamento jurídico como uma estrutura hierárquica, tendo como pressuposto de validade do direito uma vinculação das demais normas que compõem o ordenamento jurídico com a norma fundamental, que se encontra no topo desse sistema, formando uma “cadeia de validade”⁵³ - esquema que não foi construído pelas escolas clássicas, que se “recusaram” a elaborar um conceito de norma jurídica e métodos para a validade dessas normas.

Pois bem. Já dissemos que a nova concepção apresentada pela ciência jurídica de Kelsen teve como referencial teórico o neopositivismo lógico do Círculo de Viena. Todavia, é necessário esclarecer que o rigor lógico, na aplicação de métodos de investigação como ciência formal, não traduz um sentido absoluto da realidade – principalmente no plano das ciências humanas - mas apenas um sentido hipotético que deriva da constituição de suas próprias sentenças. É a partir desse ponto que ocorre uma virada linguística lógica do neopositivismo, sob a influência de Wittgenstein, que concentrou a sua filosofia especialmente na linguagem e no pensamento.

Para Wittgenstein, a imbricação da proposição lógica com a realidade só pode se realizar por meio da linguagem, ou seja, a linguagem é a única ponte de ligação entre o pensamento e o mundo, axioma que se traduz em sua célebre frase: “os limites da minha linguagem denotam os limites de meu mundo”⁵⁴. A linguagem, portanto, é o caminho para a realidade e, a partir dessa concepção, “o neopositivismo lógico engrena para uma ciência da linguagem, em termos de análise lógica das conexões sintáticas entre proposições científicas. E é exatamente isso que Kelsen vai fazer no campo do direito”⁵⁵.

No entanto, essa compreensão pensamento-linguagem-mundo não se completa de maneira estável, mas apenas em um nível de proposições, onde os símbolos linguísticos passam a corresponder apenas as figurações projetivas simbólicas da realidade a partir de afirmações e negações de fatos com o sentido do mundo⁵⁶. O que se quer dizer, na verdade, é que o caminho

⁵³ “Se uma norma existe, pertence a um ordenamento e é obrigatória, isso só ocorre porque foi produzida de acordo com outra norma. Isso gera uma ‘cadeia de validade’ que culmina em uma norma última, que não recebe a sua validade de nenhuma outra norma. Esta norma última é a ‘norma fundamental’ (*Grundnorm*)”. (BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. – São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 40).

⁵⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus lógico-philosophicus*. Tradução de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968. p. 111.

⁵⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 161.

⁵⁶ “Nosso mundo real é, apenas, um ponto no espaço lógico onde são pensáveis outros pontos, isto é, outros mundos possíveis. Nesse espaço lógico estão os fatos que constituem o mundo real, mas poderiam estar outros, pois é possível pensar em outras configurações de objetos”. (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguística-pragmática na filosofia contemporânea*. 3ª ed. São Paulo : Edições Loyola, 2006. p. 100).

da linguagem, que conduz à realidade, não é um caminho de certezas, pois no meio desse percurso sempre há uma imagem simbólica, a depender dos sentidos das expressões linguísticas (“jogos de linguagem”, na segunda fase de Wittgenstein⁵⁷), que não corresponde à realidade, ou seja, não há garantia de realidade para além da própria realidade simbólica construída pela linguagem. Aliás, essa subjetividade da linguagem em relação à realidade pode ser interpretada na afirmação de Kelsen: “todos os métodos de interpretação até agora elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”⁵⁸.

A preocupação de Kelsen se estrutura no campo da sintaxe lógica da linguagem, na relação lógica entre signos e significados. Nesse sentido, é a partir do plano da sintaxe linguística que Kelsen trabalha a relação entre os símbolos linguísticos da norma. E, nesse ponto, sua interpretação jurídica sofre bastante influência da sintaxe lógica desenvolvida por Rudolf Carnap⁵⁹, cuja tese é a de que as proposições de valores (ética, moral etc.) são trabalhadas no nível da metalinguagem, e não no nível lógico-sintático. Isso quer dizer que as proposições linguísticas comprovadas no nível da linguagem não podem ser comprovadas no nível da metalinguagem, o que, conseqüentemente, possibilita lacunas na passagem de um nível linguístico para outro, por mais rigoroso que possa ser em termos lógico-sintáticos.

E é partir daí que nasce a discricionariedade em Kelsen, ao identificar que o problema de interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático⁶⁰, e que não há como garantir uma única resposta correta no direito. Há, na verdade, uma indeterminação semântica na linguagem normativa do direito, pois, por mais que ela esteja estruturada em um rigor lógico-sintático, sempre há uma margem para escolha. Essa discricionariedade possibilita diversas decisões diferentes, como esclarece Rafael Lazzarotto Simioni:

Do mesmo modo que a sintaxe lógica de Carnap, também Kelsen observa a impossibilidade de se garantir uma resposta correta no direito. Isso porque a linguagem das normas, por mais rigorosa que seja em termos lógicos-

⁵⁷ O termo “jogos de linguagem” é o conceito central do livro *Investigações filosóficas*, de Wittgenstein. Segundo Urbano Zilles: “o que costumeiramente chamamos de linguagem é, na verdade, um conjunto de ‘jogos de linguagem’. Desta forma, a linguagem não pode ser unificada segundo uma estrutura lógica e formal. Uma proposição não traz em si o todo da linguagem, mas forma um seguimento. Esses segmentos são diferentes entre si, constituindo cada qual um jogo de linguagem. Na comparação entre os diferentes jogos de linguagem pode constatar-se apenas uma semelhança, ‘um certo ar de família’”. (ZILLES, Urbano. *O racional e o mítico em Wittgenstein*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 1991. p. 57).

⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 367.

⁵⁹ “Kelsen tem um tributo epistemológico principalmente com Rudolf Carnap e isso fica muito claro quando escolhe fazer ciência apenas na ordem das proposições jurídicas (ciência), deixando de lado o espaço da ‘realização concreta do Direito’”. (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 159).

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 37.

sintáticos, sempre deverá ser interpretada tanto no contexto das demais normas superiores – que lhe conferem validade, como as Constituições – quanto no contexto das proposições científicas da ciência do direito. E isso significa que o direito, como um todo, apresenta-se para a decisão jurídica como uma moldura, dentro da qual podem existir diversas possibilidades jurídicas de decisão que impedem a expectativa social de uma única resposta correta para os casos concretos. Se a linguagem, mesmo no seu máximo rigor lógico-formal-sintático, sempre tem uma margem de indecidibilidade, também a linguagem normativa do direito, por mais rigorosa que seja, sempre produzirá a possibilidade de decisões divergentes⁶¹.

Assim, o grande fantasma que foi o problema das lacunas do direito nos sistemas de referência, antes de Kelsen, agora se transforma no problema da indeterminação da linguagem do direito⁶², pois, por mais que exista uma relação entre unidade, coerência e completude no ordenamento jurídico, a indeterminação de sentido da linguagem possibilita que uma decisão jurídica seja discricionária, o que se estabelece na passagem de um nível linguístico para outro - que na teoria kelseniana se revela na diferença entre direito e ciência do direito, e também nas diferenças entre os níveis de normas que compõem o ordenamento jurídico.

Para Kelsen, a interpretação decorre de uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito a partir da norma fundamental, de escalão superior, para uma norma de escalão inferior. Existe uma espécie de “paradigma” interpretativo que se revela na relação de vinculação entre um escalão superior e um escalão inferior do ordenamento jurídico.

No entanto, essa produção normativa decorrente da determinação de escalões normativos - superior e inferior - não se realiza de forma completa, havendo sempre espaços para uma livre apreciação que serão preenchidos por outras possibilidades de interpretação, traduzida na famosa moldura de aplicação do direito criada por Kelsen:

Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato⁶³.

Há, portanto, uma indeterminação relativa (vinculação relativa) do ato de interpretação das normas e da aplicação do direito, que pode se dar de forma intencional, “quer dizer, estar

⁶¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 168.

⁶² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O segredo de Kelsen: resenha de um livro imaginário sobre o fim do neoconstitucionalismo no direito brasileiro. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. v. 90, n. 1, p. 110-136, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/230674/29131>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁶³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 364.

na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar”⁶⁴, ou de forma não intencional, que ocorre no momento do ato de vontade de aplicação do direito. Essa consequência não intencional ocorre em razão da pluralidade de significações de uma ou várias palavras expressas na norma. É dizer, as palavras possuem várias significações possíveis, e, por isso, pode existir uma discrepância entre a intenção das partes, ou a vontade do legislador, com as palavras que são expressas na norma, o que também pode ocorrer em caso de duas normas válidas que se apresentam contraditórias⁶⁵.

Diante desse problema de indeterminação da linguagem, Kelsen estabelece que o ato de aplicação do direito se coloca como uma moldura, a qual é possível preencher pelo resultado obtido nas várias formas de interpretação de uma lei. Isso significa que “o resultado de uma interpretação jurídica, somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem”⁶⁶. Portanto, do ponto de vista do direito positivo, todas as possibilidades de sentido conduzem a várias soluções, que podem ser reconhecidas como corretas dentro dessa moldura que a lei ou a ordem jurídica representa, como esclarece Rafael Lazzarotto Simioni:

A decisão jurídica, depois de Kelsen, vai ser mesmo discricionária. Mas discricionária dentro do quadro das possibilidades normativas do direito. O que significa dizer que não há uma única resposta correta no direito e sim um quadro de possibilidades de decisão, cuja escolha o juiz precisará fundamentar⁶⁷.

Nesse momento, é importante trazer a observação de Lenio Streck, que compreende que Kelsen apostou na discricionariedade do intérprete como sendo uma fatalidade, e não uma solução dos problemas da indeterminação da linguagem.⁶⁸ E Kelsen fez isto justamente para salvar a pureza metodológica do direito em sua teoria, que se concentra na ciência do direito, e, nesse nível analítico-formal de aplicação do direito, a decisão judicial deve ser formalmente correta⁶⁹.

⁶⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 364.

⁶⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 365.

⁶⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 364.

⁶⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 144.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 79.

⁶⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 192.

Melhor esclarecendo, Kelsen separou o direito da ciência do direito - nível da metalinguagem onde se encontra a pureza do direito – sendo, portanto, dois planos diferentes e incomunicáveis. No entanto, ele sabia que, no plano do direito, no nível de aplicação do direito, onde se encontra o ato de vontade, a interpretação está infectada de subjetivismos incontroláveis, pois, ao contrário do que muitos pensam, no plano da aplicação do Direito, Kelsen não separou o direito da moral, e “para manter a separação entre Direito e Ciência do Direito, ele tem de aceitar que a aplicação do Direito é um ato de política jurídica, envolvendo moral, política, ideologia, enfim, admitindo que, no plano da aplicação, o juiz faz um ato de vontade”⁷⁰.

Essa referência a soluções argumentativas extrajurídicas está clara no capítulo VIII, da Teoria Pura do Direito, quando Kelsen esclarece que, na aplicação do direito:

[...] não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo de criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos sociais de valor que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.⁷¹

De fato, a discricionariedade do intérprete era uma fatalidade previsível para Kelsen e algo impossível de ser corrigido. Ao mesmo tempo, também era previsível que esse nível de aplicação estivesse em um campo fora de sua teoria pura do direito.

Torna-se evidente, portanto, que a discricionariedade do intérprete era um problema, e não a cura dos males da indeterminação da linguagem do direito, como alguns pós-kelsenianos compreendem. A discricionariedade na aplicação do direito não pode ser encarada como um salvo-conduto para legitimar e justificar decisões discricionárias e até mesmo arbitrárias, conforme a consciência do intérprete, como uma espécie de legitimação do ativismo judicial⁷².

A partir dessa má compreensão, os juristas pensaram que o juiz seria o sujeito pelo qual, no momento da aplicação do direito (em Kelsen, o juiz faz um ato de vontade, e não de conhecimento), passa(ria) a fazer a “cura dos males do direito”. O que em Kelsen era uma fatalidade (e não uma solução), para as correntes semanticistas, passou a ser a salvação para as “insuficiências” ônticas do direito⁷³.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 19.

⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 368-369.

⁷² Nesse sentido ver também: TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à Lei: entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismos e Pragmatismo*. 2. ed. revista, modificada e ampliada. Belo Horizonte : Fórum, 2019. p. 184.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 79.

Aliás, isso tudo refuta a singela interpretação sustentada pelo senso comum teórico dos juristas, a de que Kelsen teria pregado a vinculação do juiz à literalidade da lei.⁷⁴ Nesse ponto, aliás, Bruno Torrano realizou uma extensa pesquisa jurisprudencial e constatou que os magistrados brasileiros relacionam Kelsen ao positivismo exegético, e o acusam de ser formalista ou legalista⁷⁵.

1.3. INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA, INAUTÊNTICA E A REGRA DE COMPETÊNCIA

Ainda é importante insistir: Kelsen realizou uma cisão entre ciência do direito (ato de conhecimento) e direito (ato de vontade), e é a partir dessa distinção que se destaca o seu método interpretativo.

Kelsen observa que, em relação ao direito, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do direito, necessariamente, decorre de uma interpretação em que prevalece um ato de vontade e a escolha do intérprete, que é fruto do problema semântico referente aos vários sentidos e significados de uma norma jurídica. Isso porque, “no processo interpretativo do direito, a passagem do nível superior, como as constituições, para o nível inferior, como as leis ordinárias, gera indeterminações de sentido que, naturalmente, impedem o ideal de uma única resposta correta no direito”⁷⁶. É como se o aplicador do direito tivesse um espaço para se mover dentro da moldura traçada pelo ordenamento jurídico, de onde existem várias formas de aplicação do direito que decorrem das várias possibilidades de sentidos de uma norma jurídica.

Essa determinação de sentidos decorrente da interpretação realizada pelo órgão jurídico é identificada por Kelsen como interpretação autêntica, pois ela, necessariamente, implica escolhas e demanda um livre ato de vontade. Portanto, a interpretação autêntica é aquela

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 44.

⁷⁵ “[...] os magistrados, quando se propõem a adentrar na seara da filosofia do direito, em regra o fazem de forma confusa e descuidada, cometendo erros crassos na exposição de teorias que dizem seguir ou que desejam atacar. Uma rápida leitura do Capítulo VIII da imortal obra *Teoria Pura do Direito* é capaz de mostrar quão equivocadas são as afirmações que acusam Kelsen de ser formalista ou legalista”. (TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à Lei: entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismos e Pragmatismo*. 2. ed. revista, modificada e ampliada. Belo Horizonte : Fórum, 2019. p. 291-292).

⁷⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O segredo de Kelsen: resenha de um livro imaginário sobre o fim do neoconstitucionalismo no direito brasileiro. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. v. 90, n. 1, p. 110-136, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/230674/29131>. Acesso em: 10 mar. 2022.

realizada pelos órgãos aplicadores do direito exclusivamente pelo ato de vontade, que se concretiza na decisão judicial, e, na verdade, trata-se de “uma escolha do sentido normativo que deverá ser aplicado em detrimento de todos os demais sentidos normativos”⁷⁷.

Dessa forma, o juiz, o tribunal e os demais aplicadores do direito chamados a interpretar o direito e a produzir o ato de vontade são livres na criação do direito, e, nessa interpretação autêntica, livre e voluntária, o resultado, que é a decisão judicial, cria e produz um novo direito, ainda que apenas para um caso concreto. Assim, é no nível da aplicação do direito, onde se encontra o ato de vontade, que a interpretação autêntica é realizada, e se revela em uma verdadeira teoria da decisão jurídica.

Para Kelsen, “a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica”⁷⁸. Só a interpretação autêntica cria direitos e preenche lacunas, o que não ocorre com a interpretação inautêntica, realizada pela ciência do direito, que se constitui de uma interpretação exclusivamente cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Aliás, Kelsen deixa claro que “a ideia de que é possível, através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva e volitiva, obter Direito novo, é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito”⁷⁹.

Observe que a interpretação inautêntica é destinada à ciência do direito e vinculada ao plano da metalinguagem, onde se trabalha a interpretação como ato de conhecimento, com proposições verdadeiras e de pureza do direito, a partir do critério de validade das normas. A interpretação da ciência do direito, portanto, não produz direito, mas apenas faz uma fixação puramente cognitiva do sentido e significações das normas jurídicas⁸⁰.

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito⁸¹.

⁷⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 196.

⁷⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 369.

⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 370.

⁸⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 106.

⁸¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 370.

Uma questão importante para compreender a distinção entre interpretação autêntica e inautêntica, formulada por Kelsen, e que muitas vezes passa despercebido, é a regra de competência e de caráter vinculativo da interpretação autêntica. Isso significa dizer que as interpretações autênticas, que são realizadas pelos órgãos jurídicos, não apenas produzem direito por meio das decisões judiciais, como também, vinculam essas decisões aos seus destinatários, e isso ocorre porque esses órgãos aplicadores do direito são dotados de competência para realizar essas interpretações, o que, todavia, não se realiza com a interpretação inautêntica, uma vez que a ciência do direito, como ato de conhecimento, tem como tarefa explicitar quais são as possíveis interpretações dentro de um texto, o que pode ser realizado por quaisquer dos destinatários, que não têm competência para vincular suas interpretações.

A ciência do direito, na qual a interpretação inautêntica se constrói, não cria direitos, nem decisões. Ela apenas estabelece proposições jurídicas e possíveis significações de uma norma jurídica. É como se a ciência do direito, por meio de seus destinatários (advogados, doutrinadores etc.), distribuísse as cartas do jogo, enquanto o jogador (jugador) decide qual carta irá jogar. É o julgador quem pratica o ato de vontade. É o julgador que tem competência e poder de vinculação. É ele, portanto, que cria direitos, a partir da escolha de um entre os vários sentidos ofertados pelo ordenamento jurídico.

Assim, a combinação entre a orientação à moldura do direito e a competência do órgão que decide com caráter vinculante constitui os limites dos critérios de correção ou validade formal das decisões na teoria pura do direito. Para a decisão ser juridicamente correta, basta que ela seja realizada pelo órgão que detém a competência para isso e que ela escolha um dos múltiplos sentidos ofertados pelo ordenamento jurídico⁸².

Pela teoria da interpretação de Kelsen, mais uma vez é possível visualizar a divisão abismal entre ciência do direito e direito, pois é somente o direito, como o ato de vontade realizado pelos órgãos aplicadores do direito, que detém competência e pode vincular os destinatários, constituindo os limites de correção e de critério de validade das decisões judiciais dentro do ordenamento jurídico.

2. DECISÃO JURÍDICA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

⁸² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 207.

2.1. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO PARADIGMA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Não é difícil perceber que o positivismo, em suas várias vertentes, tem algo em comum: a proposta metodológica e interpretativa de ambas conduz à discricionariedade judicial, seja pela análise dos fatos sociais ou pela análise da linguagem do direito e de sua indeterminação⁸³. Talvez isso tenha sido pelo fato de alguns modelos positivistas não terem conhecido uma Constituição normativista que proporcionasse uma transformação no direito, passando de um legalismo rasteiro, ora fiel ao texto da lei (positivismo exegético) e ora fiel a um modelo de conceito abstrato-universalizante de norma (positivismo normativista), “*para uma concepção de legalidade que se constitui sob o manto da constitucionalidade*”⁸⁴.

Esta transformação ocorreu ao longo do século XX, principalmente após o advento do movimento constitucional surgido após a Segunda Guerra Mundial. A partir daí foi necessário “reconstruir os direitos” para se libertar dos regimes totalitários, “impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade”⁸⁵ para se efetivar um regime democrático.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari destaca a expansão do constitucionalismo rumo à efetivação dos direitos fundamentais e ao regime democrático, como ponto fundamental para a nova concepção do direito pós-guerra:

Uma das marcas fundamentais dessa busca da paz, é, precisamente, a expansão do constitucionalismo mais avançado, de um constitucionalismo renovado, que vai além do estabelecimento de regras formais, inspiradas na teoria ou copiadas de outros povos, e toma por base a realidade de cada povo, estabelecendo novas regras fundamentais de convivência e cuidando de sua efetiva aplicação. São testemunhos eloquentes dessas inovações o surgimento de novas Constituições, como uma espécie de novo “contrato social”, em Estados nos quais já era tradicional a existência de uma Constituição formal, assim como a adoção de uma Constituição baseada na vontade e nos interesses de todo o

⁸³ Lenio Streck aponta que a discricionariedade judicial é um problema que atormenta as correntes positivistas e pós-positivistas ao longo do tempo, e, nesse sentido escreve: “a noção de discricionariedade, vinculada à jurisdição, aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da ‘descoberta’ da *indeterminação do Direito*. [...] Assim, da Escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos Interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado da Hart, pelo positivismo exclusivo, até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço ‘não tomado’ pela ‘razão’; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz [...]”. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso* – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 69-70).

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 50.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 47.

povo, por Estados e povos que tradicionalmente só conheciam o direito imposto por elites dominantes, como também por povos que só recentemente conquistaram sua independência.

Um ponto fundamental para a compreensão das profundas inovações que vêm ocorrendo é a lembrança de que elas começaram a definir-se logo após o término da segunda guerra mundial. Com efeito, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, começa, efetivamente, uma nova fase na história da humanidade. A par de profundas mudanças políticas favoráveis à proteção da dignidade humana e ao reconhecimento e à efetivação dos direitos fundamentais da pessoa, sem discriminações, foi sendo definida uma nova concepção do próprio Direito, que exclui as construções formais desprovidas de base social para sua legitimação e voltadas à garantia de privilégios mascarados de direitos⁸⁶.

Nessa direção, a Constituição passou a receber uma carga política (valores) fruto de sua vinculação aos direitos humanos⁸⁷, com origem na ideia do individualismo liberal, o que caracterizou a construção do homem como sujeito de direitos e contribuiu para a formação de um novo modelo constitucional: o neoconstitucionalismo⁸⁸.

Esse novo modelo constitucional, que também aportou no Brasil no século XX, a partir da Constituição de 1988, privilegiou a existência de valores constitucionais como forma de sustentação e de limitação para as normas infraconstitucionais existentes⁸⁹. Na verdade, isso decorre de uma apropriação individualista do conceito de direitos humanos, no sentido de vinculá-lo às diversas experiências do homem, como explica Pierre Manent:

A noção de direitos humanos [...] vai conquistar irresistivelmente o império político e moral porque, disponível e flutuante, ela pode vincular-se sem dificuldade às diversas experiências do homem, que aparentam ser todas formuláveis na sua linguagem [...]. Se o homem tem direito à vida, ele tem também direito à morte, ao menos uma morte com dignidade; se ele tem direito ao trabalho, ele tem direito ao lazer; se ele tem direito de viver no seu país, ele tem também direito a viajar; se a mulher possui direito à maternidade, ela possui igualmente ao aborto [...]. Não há nada sob o sol ou sob a lua que não

⁸⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 290-291.

⁸⁷ Sobre a incorporação de valores nas constituições, pelo movimento político-jurídico do neoconstitucionalismo, afirma Marcelo Novelino: “O neoconstitucionalismo, por seu turno, adota uma premissa distinta ao considerar que a conexão identificativa entre direito e moral resulta na incorporação dos valores morais nas constituições por meio de princípios e direitos fundamentais [...]”. (NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 69).

⁸⁸ Norberto Bobbio também identifica que o reconhecimento dos direitos do homem somente se firmou após a segunda guerra mundial: “Pelo menos desde o início da era moderna, através da difusão das doutrinas jusnaturalistas, primeiro, e das Declarações dos Direitos do Homem, incluídas nas Constituições dos Estados liberais, depois, o problema acompanha o nascimento, o desenvolvimento, a afirmação, numa parte cada vez mais ampla do mundo, do Estado de direito. Mas é também verdade que somente depois da Segunda Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo pela primeira vez na história — todos povos”. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão. p. 26).

⁸⁹ SILVA, Marina Helena Vieira da. *A decisão antes da decisão: neopositivismo e a crítica hermenêutica do direito no Brasil do início do século XXI*. 2021. 205f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2021. p. 20.

seja suscetível de se tornar ocasião e matéria de um direito humano. Assim se evidencia a força expansiva que vincula o humano aos direitos humanos⁹⁰.

Entretanto, a partir dessa compreensão, a noção de direitos humanos passou a ser inflacionária, pois, sob a ótica do excessivo individualismo e do formalismo na visão de mundo, o direito pode receber qualquer conteúdo e ser priorizado em detrimento de outros, como esclarece Francis Fukuyama: “A razão por que há uma constante inflação na esfera dos direitos é, precisamente, que todos desejam elevar a prioridade relativa de certos interesses acima da de outros”⁹¹.

Dessa forma, a preocupação do neoconstitucionalismo com as questões morais do ser humano acabou por influenciar a concepção do direito, que passou a ser (re)construído sob a afirmação da teoria política baseada em direitos⁹², trazendo a ideia de que o ser humano é titular de direitos (humanos), e esses direitos devem ser acolhidos pela Constituição como direitos fundamentais, por meio dos princípios constitucionais.

Para o neoconstitucionalismo, é necessário efetivar os direitos fundamentais, e isso, necessariamente, passa pelos princípios constitucionais, como afirma Luis Fernando Barzotto:

Mas é um normativismo agora ligado a um *pathos* moral: ao tratar-se de defender os direitos, as normas tendem a ser concebidas e aplicadas de modo incondicional. Assim, fala-se em “efetivar” a constituição à margem de qualquer consideração pelo mundo dos fatos. A sociedade apresenta-se, aos olhos do neoconstitucionalista, como um conjunto de dados inertes a serem configurados pelos princípios constitucionais. Toda resistência que os fatos impõem à “efetivação” dos direitos é vista como um atentado ao Estado constitucional⁹³.

⁹⁰ MANENT, Pierre. *La cité de l'homme*, Paris: Flammarion, 1994. p. 199. *Apud* BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo, neoconstitucionalismo e ativismo judicial. In: ALVAREZ, Alejandro Montiel (Org. *et al*). *Perspectivas do discurso jurídico: argumentação, hermenêutica e cultura*. Porto Alegre: DM, 2015. p. 161-186.

⁹¹ FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano: consequências da revolução da biotecnologia*. Tradução de Maria Luiza X. A. de Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p. 120-121.

⁹² Sobre a teoria política baseada em direitos, afirma Ronald Dworkin que: “poderia ser baseada em direitos, adotando algum direito, tal como o direito de todos os homens à maior liberdade de abrangente possível, como fundamental”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*; tradução Nelson Boeira. – 3ª ed. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 266).

⁹³ BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo, neoconstitucionalismo e ativismo judicial. In: ALVAREZ, Alejandro Montiel (Org. *et al*). *Perspectivas do discurso jurídico: argumentação, hermenêutica e cultura*. Porto Alegre: DM, 2015. p. 161-186.

É nesse sentido que se revela, no paradigma do neoconstitucionalismo, a força normativa da Constituição⁹⁴ e o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional, como observa Rafael Lazzarotto Simioni:

[...] o neoconstitucionalismo permitiu traçar uma distinção hierárquica entre normas constitucionais que são princípios fundamentais e normas que não são esses princípios, de modo a possibilitar uma leitura constitucional adequada ao horizonte interpretativo dos direitos fundamentais como direitos humanos positivados⁹⁵.

Assim, pode-se concluir que o neoconstitucionalismo, centrado na proteção dos direitos mais amplos, e sustentado pelos princípios constitucionais, foi fundamental para a formação do Estado Democrático de Direito, pois reformulou ideias contemporâneas acerca da democracia, da cidadania e da dignidade da pessoa humana⁹⁶, completando o vazio do sistema simbólico formado pelo ordenamento jurídico constitucional⁹⁷.

A leitura neoconstitucionalista, como formadora do Estado Democrático de Direito, possibilitou uma transformação na realidade das pessoas, pois, muito mais que uma melhora das condições sociais do ser humano e do fortalecimento dos direitos fundamentais, permitiu ao homem a participação pública na reconstrução da democracia.

Com a positivação dos direitos humanos na Constituição, como direitos fundamentais, por meio dos princípios constitucionais e propondo uma revisão da teoria das fontes do direito e de sua interpretação, acreditou-se que o neoconstitucionalismo poderia romper com a possibilidade de ainda existir um direito imoral, uma vez que a Constituição, como norma superior do ordenamento jurídico, transfere toda a sua “moralidade” ao direito infraconstitucional, cuja obediência à Constituição é imposta por motivos morais.

⁹⁴ Para Luís Roberto Barroso, a força normativa da Constituição constitui um padrão teórico do neoconstitucionalismo, pois transfere as normas constitucionais um caráter vinculativo e obrigatório. (BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 194).

⁹⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Hermenêutica constitucional no paradigma da Différence. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, [S. l.]. Joaçaba, SC. v. 19, n. 1, jan./abr. 2018, p. 25–44. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/14457>. Acesso em: 28 fev. 2022.

⁹⁶ Importante observação acerca da relevância e dimensão dos direitos fundamentais, como positivação dos direitos humanos na Constituição, é trazida por Rubens Casara, para quem os direitos fundamentais servem “como gramática positivada dos direitos humanos e estratégia de realização da dignidade da pessoa humana.” (CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 44).

⁹⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Hermenêutica constitucional no paradigma da Différence. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, [S. l.]. Joaçaba, SC. v. 19, n. 1, jan./abr. 2018, p. 25–44. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/14457>. Acesso em: 28 fev. 2022.

Entretanto, os princípios constitucionais têm levado a um referencial interpretativo “translegal”, uma vez que são interpretados como cláusulas abertas, possibilitando a inserção de valores externos à própria Constituição, “isso porque os princípios fundamentais permitem conectar os limites lógico-sintáticos da sua linguagem normativa com a abertura semântica das problemáticas da política, economia, moral, ética, ecologia, etc.”⁹⁸.

Para Lenio Streck, essa característica do neoconstitucionalismo acaba contribuindo para a alteração do texto da Constituição, pois permite que o julgador se utilize de juízos morais, éticos e outros. Por isso, o jurista apresenta forte crítica ao neoconstitucionalismo:

[...] é necessário reconhecer que as características desse “neoconstitucionalismo” acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir uma corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um Direito constitucional de efetividade; um Direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, como: *neoprocessualismo* e *neopositivismo*. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o Direito justo [...]”⁹⁹.

Não é difícil perceber que o fenômeno jurídico que se apresentou como um “novo direito”, na verdade tem-se demonstrado - pelo menos no aspecto da interpretação – que de novo nada tem, uma vez que o caminho trilhado pelo neoconstitucionalismo em *terrae brasilis* - como um modelo de incentivo à repristinação da “Jurisprudência dos Valores à brasileira”, e até mesmo do movimento do Direito Livre - por meio de uma rasa ponderação e busca de valores “que estariam ‘escondidos’ por debaixo dos textos legais”¹⁰⁰, nada mais representa do que uma outra forma de abertura para o protagonismo do julgador, possibilitando a prática de decisões judiciais discricionárias. Aliás, foi esse o motivo que fez Lenio Streck se afastar desse novo constitucionalismo e (re)conceituar o epíteto na contemporaneidade, passando a utilizar o termo “Constitucionalismo Contemporâneo” (com iniciais maiúsculas, como o jurista faz

⁹⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Hermenêutica constitucional no paradigma da Différence. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, [S. l.]. Joaçaba, SC. v. 19, n. 1, jan./abr. 2018, p. 25–44. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/14457>. Acesso em: 28 fev. 2022.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso* – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 67-68.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 147.

questão de frisar¹⁰¹), como paradigma que passou a estruturar o Estado Democrático de Direito¹⁰².

Tem razão Lenio Streck em suas críticas ao neoconstitucionalismo, pois nos moldes como o modelo político-jurídico vem se apresentando no Brasil, as decisões judiciais acabam dependendo de posturas axiológicas e voluntaristas do julgador, baseadas em valores – e até mesmo compreendendo-se os princípios como valores - o que é incompatível com a democracia. Ou seja, o neoconstitucionalismo ainda não conseguiu superar o velho problema do positivismo jurídico e o da indeterminação da linguagem, e, “ao invés de representar uma solução para o problema da decisão, propicia ainda um maior protagonismo judicial”¹⁰³.

2.2.A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO PAMPRINCIPIOLOGISMO E NO ATIVISMO JUDICIAL: OS RISCOS PARA A DEMOCRACIA

Como visto, o neoconstitucionalismo no Brasil tem percorrido um caminho cheios de equívocos, pois a abertura hermenêutica e a maior abstração da linguagem dos princípios constitucionais possibilitam que o intérprete tenha um amplo espaço de discricionariedade.

Essa reformulação do papel dos princípios no contexto do Estado Democrático de Direito, permitiu que o leque de interpretação se abrisse ainda mais como justificativa para o voluntarismo judicial, como explica Lenio Streck: “No Brasil, a concepção de princípios como abertura interpretativa passou a representar um modo de justificar o voluntarismo judicial a partir de um critério ‘jurídico’ que permite uma certa liberdade aplicativa”¹⁰⁴. Em linhas gerais,

¹⁰¹ Nesse sentido conferir: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso* – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 68.

¹⁰² A propósito, em artigo contra o neoconstitucionalismo, Lenio Streck escreveu: “Desse modo, afastei-me do neoconstitucionalismo porque ele aposta em elementos não democráticos, como a ponderação e a discricionariedade judicial. Ou seja, a grande pergunta não é respondida pelas teses neoconstitucionalistas: quem controla aquele que controla ou diz por último o que a lei (ou a Constituição) é? A pergunta que acrescento é anterior: no caso da ponderação, *quem escolhe os princípios a serem ponderados?* E quais os pesos a serem conferidos a cada um dos princípios para a construção da regra de ponderação? Mais ainda: a subsunção – admitida para os casos fáceis – tem lugar no plano de um paradigma filosófico que ultrapassou o esquema sujeito-objeto? E por que a regra de direito fundamental adscripta (resultado da ponderação) se transforma em uma subsunção de segundo grau ou uma ‘meta-subsunção’?”. (STRECK, Lenio Luiz. *Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, n. 4, jan.-jun. p. 9-27, 2011).

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2017. p. 102.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito* – Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 150.

é possível observar que o Direito foi inundado por *standards* interpretativos, o que dificulta identificar quais são os princípios que efetivamente possuem uma índole constitucional¹⁰⁵.

Não há dúvida de que o novo constitucionalismo contribuiu para o problema interpretativo, abrindo mais uma possibilidade para a discricionariedade judicial, que se revela por meio do ativismo judicial, do decisionismo, do solipsismo¹⁰⁶ e outros quejandos, posto que, a partir de um princípio, qualquer interpretação passa a ser justificável para fundamentar uma decisão judicial¹⁰⁷, e nesse carrossel de interpretações são fabricados “novos” princípios na prática judiciária brasileira como álibi teórico para justificar a discricionariedade. Esse fenômeno que foi chamado por Lenio Streck de pamprincipiologismo¹⁰⁸, que se instalou nas práticas judiciárias em *terrae brasilis*.

Esse ativismo principiológico, a partir do que se originou o pamprincipiologismo, funciona, aos olhos do julgador solipsista, como um verdadeiro arsenal, pois se sua “decisão não coincidir com as normas jurídicas, basta criar um princípio que teria o condão de superar o Direito. É a prevalência da moral individual sob o Direito, ou seja, sob a democracia”¹⁰⁹.

Ainda sobre o pamprincipiologismo, Lenio Streck apresenta uma longa lista de “pamprincípios” que são utilizados na maioria das vezes de forma retórica-corretiva, podendo se destacar os seguintes: princípio da simetria; princípio da efetividade da

¹⁰⁵ Lenio Streck aponta que em muitos casos é até mesmo impossível identificar se estamos diante de um princípio constitucional, infraconstitucional ou diante dos princípios gerais do Direito. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2017. p. 574). Aliás, com o advento do constitucionalismo principiológico, Lenio entende que não há mais que se falar em princípios gerais do Direito. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 163).

¹⁰⁶ “O solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, jurisdição e decisão : diálogos com Lenio Streck*. 2ª ed. ampl. e rev. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2020. p. 109). Ainda sobre o solipsismo, conferir o verbete no livro *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*, de Lenio Streck, bem como o seu significado explicado por Streck de forma didática e lúdica por meio do conto *Ideias de Canário*, de Machado de Assis. (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito* – Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017).

¹⁰⁷ Um exemplo do emprego do solipsismo é o famoso voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em REsp n.º 279.889/AL, julg. em 03/04/2001, DJ 11/06/2001, STJ, sendo relevante destacar a seguinte parte do voto: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. [...] Decido, porém, conforme minha consciência”. (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2017. p. 24).

¹⁰⁸ “A esse fenômeno dei o nome, desde 2004, depois de um debate com o professor Luis Roberto Barroso sobre o princípio da afetividade, de pamprincipiologismo [...]”. (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 149).

¹⁰⁹ FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas* – Belo Horizonte : Dialética, 2019. p. 268-269.

Constituição; princípio da confiança; princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente; princípio da afetividade; princípio da tempestividade; princípio da ubiquidade; princípio do fato consumado; princípio do deduzido e dedutível; princípio da instrumentalidade processual; princípio da delação impositiva; princípio protetor do Direito do trabalho; princípio da alteridade; princípio da humanidade; princípio da paternidade responsável etc.¹¹⁰

Como modo de criação de princípios despidos de um caráter deontológico, tomamos como exemplo prático o princípio da afetividade, que já se estabeleceu na doutrina e na jurisprudência do direito brasileiro como um princípio jurídico vinculado ao Direito de Família e derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, positivado na Constituição Federal.

Esse princípio, fabricado a partir de uma insuficiência ôntica das regras jurídicas, e sob forte influência da doutrina, demonstra, sem cerimônia, a interpretação do direito a partir de juízos morais, e quase sempre é empregado com uma linguagem pomposa, que é próprio, aliás, do seu “princípio mãe”, o da dignidade da pessoa humana¹¹¹.

Pois bem. A interpretação do direito a partir de uma moral individual do julgador, invocando o princípio da afetividade, pode ser vista na decisão da Turma Regional de Uniformização (TRU) dos Juizados Especiais Federais (JEFs) da 4ª Região, que no ano de 2015 julgou procedente pedido de uniformização, concluindo que em casos de coexistência de relação conjugal e extraconjugal (concupinato impuro), a pensão por morte deve ser dividida, e tanto a viúva como a concubina devem receber o benefício. O relator da decisão, juiz federal Marcelo Malucelli, afirmou em seu voto:

Quando se verificam presentes alguns pressupostos tais como a afetividade, a estabilidade e a ostentabilidade, é possível presumir a boa-fé da requerente, de maneira que em tais casos não há obstáculo ao

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2017. Esses princípios também são citados em STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 172-173.

¹¹¹ Em sentido oposto, e apresentando críticas aos juristas brasileiros adeptos à hermenêutica filosófica, Bruno Torrano afirma que a “afetividade” é um princípio jurídico implícito, e não um “pamprincípio”, e tem suas raízes não apenas no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, mas também no art. 227, *caput*, da Constituição Federal e no art. 3º da Lei n.º 8.069/90. Para o autor, a “afetividade” não pode ser confundida com o sentimento de afeto, atrelado a um sentimento moral, pois, na verdade, decorre de um “dever jurídico de cuidar”. Nesse sentido escreve o autor: “O princípio da afetividade, assim, não visa obrigar que um pai ame o seu filho, nem puni-lo pelo fato de não ser amado. Fizesse isso, estaria tentando entrar em um espaço que é, por natureza, ajurídico. Ame ou não, o que se tutela é um fato objetivo: a presença, a atenção, o cuidado.” (TORRANO, Bruno. *Democracia e Respeito à Lei: entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo e Pragmatismo*. – 2 ed. revista, modificada e ampliada. 1. Reimpressão. – Belo Horizonte : Fórum, 2019. p. 180).

reconhecimento de entidade familiar, no modelo estruturado sob a forma de concubinato¹¹².

Como se observa no voto acima, o princípio da afetividade foi fabricado pelo magistrado de forma descompromissada com a norma jurídica criada democraticamente, pois deixou ele de aplicar uma regra jurídica e tomou uma decisão que, em sua visão, foi a mais justa para o caso concreto, evidenciando que, na verdade, trata-se de mais uma entre tantas decisões judiciais solipsistas.

O mesmo tema - divisão da pensão por morte entre a viúva e a concubina – também serve de exemplo para demonstrar o quanto a fabricação de princípios é utilizada para justificar a prevalência da consciência do julgador no momento de proferir uma decisão, driblando as regras jurídicas, seja do plano infraconstitucional ou constitucional. Isto também ocorreu na decisão proferida pela 2ª Turma Especial do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que ao julgar recurso de agravo interno, autorizou o rateio de pensão por morte entre a viúva e concubina, invocando, para tanto, outros “pamprincípios”, como o princípio da equidade e o princípio da igualdade material, além do livre convencimento, que é a marca clássica do juiz solipsista, como se constata na ementa transcrita a seguir:

Ementa: I- A existência de impedimento para se casar por parte de um dos companheiros, como, por exemplo, na hipótese de a pessoa ser casada, mas não separada de fato ou judicialmente, obsta a constituição de união estável. II- Nossa sociedade se pauta nos princípios da monogamia, fidelidade e lealdade, que se encontram não apenas na ética ou na moral, mas que são imposições legais de nosso ordenamento jurídico. III- Circunstâncias especiais reconhecidas em juízo para que se divida, em definitivo, a pensão de morte entre a viúva e a concubina; pesando as circunstâncias fáticas e as de direito, concluo, com base na equidade, no livre convencimento e no princípio da igualdade material, pelo rateio da pensão no percentual de 70% para a esposa e 30% para a concubina. IV- Condenação a pagar os atrasados devidos a partir da suspensão do benefício. V- Agravo Interno parcialmente provido e Embargos Declaratórios prejudicados¹¹³.

Não é preciso empreender muito esforço para reconhecer que nem o Código Civil, ou qualquer outra Lei Federal, e muito menos a Constituição, autorizam a divisão de pensão por morte entre a viúva e a concubina que, nos casos acima, foi autorizado a partir da criação de princípios (afetividade, equidade e equiparação material) que serviram como um álibi

¹¹² BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (4ª REGIÃO). *Portal de notícias*. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11091. Acesso em 20. ago. 2022.

¹¹³ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (2ª REGIÃO). Agravo Interno n.º 2005.51.01.516495-7. 2ª Turma Especial. Relator: Desembargador Messod Azulay Neto. Disponível em: https://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:imI_Lm8AmDAJ:trf2nas.trf.net/iteor/TXT/RJ0108210/1/19/191635.rtf+&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8. Acesso em 21. ago. 2022.

para construção de decisões que ultrapassaram os próprios limites semânticos do texto legal¹¹⁴.

No final do ano de 2020 o Supremo Tribunal Federal trouxe uma luz de coerência e integridade sobre o tema, pois fixou tese, sob a sistemática da repercussão geral, impedindo o reconhecimento de novo vínculo quando preexistente casamento ou união estável de um dos conviventes, o que também impede, por consequência, a divisão de pensão por morte entre a concubina e a viúva¹¹⁵.

É importante notar que essa espécie de discricionariedade judicial, que se exterioriza a partir da criação de princípios jurídicos, contribui para a derrota do direito posto¹¹⁶, pois permite a extensão da interpretação e da aplicação do direito, fragilizando, sobremaneira, a autonomia do direito e a própria força normativa da Constituição.

Rafael Alem Mello Ferreira reforça que essa retórica de fabricação de princípios é sempre utilizada pelo julgador como argumento para solucionar os casos difíceis ou para corrigir as incertezas da linguagem, mas que acaba sobrepondo o decisionismo do julgador:

A fábrica de princípios é acionada sempre que se tem necessidade de um argumento para solucionar os intitulados “casos difíceis” ou para corrigir as incertezas da linguagem, atacando a legitimidade das decisões, pois sua fonte não seria democrática, e sim uma linguagem privada do julgador. A criação de princípios para resolver casos, ou seja, o uso retórico dos princípios, não apresenta nenhuma racionalidade, somente deixa claro o decisionismo do julgador¹¹⁷.

Criticando a discricionariedade e a confusão entre princípios e valores, Eros Grau afirma que essa desordem acarreta “a destruição da positividade do direito moderno pelos valores. Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso dos princípios e praticam – fazem-no cotidianamente! – controles de proporcionalidade e da razoabilidade

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito* – Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 151.

¹¹⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n.º 1045273. Tema n.º 529. Tese: “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5181220&numeroProcesso=1045273&classeProcesso=RE&numeroTema=529>. Acesso em 21 ago. 2022.

¹¹⁶ A expressão “direito posto” aqui aplicada se refere ao Direito Positivo ou positividade do Direito, no sentido aplicado e explicado por Miguel Reale: “*Direito Positivo*, como sendo o Direito que, em algum momento histórico, entrou em vigor, teve ou continua tendo eficácia. A positividade do Direito pode ser vista como uma relação entre vigência e eficácia [...]”. (REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 17).

¹¹⁷ FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas* – Belo Horizonte : Dialética, 2019. p. 270.

das leis”¹¹⁸.

É preciso ter atenção redobrada na atribuição de sentidos do julgador, principalmente na era do constitucionalismo principiológico, pois interpretar não significa que o julgador está autorizado a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”¹¹⁹, muito menos criar princípios para decidir conforme a sua consciência.

Por outro lado, a doutrina, que tem o papel de doutrinar e combater a discricionariedade judicial, não consegue devidamente constranger essa fábrica de princípios - derivada de uma compreensão equivocada de que os princípios proporcionam uma abertura interpretativa - e todo o seu *modus operandi* tão nefasto ao compromisso democrático que os julgadores têm, uma vez que esses “pseudoprincípios” acabam invadindo o direito por meio de valores fantasiados de princípios e, pouco a pouco, o direito vai perdendo a sua autonomia.

Outro exemplo que merece destaque acerca da forma errônea de como tem sido interpretado o direito brasileiro, à mercê de um protagonismo do julgador, é o chamado ativismo judicial, uma das espécies de discricionariedade que também contribui para o enfraquecimento da democracia¹²⁰.

Para compreender o fenômeno do ativismo judicial é preciso partir do tema da separação dos poderes - construção política criada pelo Barão de Montesquieu¹²¹ com o propósito de impedir a concentração de poderes e preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes.

Sem embargo, esta construção ideológica de tripartição dos poderes não se processa com rigidez e exclusividade a função denominada por cada órgão (Executivo, Legislativo e Judiciário), sendo salutar compreender a existência de um sistema de freios e contrapesos, como esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello:

¹¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 22.

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 167.

¹²⁰ Registre-se que o ativismo judicial e o pamprincipiologismo podem ser compreendidos como espécies do gênero discricionariedade, uma vez ambos decorrem de um “ato de vontade” do intérprete. No entanto, convém ressaltar, como já abordado no presente trabalho, que o termo pamprincipiologismo refere-se a um “ato de vontade” para justificar a discricionariedade por meio da criação de princípios, podendo o fenômeno ser referido até mesmo como um “ativismo judicial principiológico”.

¹²¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Esta solução normativa de estabelecer contemperamentos resultaria, ao menos no início, de explícito propósito de compor os chamados “freios e contrapesos”, mecanismo por força do qual atribuindo-se a uns, embora restritamente, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se promover um equilíbrio melhor articulado entre os chamados “poderes”, isto é, entre os órgãos do Poder, pois, na verdade, o Poder é uno¹²².

Mesmo com um equilíbrio articulado, é natural que ocorra uma relação conflituosa e competitiva entre os poderes da república, e quando há a extrapolação e o protagonismo do Poder Judiciário, podemos dizer que estamos diante do ativismo judicial. É nesse sentido, portanto, que é possível afirmar que o ativismo judicial se sintetiza “como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”¹²³.

Essas características do ativismo judicial - supremacia e ausência de competência do Poder Judiciário - se revelam, na prática, em uma falta de compromisso do julgador com o processo interpretativo, uma vez que ele não orienta o seu juízo no caso concreto pela lei, mas por um ato de vontade, existindo uma verdadeira desconexão conceitual entre o juiz e a lei, e nem sequer os limites semânticos do texto legislativo são capazes de frear o protagonismo do julgador. Ou seja, no ativismo judicial, a interpretação excede a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação.

No parágrafo acima, é possível perceber que a expressão ativismo judicial está vinculada a dois termos já trabalhados no presente trabalho, e que remetem a Hans Kelsen: o “ato de vontade” e a “moldura do texto”. Isso, obviamente, não é por acaso, pois pode-se dizer que o ativismo judicial, como ato de vontade e escolha, e até mesmo desejo do julgador, é, na contemporaneidade, justamente a reprimenda (ou continuação) do velho problema da indeterminação da linguagem apresentado por Kelsen, pois abrange um aspecto volitivo do julgador que necessariamente conduz à discricionariedade judicial.

Um outro aspecto que merece destaque na interpretação de o que é o fenômeno do ativismo judicial na contemporaneidade, reside, em tempos de Estado Pós-Democrático¹²⁴, no

¹²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito administrativo*. 19ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 28.

¹²³ TASSINARI, Clarissa. *Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário*. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador, Bahia: Editora JusPodivm, 2019. p. 157.

¹²⁴ Segundo Casara, por Estado Pós-Democrático “entende-se um Estado sem limites rígidos ao exercício do poder, isso em um momento em que o poder econômico e o poder político se aproximam, e quase voltam a se identificar, sem pudor. No Estado Pós-Democrático a democracia permanece, não mais com conteúdo substancial e

que Rubens Casara denomina de julgador “populista judicial”, isto é, o julgador cujo “desejo de agradar ao maior número de pessoas possível através de decisões judiciais como forma de democratizar a justiça aos olhos da população, mesmo que para tanto seja necessário afastar direitos e garantias previstos no ordenamento”¹²⁵.

Como se verá mais adiante, esses problemas de interpretação da teoria do direito contemporâneo, em que se situam o ativismo judicial e o pamprincipiologismo, derivam da não recepção da virada linguística hermenêutica, capitaneada por Heidegger e Wittgenstein. Essa ruptura paradigmática deveria ter provocado uma grande influência no direito, que, no entanto, não ocorreu, uma vez que o direito ainda é interpretado a partir de uma subjetividade inerente ao paradigma da filosofia da consciência, do esquema sujeito-objeto¹²⁶ e, pelo modo como as coisas andam em *terrae brasilis*, ainda há uma longa estrada a ser percorrida para o direito se conectar ao paradigma da filosofia hermenêutica.

Enquanto os juristas brasileiros não superarem o velho paradigma da filosofia da consciência, que ainda persiste na “filosofia no direito”, os problemas que dela derivam continuarão a reduzir a “complexíssima questão do ‘ato de julgar’ à *consciência do intérprete*, como se o ato (de julgar) devesse apenas ‘explicações’ a um, por assim dizer, ‘tribunal da razão’ ou decorresse de um ‘ato de vontade’ do julgador”¹²⁷, em que faz morada o ativismo judicial e tantas outras espécies de discricionariedades.

Lenio Streck critica o modo como vem sendo empregado no Brasil o termo ativismo judicial, em decorrência do estado de profundo impasse teórico que impera na doutrina, afirmando que “o termo *ativismo judicial* vem sendo empregado no Brasil de um modo *tabula rasa*”¹²⁸. E com razão, pois o termo ativismo judicial, além de se referir a abertura à discricionariedade judicial, ou seja, a um ato de vontade do Poder Judiciário – como está sendo abordado na presente pesquisa – passou a se fragmentar no direito brasileiro em decorrência de

vinculante, mas como mero simulacro, um elemento discursivo apaziguador”. (CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 23).

¹²⁵ CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 131-132.

¹²⁶ Para Bruno Aguiar Santos, o “[...] ativismo judicial e esquema sujeito-objeto são irmãos protagonistas para o neoconstitucionalismo”. (SANTOS, Bruno Aguiar. *Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio*. 2ª edição revista e ampliada – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 125-126).

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêuticos-processuais dos Códigos. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2017. p. 18.

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso* – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 83.

uma constante vinculação entre direito e política. É possível elencar, por exemplo, além da “abertura à discricionariedade judicial”, as seguintes abordagens de compreensão sobre o termo: a) em decorrência do poder de revisar atos dos demais poderes (controle de constitucionalidade); b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário, decorrente do maior volume de ações judiciais (neste caso se configuraria muito mais a judicialização da política do que ativismo judicial); c) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, entre outras¹²⁹.

Por isso, um ponto importante para compreender o ativismo judicial é saber diferenciá-lo da judicialização da política, fenômeno que também decorre da atividade jurisdicional, mas que tem raízes no contexto social, político e econômico. Ou seja, ao contrário do que se compreende por ativismo judicial, a judicialização da política não é resultado da atuação de juízes e tribunais¹³⁰.

Quem apresenta muito bem uma definição sobre a judicialização da política é Clarissa Tassinari, ao afirmar que o fenômeno é uma questão social, e não depende da vontade do órgão judicante:

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos¹³¹.

Ainda sobre o tema, Lenio Streck observa que a judicialização da política é um fenômeno inevitável e contingencial¹³², e está mais ligado ao mau funcionamento das instituições do que a um comportamento pessoal do julgador, e que se reflete justamente na

¹²⁹ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19.

¹³⁰ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 32.

¹³¹ TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 2012. 139f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2012. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 26 ago. 2022.

¹³² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso* – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 87. Também em STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar de direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. – 1. ed. – Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 16.

cultura judicante que predomina no Brasil, podendo ser ruim ou não para a democracia, até porque, em algumas situações, para garantia dos direitos fundamentais a jurisdição constitucional deve agir de modo agressivo.

Já o ativismo judicial se assemelha a uma espécie de corrupção entre os Poderes, pois o Poder Judiciário extrapola os limites de sua atuação, utilizando-se de critérios não jurídicos que decorrem da vontade do intérprete¹³³. O ativismo judicial, portanto, “sempre é ruim para a Democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública”¹³⁴.

Como ressalta Bruno Aguiar Santos, o ativismo judicial não é um fenômeno que resulta de um novo paradigma sociopolítico ou constitucional, mas, sim, de um individualismo do julgador que vincula à moral e a política em suas decisões:

O ativismo judicial é menos e mais do que isso. É menos, porque é uma conduta individual – ainda que baseada em uma cultura vascularizada; é mais porque é resultado do individualismo exacerbado de nossa época, aliado ao moralismo tentacular que preda o direito – enfim, fruto do subjetivismo de uma vulgata da filosofia da consciência (Streck). Não é o aumento da horizontalidade das competências do Poder Judiciário e sua consequente maximização de demandas com conteúdo político, mas a introjeção da moral e da política na fundamentação das decisões jurídicas¹³⁵.

Apesar da diferença existente entre esses dois fenômenos, há decisões judiciais que podem, em um primeiro momento, serem identificadas pelo fenômeno da judicialização, mas, na verdade, demonstram uma postura ativista. Isto pode ser observado nas decisões que envolvem o direito à saúde, a partir da qual se busca concretizar como um direito fundamental, cuja decisão pode ser fruto do fenômeno da judicialização, mas, para que o direito seja concretizado, o julgador acaba extrapolando os limites de sua atuação, exercendo uma postura ativista.

Para elucidar essa situação, podemos nos valer do seguinte exemplo, ainda que hipotético: imaginemos que, em razão da ineficiência do Estado, o direito à saúde de um cidadão não foi concretizado. Por essa razão, o Poder Judiciário, uma vez provocado, pode concretizar esse direito (fornecimento de medicamentos, realização de cirurgias, tratamentos

¹³³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso* – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 87.

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar de direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. – 1. ed. – Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 16.

¹³⁵ SANTOS, Bruno Aguiar. *Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio*. 2ª edição revista e ampliada – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 131.

etc.). No entanto, se para isso houver a necessidade de consumir um terço do orçamento do município, estamos diante de um caso de judicialização da política que se transformou em ativismo judicial¹³⁶.

Na verdade, há uma linha tênue que separa a judicialização da política do ativismo judicial, não sendo raros os autores que acabam confundindo esses fenômenos. Por isso, em tempos de pós-positivismo, e dentro de um sistema político-social-jurídico como o brasileiro, pelo qual os fenômenos coexistem, é de fundamental importância saber compreendê-los e diferenciá-los.

Outro ponto relevante que também necessita de atenção para compreender o ativismo judicial, está no fato de que o ativismo não é um fenômeno que ocorre apenas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal¹³⁷, mas se estende a todos os órgãos judicantes e pode ser identificado nas inúmeras decisões *contra legem* que assolam o Poder Judiciário cotidianamente, das quais sequer se fica sabendo¹³⁸.

Apenas para elucidar essas inúmeras decisões cotidianas, podemos citar uma decisão judicial relacionada ao artigo 891 do Código de Processo Civil. O referido dispositivo legal estabelece que para a alienação de bens em leilões judiciais não será aceito lance que ofereça preço vil. O parágrafo único do mesmo artigo é que define o que se entende por preço vil, e tem a seguinte redação: “considera-se preço vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante no edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação”¹³⁹.

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar de direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. – 1. ed. – Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 18.

¹³⁷ Nos últimos tempos, grande parte da imprensa brasileira tem feito críticas as diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, taxando-o de atuar de forma ativista. No entanto, na maioria das vezes os argumentos utilizados para criticar o suposto ativismo judicial da Suprema Corte estão relacionados mais ao conteúdo de algumas decisões, que desagradam seus críticos, do que efetivamente a prática do ativismo judicial.

¹³⁸ Para Bruno Torrano, o mero afastamento da lei pelo juiz não pode, necessariamente, ser considerado ativismo judicial. Apesar de não concordarmos com o autor, convém trazer o seu posicionamento e o exemplo por ele apresentado: “Há decisões que se afastam da lei que não podem ser consideradas ativistas. É dizer, um magistrado pode afastar-se do texto da lei por fatores que não tem a ver, diretamente, com o fenômeno do ativismo. Pode ocorrer, por exemplo, de o magistrado ser novato na Comarca em que foi designado e não estar a par da matéria sobre o qual tem de decidir. Nesses casos, embora tenha vontade de aplicar o direito, e até acredite estar seguindo o que a lei exige, o magistrado não possui conhecimento técnico necessário para tanto”. (TORRANO, Bruno. *Democracia e Respeito à Lei: entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo e Pragmatismo*. – 2 ed. revista, modificada e ampliada. 1. Reimpressão. – Belo Horizonte : Fórum, 2019. p. 302).

¹³⁹ “Art. 891. Não será aceito lance que ofereça preço vil. Parágrafo único. Considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação”. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código

Pois bem. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar recurso de agravo de instrumento no qual uma das partes suscitava a nulidade da arrematação de bem imóvel por preço vil, entendeu que, mesmo que um bem imóvel tenha sido arrematado por preço vil (no caso o bem foi arrematado por preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante no edital) ou seja, contra a lei, não é o caso de declarar nula a arrematação. Ao enfrentar o caso, o relator do recurso, desembargador Valdez Leite Machado, assim se manifestou:

[...] Ocorre que embora o magistrado de origem tenha fixado o limite da arrematação ao mínimo de 60% do valor da avaliação, referidas circunstâncias não podem resultar na nulidade de plano do ato, à luz das particularidades de cada caso¹⁴⁰.

Percebe-se que estamos diante de um caso explícito de ativismo judicial, e situações como essa nos levam a compartilhar os questionamentos há tempos precedidos por Lenio Streck, como: o que é um texto jurídico, afinal? O direito é o que o Judiciário diz que ele é?¹⁴¹ E mais, “à luz das particularidades de cada caso”, é possível escolher em quais casos pode-se decidir *contra legem*?

No fundo, a questão que se coloca sobre o ativismo judicial é que esse fenômeno “significa a ausência de uma Teoria da Decisão e uma substituição da vontade do Direito pela vontade do julgador”¹⁴², o que provoca um estado de insegurança que se enraizou no judiciário brasileiro, que se desemboca em um problema democrático, pois todo o protagonismo do julgador, que demonstra falta de limites no processo interpretativo, prejudica o Estado Democrático de Direito. E, convenhamos, “em uma democracia quem faz escolhas é o Poder Executivo, e não o Judiciário”¹⁴³.

2.3. A TENSÃO (IN)EXISTENTE ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 2 set. 2022).

¹⁴⁰ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Agravo de Instrumento n.º 1.0000.22.009362-9/001. Voto do desembargador relator Valdez Leite Machado. Disponível em: <https://www8.tjmg.jus.br/themis/baixaDocumento.do?tipo=1&numeroVerificador=100002200936290012022109597>. Acesso em 02 set. 2022.

¹⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar de direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. – 1. ed. – Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 21.

¹⁴² FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte : Dialética, 2019. p. 278-279.

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 484.

Em uma primeira análise, é possível identificar a existência de uma tensão entre democracia e constitucionalismo. Isso se revela com o próprio surgimento da Constituição, pois, do mesmo modo que ela surgiu para conter o poder absoluto, também se transformou em um mecanismo para conter o poder das majorias¹⁴⁴.

O fato é que essa sensível tensão, que se tornou mais aparente em países periféricos como o Brasil a partir do Constitucionalismo Contemporâneo - que se estabeleceu com as transformações ocorridas no direito após a Segunda Guerra Mundial e posteriormente por aportes constitucionais europeus vinculados a força normativa da constituição (Konrad Hesse¹⁴⁵) e a um constitucionalismo dirigente (J. J. Gomes Canotilho¹⁴⁶) – contribuiu para a abertura de um protagonismo do Poder Judiciário.

Esse protagonismo judicial passa a ser cada vez mais pujante no Brasil no paradigma do neoconstitucionalismo, principalmente em razão da equivocada recepção desse “novo mundo constitucional” que transformou o direito em valores, pois, como ressalta Lenio Streck: “transformar o Direito em valor ou aderir à tese de que princípios são valores é tornar o Direito em um ato de vontade”¹⁴⁷.

Outro ponto relevante para compreender o protagonismo do Poder Judiciário está na errônea compreensão da influência que a teoria substancialista-material da Constituição tem provocado em *terrae brasilis*, que de modo algum pode ser entendido como uma licença a prática do ativismo judicial ou qualquer outra espécie de discricionariedade.

O conteúdo compromissório e dirigente da Constituição, abrangido pela teoria substancialista, não se resume apenas a garantir o existente, mas também decorre da necessidade de concretização dos direitos fundamentais, como bem observa Gilberto Bercovici: “No fundo, a concepção de Constituição Dirigente para Canotilho está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito. Seu sentido, seu objetivo é o de dar força e substrato jurídico para a mudança social”¹⁴⁸. Ou seja, por meio de um “instrumentalismo

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso* – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 111.

¹⁴⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Fabris, 1991.

¹⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 146.

¹⁴⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 35.

constitucional”¹⁴⁹ passou-se a acreditar na possibilidade de transformar a sociedade por meio dos dispositivos constitucionais como proteção e efetivação do extenso rol de direitos fundamentais. Ocorre que, quando as ações políticas não tutelam esses direitos, é justamente no Poder Judiciário que os cidadãos buscam a concretização das promessas não cumpridas, fomentando, na prática, uma maior judicialização da política, e não um ativismo judicial, que, como visto, engloba um ato de vontade e corresponde a uma das espécies de discricionariedade judicial. Nesse aspecto, de maneira conclusiva esclarece Lenio Streck:

Parece não haver dúvida de que as teorias materiais da Constituição reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais a serem concretizados, o que, a toda evidência – e não há como escapar dessa discussão – traz à baila a questão da legitimidade do Poder Judiciário (ou da justiça constitucional) para, no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes, implementar essa missão, que implica uma maior judicialização da política e não na discricionariedade judicial, já que esta última sempre deve ser observada como um problema de atuação ativista por parte do Poder Judiciário, ao ponto de causar graves prejuízos à democracia brasileira por meio de decisões voluntaristas. A judicialização da política não é um problema em si. O maior problema diz respeito aos critérios utilizados pelo Judiciário para julgar aquilo que foi judicializado¹⁵⁰.

Partindo do pressuposto que a tese do constitucionalismo dirigente – entendido como aquele que define fins e objetivos ao Estado e a sociedade - contribui para a prática da judicialização da política de forma prejudicial à democracia, Bruno Torrano apresenta acentuada crítica a renomada tese de Canotilho, pois, segundo o autor, o fenômeno da judicialização da política ocorre justamente pelo fato de o pós-positivismo brasileiro ter acolhido a tese da constituição dirigente em detrimento de um planejamento econômico. Desse modo, a judicialização da política passa a ser um fenômeno prejudicial à democracia, pois, apesar de não estar vinculada a uma questão de vontade do julgador, a tese do constitucionalismo dirigente possibilita o fenômeno da judicialização da política “a qualquer preço” para concretizar os direitos fundamentais, mesmo que isso cause prejuízo a política econômica, havendo, assim, uma verdadeira invasão do Poder Judiciário nos outros poderes. O autor ressalta, por exemplo, que a “tutela dos direitos sociais só pode ser alcançada mediante planejamento econômico centralizado”¹⁵¹, e não por meio de decisões judiciais que

¹⁴⁹ BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza. (Org. et al.). *Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 77. Ver também: BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 9-10.

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso* – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 119.

¹⁵¹ TORRANO, Bruno. *Democracia e Respeito à Lei: entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo e Pragmatismo*. – 2 ed. revista, modificada e ampliada. 1. Reimpressão. – Belo Horizonte : Fórum, 2019. p. 299.

têm como pano de fundo o constitucionalismo dirigente.

Se compreendido como um padrão capaz de invalidar quaisquer leis ou emendas constitucionais, a tese do Dirigismo Constitucional manifesta-se como uma doutrina de moralidade política que serve para *corrigir* o direito posto à luz de convicções pessoais ou grupais acerca da desejabilidade da intervenção estatal na economia¹⁵².

Em contrapartida, no paradigma do Estado Democrático de Direito, esse protagonismo do Judiciário pressupõe um rigoroso controle das decisões judiciais, no intuito de “limitar os espaços de arbítrio”¹⁵³, sob pena, inclusive, de se contribuir para a falta de limitação do poder e, por conseguinte, comprometer a democracia, pois, como bem lembra Rafael Alem Mello Ferreira, “não existe Estado Democrático de Direito sem controle de poder”¹⁵⁴, ideia essencial que permeia o constitucionalismo e sua própria condição de possibilidade¹⁵⁵.

Ainda sob a égide do Estado Democrático de Direito, a necessidade de se colocar “limites” legais ao exercício do poder, e em especial do Poder Judiciário, manifesta-se justamente na impossibilidade de protagonismos dos magistrados, como se vê em decisões judiciais discricionárias, que, nesta quadra da história, acabaram se constituindo como um perfil institucional da política interna adotada pelo Poder Judiciário¹⁵⁶, mas que se mostram essencialmente antidemocráticas e incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, uma vez que a democracia e seus avanços passam a depender de posições individuais do julgador, que deixa de aplicar o artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988, ao determinar que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”¹⁵⁷, cuja importância é dizer que a fundamentação das decisões judiciais constitui um direito fundamental do cidadão à obtenção de respostas adequadas à Constituição.

¹⁵² TORRANO, Bruno. *Democracia e Respeito à Lei: entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo e Pragmatismo*. – 2 ed. revista, modificada e ampliada. 1. Reimpressão. – Belo Horizonte : Fórum, 2019. p. 299-300.

¹⁵³ CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 20.

¹⁵⁴ FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte : Dialética, 2019. p. 170.

¹⁵⁵ Nesse sentido ressalta Lenio Streck: “A Constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque possui valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e majorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro. *Esta, aliás, é a sua própria condição de possibilidade*”. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso* – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 115).

¹⁵⁶ SILVA, Marina Helena Vieira da. *A decisão antes da decisão: neopositivismo e a crítica hermenêutica do direito no Brasil do início do século XXI*. 2021. 205f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2021. p. 137.

¹⁵⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 maio 2023.

Por mais que o senso comum espere que o Poder Judiciário atue no ponto final da linha democrática, como criador de políticas públicas não concretizadas pelo Poder Executivo, no plano do Estado Democrático do Direito essa é uma delegação que não cabe ao Poder Judiciário, pois não é sua função criar políticas públicas. O mais próximo disso é o cumprimento de sua função regulamentadora, ou seja, o Poder Judiciário age de forma contingencial – por isso é necessário compreender a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial – e tem a função de controlar a legalidade constitucional e, nesse âmbito, pode apenas determinar que o Poder Executivo execute políticas públicas para que então se concretize os direitos fundamentais. Portanto, para que fique bem claro, não pode o Poder Judiciário “fazer justiça com as próprias mãos” e criar políticas públicas a golpe de caneta.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 permitiu uma plêiade de possibilidades do poder regulador do Judiciário, permitindo que o Supremo Tribunal Federal não só mantivesse a sua competência tradicional, com algumas restrições, mas também novas e significativas atribuições, especialmente em relação ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle de omissão inconstitucional¹⁵⁸, poderes estes que também visam concretizar os direitos fundamentais, até porque, a Constituição, no cumprimento da função social do direito, tem a tarefa de proteger os direitos já conquistados e os futuros, como um mecanismo de transformação da sociedade¹⁵⁹, condição de possibilidade e uma das principais características de uma Constituição dirigente e compromissória.

No entanto, esse poder regulamentador do judiciário é uma questão diferente de saber como e quando os julgadores podem exercê-lo¹⁶⁰, até porque, a atuação propositiva do Poder Judiciário “não pode ser confundido com decisionismos e atitudes pragmatistas, em que o Judiciário se substitui ao legislador, com o aumento desmesurado dos protagonismos judiciais”¹⁶¹, pois a Constituição não é uma carta em branco que permite interpretações voluntaristas e fora dos limites semânticos do texto constitucional e dos textos legislativos¹⁶².

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 1.033.

¹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 68-69.

¹⁶⁰ TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à Lei: entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismos e Pragmatismo*. 2. ed. revista, modificada e ampliada. Belo Horizonte : Fórum, 2019. p. 286.

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso* – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 77.

¹⁶² Nesse sentido esclarece Bruno Torrano: “A Constituição que atribui aos juízes e Tribunais a possibilidade de declarar, de forma abstrata ou concreta, a inconstitucionalidade de leis é a mesma Constituição que demonstra relevante e inafastável preocupação com os aspectos qualitativos das decisões judiciais”. (TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à Lei: entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismos e Pragmatismo*. 2. ed. revista, modificada e ampliada. Belo Horizonte : Fórum, 2019. p. 286).

Entretanto, mesmo com todos esses mecanismos à disposição, é possível perceber que há uma crise no cumprimento e efetivação dos direitos fundamentais no sistema judiciário brasileiro, que revelam uma crise do Estado de bem-estar social e do Constitucionalismo Contemporâneo, fato que também se origina porque a função social do direito no Brasil ainda se estabelece no plano individualista de produção do direito, onde as transformações sociais, as quais o direito deveria acompanhar de perto, se revelam em um plano secundário e coadjuvante, evidenciando um descompasso entre um e outro, como esclarece José Ribas Vieira:

a crise do Judiciário deriva do descompasso existente entre sua atuação e as necessidades sociais, considerando-se totalmente insuficiente a afirmação formal da existência de determinados direitos, uma vez que o Direito só tem existência a partir de uma agência coativa disposta a aplicar as normas jurídicas¹⁶³.

Apesar de todos esses apontamentos, positivos e negativos sobre democracia e constitucionalismo, é necessário compreender, acima de tudo, que a Constituição foi destinada ao exercício do regime democrático, pois é a ideia de limitação de poder que garante que o próprio regime democrático se sustente. É por conta da função contramajoritária, derivada da teoria substancialista da Constituição, que se vislumbra a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais é condição de possibilidade para a validade da Constituição, razão pela qual Lenio Streck defende a tese de que não há incompatibilidade ou tensão entre democracia e constitucionalismo, ou seja, ambos se completam nos limites da própria Constituição:

Nesse contexto, e levando em conta o forte conteúdo contramajoritário presente nas decisões advindas da jurisdição constitucional, é que sustento a tese da absoluta possibilidade de convivência entre democracia e constitucionalismo. Mais do que isso, a Constituição, nesta quadra da história, a partir da revolução copernicana que atravessou o direito público depois do segundo pós-guerra, *passa a ser* – em determinadas circunstâncias – *condição de possibilidade do exercício do regime democrático*[...] ¹⁶⁴.

Todo o paradoxo existente entre democracia e constitucionalismo contribuiu para a construção do Estado Democrático de Direito por meio da jurisdição constitucional, do qual advém as regras contramajoritárias previstas na Constituição que possibilitam à concretização dos direitos fundamentais e abarcam a própria noção de democracia, ou, como observa Gustavo Binenbojm, em referência a Vital Moreira: “a existência de uma jurisdição

¹⁶³ VIEIRA, José Ribas. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1980. p. 111.

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso* – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 114.

constitucional parece ter-se tornado hodiernamente, na observação de Vital Moreira, um requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos”¹⁶⁵.

Por fim, é importante ter em mente duas conclusões importantes para encerrar a compreensão do presente capítulo: o primeiro é que, quando falamos em regimes democráticos, devemos nos lembrar que sempre haverá algum grau de judicialização da política a objurgar uma tensão entre democracia e constitucionalismo. A segunda, e mais importante, é que esse tensionamento – se é que existe - não pode servir de pretexto para a prática de decisionismos, pois Estado Democrático de Direito e discricionariedade judicial são coisas absolutamente incompatíveis.

3. A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E SEUS DIÁLOGOS COM A FILOSOFIA HERMENÊUTICA DE HEIDEGGER, A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER E A HERMENÊUTICA POLÍTICA DE DWORKIN

O presente capítulo tem como objetivo explicitar a estrutura conceitual da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) a partir de seus diálogos com a filosofia hermenêutica de Heidegger, com a hermenêutica filosófica de Gadamer e, no plano da teoria da decisão judicial, com a hermenêutica política de Dworkin.

O discurso dogmático-jurídico dominante do direito no Brasil induz os operadores a interpretar o direito por meio da exegese dos textos legais; ou, o que é pior, para romper essas posturas, o intérprete aposta no subjetivismo, decidindo conforme a sua consciência, em desrespeito ao Estado Democrático de Direito¹⁶⁶.

¹⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 8.

¹⁶⁶ Nesse sentido aponta Lenio Streck: “[...] na medida em que o direito trata de relações de poder, tem-se, na verdade, em muitos casos, uma mixagem entre posturas ‘formalistas’ e ‘realistas’, isto é, por vezes, a ‘vontade da lei’ e a ‘essência da lei’ devem ser buscadas com todo vigor; em outras, há uma ferrenha procura pela solipsista ‘vontade do legislador’; finalmente, quando nenhuma das duas orientações é ‘suficiente’, põe-se no topo a ‘vontade do intérprete’, colocando-se em segundo plano os limites semânticos do texto, fazendo soçobrar até mesmo a Constituição. O resultado disso é que aquilo que começa com (um)a subjetividade ‘criadora’ de sentidos (afinal, quem pode controlar a ‘vontade do intérprete’?, perguntariam os juristas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um ‘mundo jurídico’ em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém...! Enfim, o triunfo do sujeito solipsista, o *Selbstsüchtiger*”. (STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ - Eletrônica*, vol. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em 10 out. 2022).

Com efeito, a CHD dialoga com algumas correntes linguístico-filosóficas-hermenêuticas, privilegiando as apresentadas por Heidegger, Gadamer e Dworkin¹⁶⁷, que possibilitam condições para superar o paradigma da filosofia da consciência, cujo sujeito solipsista se apresenta.

É a partir desses aportes teóricos, que pressupõem um resgate hermenêutico da interpretação, que se inicia o caminho para a construção de decisões judiciais corretas no direito, ou melhor, adequadas à Constituição.

3.1.0 MÉTODO FENOMENOLÓGICO HERMENÊUTICO COMO MATRIZ FILOSÓFICA PARA A CONSTRUÇÃO DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

A afirmação de Lenio Streck de que “temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. Podemos dizer, então, que estamos condenados a interpretar”¹⁶⁸, ganha ainda mais relevância quando falamos da interpretação das normas jurídicas, pois, na medida em que têm que ser aplicadas, necessariamente precisam ser compreendidas, ou seja, sem compreensão não há interpretação e não há explicitação.

Falando-se em interpretação, é imprescindível compreender a mudança paradigmática que ocorreu com a passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem e suas interferências no campo do direito. Essa “virada linguística”, ou “giro-ontológico-linguístico”, provocou uma ruptura com o paradigma da subjetividade¹⁶⁹, pelo qual o conhecer é entendido como uma relação entre sujeito e objeto, e se desenvolveu por diversos caminhos.

¹⁶⁷ Além dos aportes da filosofia de Heidegger e Gadamer, e da hermenêutica política de Dworkin, a Crítica Hermenêutica do Direito “também recebeu muitas influências do pensamento de Luis Alberto Warat, em especial de sua crítica ao senso comum teórico”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, jurisdição e decisão* : diálogos com Lenio Streck. 2ª ed. ampl. e rev. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2020. p. 102).

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. – Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 91. Também em: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 277.

¹⁶⁹ Nas palavras de Leonardo Zehuri Tovar: “O movimento do giro-linguístico consagrou um novo paradigma para a filosofia. Isto porque, antes concebida como uma terceira via que liga o sujeito ao objeto, passou a ser notada como o fundamento de todo o pensar”. (TOVAR, Leonardo Zehuri. *Teoria do Direito e decisão judicial*: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 192-193). Lenio Streck se refere ao acontecimento da virada ontológica-linguística como o raiar da nova possibilidade de construção de sentidos, e esclarece: “Assim, a novidade é que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos

Nesse contexto, é relevante destacar a importância da linguagem para o neopositivismo lógico do Círculo de Viena, com o qual a problemática da linguagem passou a ser objeto de semiótica (sintaxe, semântica e pragmática), a partir de um rigor linguístico caracterizado pelo conteúdo científico da linguagem, até porque, como adverte Luis Alberto Warat: “onde não há rigor linguístico não há ciência”¹⁷⁰.

Partindo da construção da linguagem como um conteúdo científico, o neopositivismo lógico passou a ter duas grandes ordens de problemas a partir da semiótica: a sintaxe, que é a relação entre os signos, e a semântica, que é a forma pelo qual as palavras se aplicam aos objetos, e tem como função compreender a verdade dos enunciados, uma vez que a verdade se estabelece como condição de procedibilidade de um enunciado. Ou seja, “um enunciado não será semanticamente significativo se não for empiricamente verificável. Não têm sentido os enunciados que extrapolam as fronteiras do plano fático”¹⁷¹.

No direito, a compreensão da verdade dos enunciados foi estabelecida por Kelsen a partir da preocupação sintática do neopositivismo lógico, que, aliás, possibilitou as condições para a construção de sua teoria pura do direito¹⁷² como forma de “superar” o positivismo exegetic.

Um ponto importante que possibilitou a virada linguística ocorreu através da filosofia de Wittgenstein, mais precisamente a partir da “segunda fase” de sua filosofia, partindo do pressuposto de que não há um mundo em si, separado da linguagem, mas, sim, um mundo na linguagem. Para Wittgenstein, “a linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento”¹⁷³, proposição que se aproxima muito de Heidegger, como será visto adiante.

Toda essa compreensão da linguagem, como condição de possibilidade do conhecimento, estrutura-se a partir dos “jogos de linguagem”, conceito central da obra

no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm a mão”. (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2017. p. 17).

¹⁷⁰ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 37.

¹⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 241.

¹⁷² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 166.

¹⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 244.

Investigações Filosóficas, de Wittgenstein¹⁷⁴. O autor compara a linguagem com um jogo de xadrez, como se cada palavra fosse uma peça ou uma jogada, ao passo que, para compreender uma palavra, é necessário saber como ela funciona dentro de um jogo. Ou melhor, para compreender a linguagem é fundamental entender o modo de usá-la, pois o significado de uma palavra depende de seu lugar no contexto do jogo de linguagem. Como ressalta Urbano Zilles: “para entender uma peça de xadrez deve entender-se o jogo em seu conjunto, suas regras e o papel da respectiva figura. Coisa semelhante acontece com as palavras”¹⁷⁵.

Uma palavra torna-se significativa por lhe caber determinada função num jogo de linguagem, sendo usada de maneira determinada para um determinado fim. Para entender o significado de uma palavra deverá entender-se, pois, seu uso. Assim, o significado de uma flecha numa placa de trânsito na calçada à beira de uma rua, indica, por uso convencionado, uma direção¹⁷⁶.

Assim, a significação de uma palavra não depende mais de uma ordenação isolada do indivíduo sobre um determinado objeto a partir de seu livre-arbítrio, mas, sim, por meio de regras que ele estabeleceu dentro de um contexto social juntamente com outros indivíduos.

Por outro lado, não se pode compreender a virada linguística somente no sentido de que, a partir dela, os problemas da filosofia passaram a ser essencialmente de natureza linguística. Mais do que isso, “existe a descoberta de que, para além do elemento lógico-analítico, pressupõe-se sempre uma dimensão de caráter prático-pragmático”¹⁷⁷. Na verdade, a virada linguística “é o raiar da nova possibilidade de constituição de sentido”¹⁷⁸, que se revela no poder de transformação da linguagem na compreensão dentro de uma estrutura social (Wittgenstein) e no modo de ser no mundo (Heidegger). Aqui, mais uma vez é necessário buscar socorro em Streck, quando afirma que: “é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não a consciência de si do pensamento pensante). O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que *o que morre é a subjetividade ‘assujeitadora’, e não o sujeito da relação de objetos*”¹⁷⁹.

¹⁷⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

¹⁷⁵ ZILLES, Urbano. *O racional e o mítico em Wittgenstein*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 1991. p. 58.

¹⁷⁶ ZILLES, Urbano. *O racional e o mítico em Wittgenstein*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 1991. p. 58.

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2017. p. 14.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 161.

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2017. p. 15.

Neste momento, faz-se necessário compreender a importância da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger para desvelar o complexo problema filosófico acerca das condições de possibilidade do conhecimento e da compreensão¹⁸⁰.

Heidegger também se preocupa com a linguagem, ao ponto de colocá-la como uma das estruturas de sua filosofia hermenêutica, até mesmo como condição de possibilidade para a compreensão do ser-aí, ainda que isso se dê em uma segunda fase de sua filosofia.

Para o filósofo alemão, as proposições sistemáticas da metafísica ocidental eram incapazes de compreender o sentido autêntico da existência do ser¹⁸¹, o que o levou a estabelecer uma preocupação e interrogação íntima com o ser, ou melhor, com o sentido do ser, construindo, assim, uma espécie de dimensão hermenêutica de si mesmo¹⁸².

Apesar de se sustentar na fenomenologia de Edmund Husserl - que reduziu a filosofia ao seu começo fundador, mas não como uma ciência rigorosa descritiva, e, sim, explicativa, onde o ser é o ser da consciência¹⁸³ - Heidegger trilha um novo caminho e estabelece a sua própria hermenêutica fenomenológica, que caracteriza toda a sua ontologia fundamental¹⁸⁴.

O método fenomenológico proposto por Heidegger pressupõe uma preliminar compreensão do ser para que se tenha uma compreensão do sentido do ente, e esse modo de compreensão do ser é estabelecido pela facticidade, que é proposta por Heidegger a partir de

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 259.

¹⁸¹ MACDOWELL, J. A. *A gênese da ontologia fundamental de Martin Heidegger: ensaio de caracterização do modo de pensar de Sein und Zeit*. São Paulo: Editora Herder, 1970. p. 125.

¹⁸² Nesse sentido, escreveu Lenio Streck que “foi isso justamente que se tornou tão importante para Heidegger, porque, de baixo da práxis, tinha que ser colocada uma outra camada fundamental, a ontologia fundamental, que é aquela que possibilita qualquer tipo de conhecimento, qualquer tipo de fundamentação, mas que, ela mesma, enquanto fundamental, o era em sentido muito próprio, simplesmente porque ela instaurava um elemento que precederia todo o pensamento, toda a teoria anterior, portanto, à dicotomia teoria-práxis”. (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 78).

¹⁸³ “Sob esse fundamento, a fenomenologia tornou-se uma filosofia transcendental de constituição do sentido, devendo mostrar como, nos diferentes atos, chegamos às diversas objetualidades visadas, sejam coisas materiais ou físicas, sejam orgânicas, psíquicas ou espirituais”. (NUNES, Benedito. *Hermenêutica e poesia: o pensamento poético*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999. p. 53).

¹⁸⁴ Ernildo Stein sintetiza como se estabelece toda a problemática que será desenvolvida por Heidegger acerca da compreensão do ser: “Compreendido o ser como velamento e desvelamento, decide que o ser é ‘a coisa em si mesma’, estabelecido que o ser, desde a antiguidade, se dá como tempo, determinado que o método da filosofia é o mostrar fenomenológico, então se apresenta toda a problemática heideggeriana até hoje envolta nas experiências e no seu contato com Husserl”. (STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. – Ijuí : Ed. Unijuí, 2001, p. 147).

uma hermenêutica que tem como base a evidência do fato de se ser e a relevância do resgate de elementos históricos e culturais ligados ao homem¹⁸⁵.

Este modo de compreensão do sentido do ser “coloca a experiência humana na pedra de toque da fenomenologia, inscrevendo o traço de sua intencionalidade no horizonte que existimos *de fato*¹⁸⁶”, cujo ser é o próprio ser da vida fática.

Para Heidegger, a fenomenologia, em seu conceito prévio, pode ser entendida como o traço fundamental para o desvelamento da compreensão do ser do ente, e, para isso, a fenomenologia hermenêutica pressupõe um mergulho no ente para se tornar acessível o “como” do *Dasein* em seu ser, ou, por outras palavras, a compreensão do ser que lhe é inerente.

O objeto da filosofia de Heidegger, no seu íntimo, é o ser-aí, o *Dasein* humano, cujo significado é explicado por João Augusto Anchieta Amazonas Macdowell da seguinte forma:

O vocábulo alemão “Dasein” significa “existência”, seja no seu sentido mais geral do fato de ser, de existir, de estar presente no conjunto da realidade (nesse sentido Heidegger emprega o termo “Vorhandenheit”), seja na acepção mais peculiar da existência ou vida humana. Heidegger aproveita aqui, como no caso de “Existenz”, o segundo sentido, já “existencial”, do termo, inculcando-lhe, porém, uma profundidade nova. A expressão “Dasein” para ele caracteriza a existência humana por uma pura relação para o ser. Este ente não pode ser definido, como os outros entes, através de uma quiddidade, de uma determinação particular (Cf. SZ pp. 12d, 42c). O que o constitui essencialmente é a sua transcendência para o ser como tal, i. e. para o transcendente. Daí que se vê o termo “Sein” em “Dasein” exerce uma dupla função. Como em outras expressões análogas (Zuhandensein, In-der-Welt-sein, etc.), trata-se em primeiro lugar de exprimir a estrutura ontológica, o ser ou modo de ser do ente em questão. Assim, por ex., porque o homem essencialmente é no mundo, ele tem a estrutura ontológica de *ser-no-mundo*. Mas no caso do “Dasein”, a palavra “Sein” serve, além disso, para indicar qual é a estrutura ontológica deste ente, o seu modo de ser é caracterizado simplesmente pelo ser. O “Dasein” é o “Da” do *ser*, de modo que a expressão manifesta o seu modo de ser como “ser-Da-do-ser”. Este “Da” é explicado por Heidegger, como a patência, própria da existência humana, que lhe confere o privilégio único de ser o “lugar” da manifestação do ser (Cf. SZ pp. 132b-133a). O significado local-temporal do advérbio “aí” põe em relevo o caráter finito e histórico da patência. Mas a conotação “demonstrativa” da palavra deve ser também respeitada, pois corresponde a aspectos essenciais do fenômeno da compreensão do ser, implicado no “Da”. Por isso traduzimos “Da” por “eis-aí”, de modo que “Dasein” equivale a “ser-eis-aí-do-ser”, ou melhor, a “ser-eis-aí-ser[...]”¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Como explica Lenio Streck: “Hermenêutica da faticidade é a expressão que no fundo quer dizer que a interpretação do mundo é a interpretação da condição fático-existencial do ser humano, somando-se a isso a circunstância de que a faticidade também incorpora todos os elementos históricos e culturais nos quais estamos enraizados”. (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. – Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 70).

¹⁸⁶ KAHLMEYER-MERTENS, Roberto S. *10 lições sobre Heidegger*. Petrópolis, RJ : Vozes, 2015. p. 58.

¹⁸⁷ MACDOWELL, J. A. *A gênese da ontologia fundamental de Martin Heidegger*: ensaio de caracterização do modo de pensar de *Sein und Zeit*. São Paulo: Editora Herder, 1970. p. 132.

Na significação originária da palavra, a fenomenologia do *Dasein* se compreende como uma hermenêutica que designa a tarefa de interpretação e velamento e desvelamento do ser do ente, de compreensão do “como das coisas” ou “às coisas em si mesmas”, aquilo que se faz ver, que se manifesta a partir de si mesmo. O *Dasein*, portanto, “é o ente cuja estrutura ontológica pressupõe a compreensão”¹⁸⁸.

Ainda, como exprime o próprio Heidegger em seu conceito prévio da fenomenologia, “a fenomenologia seria a *ciência dos fenômenos*”¹⁸⁹. Entretanto, é preciso fazer uma espécie de introspecção do fenômeno para transformá-lo no seu conceito fenomenológico, ou seja, a atitude fenomenológica se caracteriza pelo fato de deixar os próprios fenômenos manifestarem-se como forma de desvelar a mensagem do ente. Isso porque o fenômeno, muitas vezes, não se mostra de pronto, e o ser do ente permanece encoberto, e, quando se manifesta, o faz de forma velada, por isso é que se exige a fenomenologia como um processo de descoberta da verdade, cuja noção original nada mais é do que a interpretação do sentido do ser.

Assim, para que a fenomenologia passe a ser condição essencial para a compreensão do ser, é necessário desvelar o fenômeno a partir da interpretação do ser-aí, e este modo de acesso se dá por meio de uma dimensão hermenêutica fenomenológica¹⁹⁰. Portanto, “é na análise do ser-aí que a fenomenologia assume uma dimensão hermenêutica, explicadora”¹⁹¹, de onde emerge a verdade transcendental do *Dasein*, que é uma condição de existência, e justamente por isso possibilita uma compreensão que, na verdade, já está penetrada no *Dasein* a partir de sua relação com o mundo.

A partir disso, a dimensão hermenêutica esgota a análise do ser como sujeito-objeto e dá um novo sentido à hermenêutica, que passa a ser muito mais que uma análise do desvelamento do fenômeno no sentido fenomenológico.

¹⁸⁸ JUNG, Luã Nogueira. *Verdade e Interpretação: hermenêutica filosófica como alternativa ao naturalismo e ao relativismo*. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021. p. 86.

¹⁸⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*; tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 103.

¹⁹⁰ Heidegger sintetiza que os fenômenos não se dão de pronto, e que o ser, muitas vezes “encoberto” e até mesmo esquecido, precisa ser convertido em fenômeno: “Mas o que, em um sentido excepcional, permanece encoberto ou volta e encobrir ou só se mostra do disfarce não é este ou aquele ente mas, como as precedentes considerações mostraram, é o ser do ente. Ele pode estar tão amplamente encoberto que fica esquecido e não se faz a pergunta por ele e por seu sentido. Aquilo que, a partir de seu conteúdo-de-coisa mais-próprio e um assinalado sentido, exige sua conversão em fenômeno, a fenomenologia o ‘tomou’ tecnicamente como objeto”. (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*; tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 121).

¹⁹¹ STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. – Ijuí : Ed. Unijuí, 2001, p. 171.

Partindo da análise de que a dimensão hermenêutica nasce da própria compreensão do ser, Heidegger passa a interpretar o homem como mensageiro de si mesmo.

O fenômeno no sentido fenomenológico se instaura numa nova relação entre ser e homem, em que o ser assume a hegemonia na sua manifestação, fazendo com que o próprio homem o atinja como fenômeno. A verdade transcendental mergulha agora na verdade fenomenológica enquanto ontológica. A abertura transcendental emerge da clareira do próprio ser, enquanto velamento e desvelamento. A verdade, o sentido, a abertura, a esfera de projeto do próprio ser, fazem do homem o seu mensageiro¹⁹².

Esta mudança de interpretação da dimensão hermenêutica busca compreender o ser não apenas a partir da explicitação das estruturas existenciais do ser-aí, mas a partir da verdade do ser, que se manifesta hermeneuticamente com a própria mensagem que o homem recebe do ser. Há, portanto, uma espécie de virada na filosofia hermenêutica de Heidegger, em que o hermenêutico passa a ser algo anterior a qualquer tipo de explicação, que traz uma mensagem e comunicação, pois, “se o homem realiza um papel hermenêutico é porque o ser faz com o que ele comunique e, assim, possibilita a comunicação de sua mensagem”¹⁹³.

Isso, contudo, não faz Heidegger romper com o motivo de sua interrogação acerca da compreensão do ser, ou mesmo com as estruturas de sua filosofia hermenêutica com raízes no seu método fenomenológico. Ao contrário, ainda é a fenomenologia - mas agora sob um outro horizonte - que possibilita ao filósofo compreender que a vinculação do homem com o acontecer do ser como fenômeno, se realiza e se explica através da linguagem¹⁹⁴. Ou seja, o ser acontece na linguagem que, como comunicação e mensagem, passa a ser condição de possibilidade para acesso ao mundo, ou melhor dizendo: “a linguagem emerge como a articulação da abertura originária do ser-no-mundo”¹⁹⁵.

¹⁹² STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. – Ijuí : Ed. Unijuí, 2001, p. 177.

¹⁹³ STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. – Ijuí : Ed. Unijuí, 2001, p. 197.

¹⁹⁴ Sobre a ausência da fenomenologia na viravolta de Heidegger, mais uma vez se torna imprescindível transcrever os ensinamentos de Ernildo Stein: “Não que o método fenomenológico tenha sido abandonado em função de um outro caminho. No próprio método se manifesta a viravolta. A fenomenologia hermenêutica que em sua dimensão apofântica desvelava as estruturas do ser-aí, torna-se na viravolta a relação hermenêutica que liga ser e homem, transformando o homem que traz a mensagem (o sentido) do ser que lhe foi transmitido pelo próprio ser. O homem é o hermeneuta que escuta a mensagem do ser, que a leva como mensageiro. A própria fenomenologia, assim como vem definida em *Ser e Tempo*, desaparece na viravolta como nome e emerge no próprio pensamento do ser. A fenomenologia é o próprio pensamento do ser, que se instaura no homem”. (STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. – Ijuí : Ed. Unijuí, 2001, p. 306).

¹⁹⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguística-pragmática na filosofia contemporânea*. 3ª ed. São Paulo : Edições Loyola, 2006. p. 213.

Essa nova dimensão que a fenomenologia hermenêutica atinge no “segundo” Heidegger, com o acontecer do ser, é traduzida por Ernildo Stein da seguinte forma:

O homem realmente é colocado a serviço da manifestação do ser. Ele é seu mensageiro. Ele é usado para que o ser possa manifestar como fenômeno. Mostram essas observações, com as quais Heidegger procura manifestar a multiplicidade de ângulos com que procura dizer – aqui sob o ponto de vista hermenêutico -, sua única preocupação: o sentido do ser, a verdade do ser, a clareira do ser, a manifestação do ser, o ser enquanto fenômeno no sentido fenomenológico, acontecendo como velamento e desvelamento¹⁹⁶.

A partir desse ponto, o sentido não reside mais na consciência, mas na linguagem como condição de possibilidade de compreensão do mundo, até porque, a linguagem constitui uma das razões existenciais do ser-no-mundo¹⁹⁷. Há, portanto, um rompimento com a “consciência” do sujeito solipsista, e “a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto, e sim, como condição de possibilidade”¹⁹⁸.

Nessa complexa manifestação do ser como fenômeno fenomenológico, o mundo passa a existir por meio da linguagem. Não há mundo em si fora da linguagem. A linguagem é posta como a única condição de possibilidade para acesso ao mundo e passa a determinar a relação da dimensão hermenêutica e a condição para a abertura do *Dasein*. A linguagem, portanto, se coloca como o início, o meio e o fim, existe e sempre existirá, pois o ser, como manifestação fenomenológica, acontece na linguagem, onde o homem encontra a morada de seu ser. A linguagem, portanto, é a casa do ser¹⁹⁹.

É interessante perceber que, ainda em *Ser e Tempo*, Heidegger estabelece que o fundamento da linguagem se dá pelo discurso. “*O fundamento ontológico-existencial da linguagem é o discurso*”²⁰⁰, que se compreende em uma articulação da entendibilidade e do compreender²⁰¹ ou, como assinala Benedito Nunes: “o discurso está para a linguagem como a

¹⁹⁶ STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. – Ijuí : Ed. Unijuí, 2001, p. 198.

¹⁹⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*; tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 453.

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2017. p. 17.

¹⁹⁹ Nesse sentido complementa Manfredo Araújo de Oliveira: “se a linguagem é a casa do ser, então ela é nossa morada, porque somos ser-no-mundo: nossa compreensão do mundo é sempre, linguisticamente interpretada. Enquanto lugar do evento do ser, a linguagem é aquele acontecimento originariamente único, no qual o mundo se abre para nós”. (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguística-pragmática na filosofia contemporânea*. 3ª ed. São Paulo : Edições Loyola, 2006. p. 216).

²⁰⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*; tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 453.

²⁰¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*; tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 455.

condição está para o condicionado”²⁰². E, ainda, “porque o discurso é constitutivo do ser do ‘aí’, isto é, do encontrar-se e do entender, é que o *Dasein* significa ser-no-mundo; o *Dasein*, como ser em que discorre já se expressou. O *Dasein* tem linguagem”²⁰³.

Como visto, a filosofia hermenêutica é a busca pela verdade, é levar o ser do ente a se manifestar, e não construir intencionalmente um objeto (conteúdo-de-coisas), ou seja, “ser é o aparecer do que aparece, e compreendê-lo é simplesmente deixá-lo aparecer”²⁰⁴. Assim, o homem só pode se manifestar em função do seu próprio ser.

Dessa forma, o “des-velamento” e a “des-ocultação” do ser, que é a verdade, reside na compreensão do ser que se manifesta no *Dasein*. A verdade heideggeriana é a do *Dasein*, em uma busca ontológica pela compreensão do ser, em que o ser se desvela na contemporaneidade do tempo – pois ser é tempo - do que já é posto e dado, se contrapondo as “verdades” de um eu-individual, próprio da metafísica.

Portanto, a hermenêutica proposta por Heidegger pretende ser a superação da filosofia da consciência, do sujeito do esquema sujeito-objeto, tornando-se um novo paradigma filosófico, e “esta transição, de disciplina particular a paradigma filosófico, ocorre, portanto, gradativamente e de forma paralela à preocupação teórica acerca do estatuto teórico da linguagem e de seu papel constitutivo no desenvolvimento da consciência humana”²⁰⁵.

Isso tudo, de alguma forma, nos faz retornar à afirmação de Lenio Streck transcrita no início deste capítulo e na introdução, de que “temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação”²⁰⁶, pois para compreender o nosso próprio ser, ou nosso próprio *Dasein* em seu caráter de ser, faz-se necessário desvelar esse caráter de ser, o “como do seu ser”, sendo que essa compreensão, desvelamento e explicitação se revelam por meio de uma dimensão hermenêutica da fenomenologia, cujo “sentido metódico da descrição

²⁰² NUNES, Benedito. *Hermenêutica e poesia: o pensamento poético*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999. p. 73.

²⁰³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*; tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 465.

²⁰⁴ MACDOWELL, J. A. *A gênese da ontologia fundamental de Martin Heidegger: ensaio de caracterização do modo de pensar de Sein und Zeit*. São Paulo: Editora Herder, 1970. p. 131.

²⁰⁵ JUNG, Luã Nogueira. *Um brevíssimo histórico do pensamento hermenêutico filosófico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-16/diario-classe-brevissimo-historico-pensamento-hermeneutico-filosofico#sdfootnote3anc>. Acesso em 17. mar. 2022.

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. – Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 91. Também em: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 277.

fenomenológica é a *interpretação*”²⁰⁷. Assim, “a fenomenologia do *Dasein* é uma hermenêutica na significação originária da palavra, que designa a tarefa da interpretação”²⁰⁸ e está, ainda que ocultamente, presente nas discussões acerca das relações entre ser e tempo, o que nos leva à compreensão de que a interpretação é uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, e que, de fato, estamos condenados a interpretar.

A filosofia hermenêutica de Heidegger não apenas contribuiu para a virada linguística - inclusive na construção de um novo paradigma filosófico - como também, juntamente com a hermenêutica filosófica de Gadamer, possibilitou a construção de uma “nova” fundamentação hermenêutica para a teoria do direito, principalmente em razão de ambos os filósofos colocarem a linguagem como fundamento principal para a interpretação, superando a dicotomia do esquema sujeito-objeto. Tudo isto serviu de base para a construção da CHD, desenvolvida por Lenio Streck, que visa justamente combater a discricionariedade judicial, pois demonstra que a atribuição de sentidos a um texto não pode ser fruto de um ato de vontade subjetiva do intérprete.

3.2.O CÍRCULO HERMENÊUTICO: A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E O PROBLEMA DA PRÉ-COMPREENSÃO

Heidegger assume o compromisso de desenvolver uma filosofia revolucionária a partir de uma hermenêutica diferente dos métodos tradicionais, e elege para isso a busca do sentido do ser, da verdade do ser. Aquela hermenêutica clássica, que “tinha um caráter ôntico, voltado para textos, assume uma dimensão ontológica, visando à compreensão do ser do Ser-aí”²⁰⁹.

Dessa forma, para compreender o ser em sua finitude, Heidegger escolhe um caminho que exige uma situação hermenêutica para o compreender, que somente é possível a partir de um movimento circular de interpretação, pelo qual o ser-aí “procura revelar o que se mostra

²⁰⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*; tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 127.

²⁰⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*; tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 127.

²⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 271.

assim como a partir do que se manifesta”²¹⁰, ou seja, a partir de uma compreensão prévia do ser-aí.

Isso possibilita identificar que esse movimento circular de compreensão, estabelecido por Heidegger, não se trata do círculo hermenêutico criado por Schleiermacher, que se constituía de um método composto por uma estrutura circular de interpretação de textos, na busca pelo “sentido do autor” (ato adivinatório), tal como ficou denominada de hermenêutica psicológica. A partir de Heidegger, o círculo hermenêutico ganhou uma nova redefinição, como um instrumento para compreensão do *Dasein*²¹¹.

Como visto anteriormente, para Heidegger o discurso é a articulação da compreensão e da entendibilidade²¹², e a interpretação, por sua vez, é a explicitação da compreensão. Entretanto, a compreensão é sempre derivada de uma pré-compreensão, que se constitui de um elemento prévio, uma antecipação de sentidos de qualquer compreensão. Isso nos mostra que a compreensão, que possibilita a interpretação do ser-no-mundo, se desenvolve com um movimento circular entre parte e todo e entre compreensão e facticidade, isto é, não se compreende o homem sem se compreender o ser, ou, como exemplifica Streck: “não se compreende a floresta sem a árvore; e não se compreende a árvore sem o conceito de floresta”²¹³. É a partir dessa relação circular que se constitui a regra hermenêutica, segundo a qual “é preciso compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo”²¹⁴.

Esse caráter pré-enunciativo, que também se caracteriza por uma interpretação do ver-ao-redor, é chamado por Heidegger de “como” hermenêutico-existenciário. Nesse sentido, ao

²¹⁰ STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. – Ijuí : Ed. Unijuí, 2001. p. 245.

²¹¹ Nesse sentido anota Streck: “Assim, se na hermenêutica clássica, na qual se insere Schleiermacher, esse círculo ainda estava restrito a textos, com a filosofia hermenêutica de Heidegger esse círculo passou a ter um sentido existencial”. (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 26-27). Ainda sobre a diferença da teoria da compreensão hermenêutica entre Schleiermacher e Heidegger, esclarece Gadamer: “[...] a teoria da compreensão tem seu apogeu na teoria de Schleiermacher sobre o ato adivinatório, mediante o qual o intérprete se transporta inteiramente no autor e resolve, a partir daí, tudo o que é desconhecido e estranho no texto. Mas, ao contrário, a descrição heideggeriana desse círculo mostra que a compreensão do texto se encontra constantemente determinada pelo movimento de concepção prévia da pré-compreensão”. (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 388).

²¹² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*; tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 455.

²¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 27.

²¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 385.

tratar da enunciação como *modus* derivado da interpretação, Heidegger esclarece que "a enunciação não pode negar sua origem ontológica a partir da interpretação que-entende. O 'como' originário da interpretação do ver-ao-redor entendedor nós o chamamos 'como' *hermenêutico-existenciário*, para diferenciá-lo do 'como' *apofântico* da enunciação"²¹⁵. Nessa dupla estrutura da linguagem (hermenêutica e apofântica), a pré-compreensão se encontra no *logos* hermenêutico, onde também se estabelece a compreensão, que posteriormente é revelada pela linguagem, ou seja, o discurso apofântico é apenas a superfície de algo que já foi compreendido em um nível de profundidade, que é o nível hermenêutico.

Partindo da interpretação do ver-ao-redor, torna-se perceptível que “esse nível de compreensão implícita ao nosso modo de ser no mundo dá previamente o sentido ao nosso entorno e à nossa relação com os objetos sem a necessidade de que estabeleçamos juízos acerca dos mesmos”²¹⁶.

Assim, é possível concluir que a partir de um modo circular de compreensão, o sentido revelado pela compreensão, *a priori*, já faz parte da nossa prévia compreensão que, por sua vez, constitui as estruturas do ser-aí. Sendo assim, a prévia compreensão apenas revela um sentido antecipado que já se encontra no nosso modo de ser, mas não de uma forma subjetiva, e sim a partir de nossa relação com a tradição, que está sempre em processo de formação. Desse modo, “pela compreensão prévia, que é a abertura do ser-aí, nós já sempre levamos conosco o sentido que buscamos”²¹⁷, revelando, indubitavelmente, que sempre há uma antecipação de sentido.

Essa prévia compreensão, que se constitui como uma abertura do círculo hermenêutico, foi um dos traços fundamentais para a construção da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, pois, nesta hermenêutica, esses pré-conceitos são constituídos de coisas que já compreendemos previamente na medida de nossa experiência fática-existencial como ser-no-mundo, e que decorre de nossa facticidade, até porque, mais do que seres constituídos de história e de passado, nós pertencemos à história, “*por isso, os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica do seu ser*”²¹⁸.

²¹⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*; tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 447.

²¹⁶ JUNG, Luã Nogueira. *Verdade e Interpretação: hermenêutica filosófica como alternativa ao naturalismo e ao relativismo*. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021. p. 87.

²¹⁷ STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. – Ijuí : Ed. Unijuí, 2001. p. 247.

²¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 368.

Também é possível identificar esse movimento circular de compreensão na leitura de um texto, pelo qual os sentidos das interpretações se abrem através das expectativas que o intérprete já traz em si mesmo e, na medida em que nossos preconceitos não são confirmados durante a leitura, o movimento circular hermenêutico propicia a dúvida ao invés da certeza. Por isso, para que a compreensão não seja falseada por nossas opiniões prévias, é necessário que nossa pré-compreensão passe por um filtro quanto à sua legitimação de acordo com a verdade do texto. Isso não significa, todavia, que nossas opiniões prévias tenham que ser descartadas; ao contrário, a tarefa hermenêutica de esclarecer a compreensão se realiza mediante a formação de um diálogo que se estabelece entre o intérprete e o texto.

O círculo hermenêutico, portanto, se abre na antecipação de sentidos que temos de algo, ou seja, na estrutura prévia da compreensão, e essa antecipação de sentidos possibilita uma equivocada interpretação de textos²¹⁹.

Entretanto, os sentidos decorrentes de nossos preconceitos recebem influências de conteúdos de sentidos transcendentais, o que possibilita que a verdade se estabeleça com a nossa compreensão. É o caso de uma notícia jornalística que tomamos conhecimento, pois, nessa situação, muitas vezes compreendemos a notícia dada pelo repórter como algo verdadeiro, e isso ocorre porque temos uma expectativa de sentido que o repórter está mais bem informado sobre determinado fato do que a nossa opinião prévia. Isto é, o nível iniciático da compreensão decorre desse confronto entre nossas opiniões prévias e aquilo que foi noticiado ou está no texto.

Portanto, a tarefa hermenêutica não mais se caracteriza na interpretação da busca pelo “sentido do autor”, na forma da hermenêutica de compreensão psicológica de Schleiermacher, mas, sim, através da linguagem como modo de construção da tradição que se forma na história através do tempo.

²¹⁹ Nesse sentido, Benedito Nunes apresenta um exemplo de erro de interpretação de texto na obra *Grande Sertão: Veredas*, de Guimarães Rosa: “um exemplo trivial na literatura decorre da primeira recepção de *Grande Sertão: Veredas*, em 1956. Para os críticos, quando ainda não havia conceitos formados, o que levaria tempo – o tempo identificado ao curso do processo interpretativo -, vigorou a pré-concepção de que o romance de Guimarães Rosa era regionalista, tão forte fora a tradição regionalista, estimulada pelo modernismo. Mas o sertão não era localizado, regionalista. E o jagunço Riobaldo, longe de ser um matuto, tinha a introspecção de um pensador. Não falava a língua ‘errada’ mais próxima do sertão. Falava todas as línguas, uma vez que a linguagem de *Grande Sertão: Veredas*, uma narrativa que o próprio personagem faz, articula termos do latim, do francês, do alemão, do italiano, transformados. Como, então, falar em regionalismo? Além do mais, podemos distinguir nessa obra certos padrões literários, referentes a recorrências místicas etc. Não é, portanto, de admirar que muitos se dessem mal na interpretação de Guimarães Rosa”. (NUNES, Benedito. *Hermenêutica e poesia: o pensamento poético*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999. p. 76-77).

Aliás, nesse aspecto Gadamer identifica que os preconceitos, na medida da constituição da tradição, acabam sendo revistos ao longo do tempo, o que possibilita distinguir os preconceitos falsos (mal-entendidos) dos verdadeiros (os quais compreendemos). Isso ocorre em razão da distância temporal, que se constitui um elemento essencial para o significado da compreensão. Melhor explicando, a distância temporal possibilita um amadurecimento do intérprete, e, conseqüentemente, esse aspecto temporal dá a ele uma diferença insuperável em relação ao autor. Isto porque, o verdadeiro sentido de um texto se desvela pela situação histórica do intérprete, que possibilita que ele, em um processo positivo e produtivo, compreenda um texto até melhor que o seu autor. Nesse sentido, afirma Gadamer que “o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também sempre produtivo”²²⁰.

Na verdade, o fator temporal possibilita ao intérprete uma compreensão produtiva na medida em que nos permite avaliar criticamente nossos prejuízos, até porque, “a ausência de tal processo crítico de avaliação leva, inevitavelmente, à produção de mal-entendidos”²²¹. Enfim, como bem salientou Gadamer: “um conhecimento objetivo só pode ser alcançado a partir de uma certa distância histórica”²²², que se preenche na construção da tradição. No entanto, a distância temporal, como mola propulsora da compreensão, não é um fim em si mesma, pois a compreensão produtiva se torna vinculada ao aspecto temporal, que é um processo infinito, e isso nos leva a concluir - mais uma vez - a assertiva de que “estamos condenados a interpretar”²²³.

Todo este processo de interpretação, que se clareia pelo distanciamento do tempo, também pode ser sentido na ciência jurídica. Basta ver que os problemas interpretativos enfrentados pelo direito no século XX somente vão se tornando compreensíveis com o passar dos anos, ou seja, “grandes questões com as quais deve se ocupar o jurista apenas se tornam

²²⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 392.

²²¹ TOVAR, Leonardo Zehuri. *Teoria do Direito e decisão judicial*: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 202-203.

²²² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 394.

²²³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. – Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 91. Também em: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 277.

claras o bastante num momento posterior à sua ocorrência”²²⁴. E isso ocorre pelo fato de que somente com o tempo e com a história é que podemos avaliar os nossos prejuízos e, de fato, compreender algo.

Outro ponto relevante da circularidade da compreensão está no fato de que, para compreender a tradição, é necessário que o intérprete compreenda o horizonte histórico daquela tradição. Mas isso não significa que o intérprete deva retornar ao passado, pois constitui-se como uma das tarefas do hermenêuta impedir uma aproximação do passado com as suas próprias expectativas de sentido²²⁵. O *busílis* está no que Gadamer chama de fusão de horizontes do presente e do passado, pois os nossos preconceitos do presente não existem por si mesmo, eles só existem em decorrência do passado, ou melhor, o horizonte do presente somente existe em decorrência do horizonte histórico. Na fusão de horizontes há uma mixagem entre o velho e o novo, e que ocorre na vigência da tradição, constituindo-se como um dos pontos fulcrais para a compreensão, pois, como afirma Gadamer: “*compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos*”²²⁶.

Vê-se, portanto, que “o acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes”²²⁷, e, na perspectiva do âmbito jurídico, principalmente no contexto da interpretação jurídica, para que a fusão de horizontes ocorra se faz necessário uma ruptura de paradigmas, mormente em relação ao horizonte histórico eivado de tradições autoritárias e antidemocráticas que tivemos no passado. Nesse sentido, fusão de horizontes é olhar para um novo horizonte, justamente para evitar que o horizonte histórico impeça as transformações do novo²²⁸, pois, como já mencionado, a compreensão, mais do que um processo reprodutivo, é sempre um processo produtivo.

²²⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e ciência jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 51.

²²⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 403-404.

²²⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 404.

²²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 217.

²²⁸ Lenio Streck traz como exemplo de fusão de horizontes no âmbito jurídico a problemática dos princípios, principalmente no fato de ainda utilizarmos princípios gerais do Direito: “A problemática relacionada ao conceito de princípio pode ser um bom exemplo para entender o sentido da fusão de horizontes. Se ainda hoje, passados quase três décadas desde a promulgação da Constituição, utilizamos princípios gerais do Direito, é porque não houve fusão. Houve, na verdade, uma confusão de conceitos”. (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de*

A pré-compreensão, além de um elemento prévio inerente a qualquer manifestação do ser humano, se constitui de um momento essencial do fenômeno hermenêutico e, nessa esteira, se torna impossível o intérprete se desprender da circularidade da compreensão. Isso, aliás, também ocorre no campo da interpretação do direito, pois nenhuma forma de argumentação ocorre sem a pré-compreensão.

Todavia, o círculo hermenêutico deve ser fiel ao método fenomenológico hermenêutico, ao passo que as antecipações de sentido devem ser conduzidas pelas “coisas em si mesmas”, que se manifestam a partir de si mesmas. É necessário, portanto, “deixar-se comandar pelas próprias coisas para que a antecipação do sentido do ser em geral não se falseie”²²⁹, até, porque, como alerta Heidegger, “a interpretação já se decidiu cada vez em termos definitivos ou provisórios por uma determinada conceituação; ela se funda sobre um *conceito-prévio*”²³⁰.

Heidegger, nesse ponto, orienta que “o decisivo não é sair do círculo, mas nele penetrar de modo correto”²³¹. O importante na interpretação é não permitir que os conceitos-prévios sejam impostos no círculo pelas noções populares, impossibilitando o desvelamento da compreensão. Não se pode deixar que os preconceitos dominem e falseiem o processo de interpretação compreensiva. Nesse sentido, “toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de instituições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’”²³².

Ora, o objetivo do hermeneuta é a compreensão e, para alcançar a sua finalidade, o intérprete não pode se entregar ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, pois, “quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”²³³.

Enfim, todo o processo de compreensão se desenvolve em um círculo hermenêutico, pelo qual a interpretação e a aplicação não se dividem, e não há conceitos ou atribuições de

hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 84).

²²⁹ STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. – Ijuí : Ed. Unijuí, 2001. p. 249.

²³⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*; tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 427.

²³¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*; tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. p. 427.

²³² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 355.

²³³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 358.

sentido sem “as coisas”. Portanto, não se cogita espaço para a criação ou qualquer ato volitivo do intérprete. Do mesmo modo, no âmbito do direito, não há a cisão entre questão de fato e questão de direito, assim como não há a cindibilidade entre ser e ente, refutando-se, na interpretação, todo o processo de subsunção²³⁴.

De todo modo, a hermenêutica filosófica “gadameriana” e sua contribuição para a compreensão demonstram que, na verdade, o compreender faz parte da condição humana e, na questão do círculo hermenêutico, o compreender já parte de algo compreendido (pré-compreensão) e, ao mesmo tempo, é condição de possibilidade para a compreensão. Isso envolve o passado, o presente e o futuro. Nesse contexto, o círculo hermenêutico também é um círculo histórico-discursivo, como esclarece Benedito Nunes:

[...] ao interpretar, articulamos discursivamente o que compreendemos, e o que compreendemos, nesse momento, compreendemo-lo temporalmente, mas tanto na prospectiva quanto retrospectivamente, à luz do passado, que permanece em certa medida no presente, e do futuro que naquele se projeta. Desta forma, o círculo hermenêutico [...] é um círculo histórico-discursivo²³⁵.

Todas essas características da hermenêutica filosófica são partes de um processo hermenêutico que se realiza por meio do círculo hermenêutico, na medida em que esse movimento circular tem como objetivo principal a compreensão. Nesse ponto, a hermenêutica de cariz filosófica proposta por Gadamer demonstra a necessidade de compreender melhor a ciência jurídica, combatendo-se, com isso, interpretações solipsistas e arbitrárias de natureza discricionárias ou, ainda, a aplicação “cega da lei”, como é o caso das súmulas vinculantes, já que muitas, em razão da distância temporal, mostram que não são mais condizentes com a realidade social e constitucional contemporânea e, além disso, se equiparam-se a uma verdadeira antecipação de sentidos que pretendem abarcar todas as possíveis hipóteses de aplicação²³⁶.

²³⁴ “Aliás, o círculo hermenêutico (na diferença ontológica) é o que, de fato, proporciona a ruptura com qualquer possibilidade de cisão entre fato e direito, palavra e coisa (para falar apenas nesses dualismos)”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 167).

²³⁵ NUNES, Benedito. *Hermenêutica e poesia: o pensamento poético*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999. p. 80-81.

²³⁶ Nesse sentido Lenio Streck aponta crítica consistente às Súmulas Vinculantes, *verbis*: “Relembro que, muito antes de serem transformadas em ‘vinculantes’, já sustentava (e denunciava) que há(via) nelas uma nítida pretensão objetivista, que nos joga(va) de volta do ‘mito do dado’. Trata-se de construção de enunciados assertóricos que pretendem abarcar, de antemão, todas as possíveis hipóteses de aplicação. São respostas *a priori*, ‘oferecidas’ antes das perguntas (que somente ocorrem em casos concretos). Isto é, súmulas são uma espécie de ‘antecipação de sentidos’, uma ‘tutela antecipatória das palavras’ ou, ainda, uma atribuição de sentido *inaudita altera partes*...! Mais ainda, são o produto de um neopandectismo, ‘represtinando’ a pretensão de construção de ‘realidades

3.3. TRADIÇÕES E PRINCÍPIOS: A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

A fenomenologia hermenêutica de Heidegger, reduzindo as coisas a fenômenos, possibilitou o primeiro desligamento dos juízos da realidade, a partir do qual são construídos os atos de decisão voluntária sustentados pela filosofia da consciência. Isto porque, a compreensão deixou de ser um processo que decorre da subjetividade do sujeito e passou a ter um caráter existencial, inerente ao ser humano²³⁷.

Na direção deste caminho fenomenológico hermenêutico, mas realizando uma mudança na compreensão hermenêutica proposta por Heidegger²³⁸, Gadamer projetou atenção especial ao legado da tradição como uma das condições de possibilidade da compreensão, uma vez que a tradição é algo irrenunciável para a compreensão, pois decorre de uma herança histórica por ter sido transmitida ao longo do tempo e, portanto, possui validade sem precisar de fundamentação.

Essa tradição linguística²³⁹ – porque vêm a nós por meio da linguagem - se revela na nossa antecipação de sentidos que guia a nossa compreensão de um texto que, por sua vez, se reveste de toda a experiência histórica que carregamos em nossa experiência de ser-no-mundo. Dessa maneira, considerando toda a facticidade e historicidade, compreender uma tradição exige uma compreensão do passado que decorre de uma compreensão a partir de uma fusão de

supralegais’, em que os conceitos adquirem ‘vida autônoma’. As súmulas, assim como os ementários que (pré)dominam as práticas judiciais, tem a pretensão de possuírem uma substância comum a todas ‘as demandas’ (causas). Isso explica as razões pelas quais *não mais discutimos causas no direito e, sim, somente teses* – transformadas em super-enunciados – proporcionam ‘respostas antecipadas’. No fundo, trata-se de um ‘sonho’ de que a interpretação do direito seja isomórfica”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 162).

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 227.

²³⁸ Stein esclarece que, “Se, de um lado, Heidegger põe a sua concepção da hermenêutica em contraste com a concepção husserliana de fenomenologia, podemos descobrir, no projeto de Gadamer, um modo diverso de pensar hermenêutica, com relação a Heidegger. Realmente, a tarefa da hermenêutica passa a ser pensada de maneira diversa, a partir do momento em que o compreender se desliga da questão do sentido do ser”. (STEIN, Ernildo. *Gadamer e a consumação da hermenêutica*. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 14-15).

²³⁹ “Tradição, no sentido da hermenêutica de cariz filosófico, é entendida como linguagem e não como um acontecimento vindo de longe, porque a compreensão do texto dá-se como uma experiência essencialmente linguística-dialógica sob a sua especificidade. Há, aqui, uma relação eu-tu, de maneira que os sentidos produzidos pelo intérprete adquirem validade quando compatíveis com a ‘coisa ela mesma’ destacada no texto”. (TOVAR, Leonardo Zehuri. *Teoria do Direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada*. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 204).

horizontes, pois é na tradição “que o velho e o novo crescem juntos para uma validade repleta de vida, sem que um ou outro cheguem a destacar-se explicitamente por si mesmos”²⁴⁰.

Assim, a tarefa do hermeneuta é desvelar as tradições através da linguagem, com o objetivo de reconstruir a história do fenômeno, tal como na alegoria das pessoas que desprezam a cabeça e o rabo dos peixes, mesmo diante da escassez de alimentos²⁴¹.

Por isso - e mais uma vez é necessário destacar - a tradição se constitui como uma das principais condições de possibilidade para o processo interpretativo²⁴², na medida em que sua transmissão, ao longo do tempo, se complementa com as outras condições de possibilidade da compreensão. Nesse aspecto, na senda do tempo é impossível um intérprete se colocar em lugar do outro, pois o horizonte em que cada indivíduo está inserido se reflete apenas na possibilidade de compreensão de seu tempo, e é somente através da fusão desses horizontes, que se dá pela tradição, que o intérprete consegue emergir a compreensão e, enfim, interpretar, pois como acentua o mestre Gadamer: “a interpretação é a forma explícita da compreensão”²⁴³. De toda forma, somos seres históricos, constituídos da realidade histórica de nosso ser, e os efeitos dessa história (história efetual) operam em toda nossa compreensão²⁴⁴.

Todas essas características da compreensão explicitadas por Gadamer em sua hermenêutica filosófica se aplicam à hermenêutica jurídica, que mantém a sua característica produtiva, e não reprodutiva. No entanto, aqui a compreensão acontece por meio de mais de um

²⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 299.

²⁴¹ Essa alegoria é contada por Lenio Streck da seguinte forma: “Vejamos a aplicação disto na alegoria do hermeneuta que chega a uma ilha e lá constata que as pessoas cortam (desprezam) a cabeça e o rabo dos peixes, mesmo diante da escassez de alimentos. Intrigado, o hermeneuta foi buscar as raízes desse mito. Descobriu, finalmente, que, no início do povoamento da ilha, os peixes eram grandes e abundantes, não cabendo nas frigideiras. Consequentemente, cortavam a cabeça e o rabo. Hoje, mesmo que os peixes sejam menores que as panelas, ainda assim continuam a cortar a cabeça e o rabo. Perguntando a um dos moradores o porquê de assim agirem, ouviu: ‘Não sei...Mas as coisas sempre foram assim por aqui!’. Eis o senso comum”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, jurisdição e decisão* : diálogos com Lenio Streck. 2ª ed. ampl. e rev. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2020. p. 103).

²⁴² Nesse sentido lembra Lenio Streck: “Vale lembrar que, desde Gadamer, a hermenêutica se apoia na ideia de que a ‘autoridade’ que se impõe no processo interpretativo é da tradição e não quem realiza o ato interpretativo. Isso derruba o esquema S-O”. (STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 54).

²⁴³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 406.

²⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 398.

elemento que compõem um processo unitário que se funde com a compreensão e a interpretação: trata-se da aplicação (*applicatio*).

Ao enfrentar um texto exposto pelas partes em um processo, ou mesmo no ato de interpretar uma lei, o intérprete-juiz projeta seus pré-juízos produzindo uma expectativa de sentidos (produtivo), pois, como qualquer ser do ente, ele é um ser-no-mundo. Não há, portanto, uma reprodução de sentidos do texto jurídico-normativo e, na hermenêutica jurídica, a interpretação se dá pela *applicatio*, vinculando, por igual, todos os membros da comunidade, ou seja, “a tarefa da interpretação consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação”²⁴⁵.

Essa é a razão de se dizer, pela hermenêutica de cariz filosófica, que no direito não se interpreta em partes, mas, sim, o todo, ou melhor, a *applicatio* se dá em um plano hermenêutico, e não apofântico, não havendo que se falar, portanto, em uma ruptura entre questão de fato e questão de direito, ou mesmo entre interpretação e aplicação.

Nesse sentido, é possível perceber que a hermenêutica proposta por Gadamer não mais se constitui de um método, seja ele dedutivo ou subjuntivo. A hermenêutica passa a ser filosófica, porque o processo hermenêutico tem a compreensão como razão de ser, e essa compreensão, como mencionado, não se estabelece em partes, mas em partes e o todo, que se unem por meio do círculo hermenêutico, constituindo-se, ao final, um modo conjunto de compreender, interpretar e aplicar o direito.

Enfim, interpretar o direito não é reproduzir o direito, mas, sim, produzir o direito. E aqui é necessário se atentar que produzir o direito não significa que o intérprete está autorizado a empregar sua subjetividade de forma livre, de modo a exercer um protagonismo em sua interpretação, nos moldes do movimento do Direito Livre²⁴⁶. Ao contrário, a hermenêutica visa justamente combater o solipsismo e, nesse sentido, produzir o Direito refere-se à produção de sentidos que possibilita que uma decisão judicial seja fruto de uma compreensão do direito pelo qual a fusão de horizontes emerge da tradição, da facticidade e da historicidade.

Além da tradição como referência à projeção de sentidos e significados na nossa situação hermenêutica, no âmbito da hermenêutica jurídica, e especialmente na CHD, ainda é

²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 308.

²⁴⁶ Lembremos o quanto é perigoso para os ideais do Constitucionalismo e da Democracia que um juiz decida conforme a sua consciência.

necessário destacar um outro ponto de fundamental importância para a interpretação, que reside na força deontológica dos princípios jurídicos, mormente os de natureza constitucional.

Pois bem. No contexto do Estado Democrático de Direito, que se desenvolveu a partir do movimento do segundo pós-guerra, a Constituição se inseriu no mais alto degrau, e “deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado”²⁴⁷, figurando como uma verdadeira norma fundante que estabelece e orienta todo o sistema normativo-jurídico. No entanto, a Constituição não tem como referência apenas o Estado, mas também a própria comunidade política. É como afirma Canotilho: “a *sociedade ‘tem’* uma constituição; a constituição é a constituição da sociedade”²⁴⁸.

Assim, “a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante jurídico”²⁴⁹, e esse horizonte interpretativo inclui os princípios constitucionais, que passam a ter status deontológicos e força normativa, principalmente a partir de sua função e presença no texto constitucional. Ou seja, a partir da principiologia constitucional, os princípios passaram a fazer:

a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de normas das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição²⁵⁰.

Entretanto, é necessário esclarecer que os princípios constitucionais não se confundem com os velhos princípios gerais do direito que, segundo Miguel Reale, “são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ornamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”²⁵¹. É preciso desmistificar a concepção errônea de que os princípios gerais do direito foram constitucionalizados²⁵². Ao contrário, os princípios constitucionais se desenvolveram a partir de um novo paradigma constitucional que decorre do movimento do Constitucionalismo Contemporâneo e, portanto, “só há sentido olharmos para eles na perspectiva da de uma

²⁴⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed. – São Paulo : Atlas, 2012. p. 6.

²⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 82.

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 345.

²⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed., atual. – São Paulo : Malheiros, 2017. p. 300-301.

²⁵¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 306.

²⁵² Citamos, por exemplo, o entendimento de Celso Ribeiro Bastos, que afirma que os “princípios gerais do Direito encontram-se na Constituição, bem como servem de fundamento às demais áreas de nosso ordenamento jurídico”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002. p. 218).

descontinuidade com relação às possibilidades significativas anteriores”²⁵³. É a partir dessa ruptura que os princípios constitucionais devem ser compreendidos.

Todavia, grande parte dos juristas brasileiros consideram que os princípios constitucionais se caracterizam como uma forma de sucedâneo dos princípios gerais do direito, na certeza de que os valores foram positivados. Essa concepção equivocada acerca dos princípios constitucionais é o que possibilita a fabricação de novos princípios, como se eles pudessem ser criados a partir de uma Constituição que supostamente lhes “garante” legitimidade, corroborando a ideia de que o pamprincipiologismo ainda é fruto da não superação do esquema sujeito-objeto, que continua contribuindo para o enfraquecimento da autonomia do direito.

A criação de princípios sem lastro constitucional também se deve à compreensão equivocada de que os princípios proporcionam uma abertura interpretativa. Na verdade, percebe-se que há, de forma reiterada, uma má compreensão acerca da distinção entre regras jurídicas e princípios, apresentada por Dworkin.

Aliás, sobre essa temática, a CHD aposta na tese da *descontinuidade*, ou seja, como mencionado anteriormente, os princípios constitucionais, a partir do constitucionalismo do segundo pós-guerra, não podem ser considerados uma continuidade dos princípios gerais do direito, como se eles se apresentassem com uma nova roupagem. Isto porque, “os princípios constitucionais instituem *o mundo prático* no Direito”²⁵⁴ e, por meio de uma dimensão hermenêutica, impõem ao juiz o dever de decidir de forma adequada à Constituição a partir do fechamento interpretativo-hermenêutico, o que impede a possibilidade de múltiplas respostas e, conseqüentemente, possibilita uma blindagem à discricionariedade judicial.

Aqui também reside toda a importância da hermenêutica política sopesada por Dworkin, para quem os argumentos das decisões judiciais devem se justificar em princípios de moralidade

²⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 240.

²⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 576. Ainda sobre o função dos princípios no mundo prático do direito, Streck arremata: “Se admitimos ou se estamos de acordo que a noção de pré-compreensão conforma a atividade interpretativa, e se estamos de acordo que o novo paradigma do Direito tinha que fazer uma ruptura com aquela autonomia formal, e se estamos de acordo que os catálogos de direitos fundamentais e demais compromissos com a sociedade democrática (justa e solidária) forma inseridos nas constituições, o modo de fazer isso é compreender que isso só se dá a partir da facticidade. Isto é, do mundo prático. Princípios, nesse sentido, são o modo pelo qual toda essa normatividade adquire força normativa para além das insuficiências das regras”. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 596).

política²⁵⁵, principalmente diante dos casos difíceis. Ou seja, a interpretação jurídica deve ultrapassar a positividade da lei e os argumentos de procedimento político (argumentos de políticas públicas) para uma adequação e justificação a partir dos princípios de moralidade política da comunidade, fato que acaba contribuindo com o enriquecimento da democracia, como afirma Dworkin:

O Estado de Direito, na concepção que defendo, enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente, um fórum do princípio, e isso é importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum confirma que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão de bem público²⁵⁶.

Desse paradigma, aliás, exsurge a conclusão de que qualquer interpretação jurídica não se sustenta fora do contexto principiológico constitucional. Isto é, uma norma jurídica que decorre do produto de interpretação de uma regra não pode ser interpretada de forma literal e isolada, mas, sim, dentro de um universo constitucional principiológico, pois, “se sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na *applicatio*”²⁵⁷.

Hermeneuticamente falando, a impossibilidade de cindir interpretação e aplicação também deve se aplicar às regras e princípios, havendo apenas diferenças entre eles, o que não implica uma interpretação em partes entre regras e princípios, mas em partes e o todo, a partir de um círculo hermenêutico.

Esta força normativa da aplicação principiológica possibilita inclusive que o intérprete deixe de aplicar uma regra em um determinado caso, quando se constatar, por exemplo, que essa regra jurídica pode excluir a abrangência de um princípio, e, a partir dessa regra de exceção, esse mesmo direcionamento de aplicação principiológica deve ser aplicado aos casos similares,

²⁵⁵ Sobre a relevância das questões de princípios em Dworkin, esclarece Rafael Lazzarotto Simioni: “[...] questões de princípios são questões que devem prevalecer sobre as questões de políticas públicas, pois os princípios de moralidade política são questões que não estão sujeitas a uma escolha política democrática, não estão sujeitas à opinião da maioria. Não importa, por exemplo, se uma maioria democrática decidiu que um país deve instituir a pena de morte ou a escravidão, pois essas questões políticas já estão decididas por princípios. São questões de princípios”. (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 344). Ainda sobre os argumentos de princípios, ressalta Simioni: “os argumentos de princípios procuram justificar que alguém ou um grupo de pessoas tem um direito por uma questão de princípio. São argumentos insensíveis à escolha, porque, mesmo quando uma maioria democrática decide contra-argumentos de princípios, os princípios devem prevalecer”. (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade das decisões jurídicas. *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo, SP, v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011. Disponível em <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/4756/3658>. Acesso em 7 abr. 2023).

²⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. tradução Luiz Carlos Borges. – São Paulo : Martins Fontes, 2000. p. 38-39.

²⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 586.

possibilitando a construção de uma cadeia significativa e o rompimento com a cadeia interpretativa a partir do princípio que se extrai dessa exceção, fomentando a tradição e sedimentando à integridade²⁵⁸ e à coerência do sistema jurídico²⁵⁹.

Portanto, a conclusão que se extrai da aplicação principiológica é que os princípios figuram como a alma da regra jurídica, pois “possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”²⁶⁰. Aliás, o princípio possui uma dimensão transcendental, porque pode transcender qualquer regra inconstitucional para estabilizar a aplicação da norma jurídica de forma democrática e constitucional no plano do Estado Democrático de Direito²⁶¹, o que importa dizer que, no direito, toda interpretação também é uma questão de princípio, “isto é, a regra só será regra se não desobedecer àquilo que a institui e que lhe é condição de possibilidade de sentido: o princípio”²⁶².

Apesar da indivisibilidade entre regras e princípios, é preciso ficar claro que são os princípios que têm a função de indicar o modo correto de decidir²⁶³. Entretanto, isso não significa que se deva interpretar os princípios de forma extensiva, a partir de uma abertura semântica. Ao contrário, os princípios, como “orientadores” das regras, individualizam a *applicatio* no caso concreto, justamente por terem o papel de fechar as portas da interpretação

²⁵⁸ Nesse contexto, Streck ressalta a imbricação das teses de Dworkin e Gadamer, principalmente na relação direta que há entre a integridade com a consciência da história efetual e a tradição. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 307).

²⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 595.

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*; tradução Nelson Boeira. – 3ª ed. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 42.

²⁶¹ O caráter transcendente dos princípios possibilita que eles transcendam até mesmo o texto constitucional para ser aplicado (*applicatio*). É o caso, por exemplo, do princípio da igualdade, disposto no art. 5º, *caput*, I, da CF/88. Mesmo que o princípio da igualdade não estivesse positivado na Constituição – ou fosse suprimido do texto constitucional - ele sustentaria a condição de princípio. Isso porque, a inviolabilidade do direito à igualdade entre as pessoas está pressuposta no contexto do Estado Democrático de Direito. Portanto, os princípios transcendem até mesmo o texto constitucional para tomar forma no mundo prático.

²⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 604.

²⁶³ Uma interessante decisão por princípio é utilizada por Streck, e, ainda que o exemplo seja do mundo da arte, nos auxilia na compreensão da aplicação principiológica. Vejamos: “Eis um interessante texto de arte que nos ajuda a compreender a relação Direito-Moral e regra-princípio. Falo da série *House of Cards*; há um episódio em que o Presidente dos EUA é atingido por um tiro e precisa de transplante de fígado. No hospital, o médico diz que ele é o terceiro da fila. Mesmo que seja o Presidente dos EUA, a fila não pode ser ignorada. O médico diz: *It's the law*. É o Direito. O médico está correto, foi uma resposta não consequencialista. Decisão por princípio. Não é só pela ‘letra da lei’ que se recusa, é que há um princípio que enuncia essa regra; outro pelo qual uma vida é uma vida e mais um que diz que todos são iguais perante ‘a fila’”. (STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar de sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. 1. ed. – Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 114).

abertas pelas regras²⁶⁴, ou seja, um caso concreto sempre dependerá da aplicação principiológica.

Nesse processo dirigente e vinculativo da força normativa da Constituição, do qual os princípios fazem parte, também se conclui que todas as normas jurídicas infraconstitucionais somente podem ser consideradas válidas se estiverem coerentes com o texto constitucional. É dizer: o intérprete-juiz somente está sujeito à lei válida, que é aquela lei que está em consonância com o conteúdo material da Constituição, sendo dever do juiz, em caso de contradição, declarar a inconstitucionalidade da lei que confronta a Constituição. Essa interpretação é a interpretação conforme à Constituição que, sustentada pela força normativa e irradiadora da Constituição, é reconhecida por Streck como um princípio constitucional e, portanto, tem caráter deontológico e impositivo.

Alçada à categoria de princípio, a interpretação conforme a Constituição é mais do que um princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela. Desse modo, em sendo um princípio (imanente), os juízes e tribunais não podem (so)negar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição²⁶⁵.

Entendo que a interpretação conforme a Constituição é mais do que um princípio, mas um modo de interpretar a legislação à luz do texto constitucional, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela²⁶⁶.

Em tempo, cabe aqui um apontamento, ainda que evidente: a interpretação conforme a Constituição não transforma o juiz em um legislador. O fato de se adaptar os sentidos de um texto legal – por exemplo, declarar a inconstitucionalidade de uma lei - decorre do processo produtivo hermenêutico, sendo necessário (re)lembrar que a compreensão, mais do que um processo reprodutivo, é sempre um processo produtivo de sentidos.

Vê-se, assim, que no final de tudo é a Constituição que rege e disciplina o Estado Democrático de Direito e, nesse contexto, qualquer lei, para ser considerada válida, deve obedecer a regência da maestrina Constituição.

²⁶⁴ Ainda sobre o papel dos princípios, explica Streck: “Os princípios, assim, passam a fechar – e não abrir – a interpretação jurídica. Da mesma maneira, nos casos em que deve ser aplicada a “literalidade” da regra, isso só é possível porque ela vem justificada por um princípio que lhe sustenta”. (STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito – hermenêutica* [livro eletrônico]. 1. ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. p. 42).

²⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 351.

²⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 378.

Todo esse processo interpretativo, que envolve a interpretação conforme à Constituição, constitui parte do processo de compreensão proposto por Gadamer, na medida em que a produção de sentidos, e conseqüentemente a aplicação, devem estar vinculados à Constituição, e isso também passa pela aplicação principiológica.

4. A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

4.1.A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E O NECESSÁRIO ROMPIMENTO COM O POSITIVISMO JURÍDICO

No contexto atual é necessário que a ciência jurídica combata o “ovo da serpente do positivismo normativista” que se revela no problema da discricionariedade judicial. Para isto, é necessário enfrentar o elemento hermenêutico do direito, dando respostas ao problema aplicativo concreto da interpretação, que se manifesta na decisão judicial. O caminho desta tarefa deve partir da realização de um ajuste histórico com a tradição para o intérprete saber se posicionar de um modo adequado diante dos problemas jurídicos que a contemporaneidade apresenta à ciência jurídica²⁶⁷.

Nesse sentido, pode-se concluir que no atual panorama da interpretação jurídica as inconsistências apresentadas pelo positivismo jurídico ainda persistem, e desembocam em um ponto fulcral que concentra todo o problema: a discricionariedade judicial²⁶⁸.

A mudança de paradigma filosófico – da consciência para a linguagem – apesar de implicar em um novo olhar para o direito, não foi recepcionada em *terrae brasilis*, e isso pode ser constatado no cotidiano das interpretações do direito em nosso país, mormente diante das inúmeras decisões judiciais proferidas com forte poder discricionário de juízes solipsistas.

²⁶⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e ciência jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 46.

²⁶⁸ Para Lenio Streck, a discricionariedade judicial se compreende em um “elemento que autoriza o aplicador a interpretar (ou tomar sua decisão) sem que haja uma responsabilidade política, uma *accountability* hermenêutica, isto é, sem que se realize uma ‘prestação de contas’, o que tem como consequência a inobservância do dever de justificar/fundamentar constitucional e legislativamente, tornando a decisão um ato de vontade (uma manifestação solipsista)”. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 623).

Não há nas teorias do direito contemporâneas uma preocupação sobre como o intérprete deve decidir, ao ponto de ainda permanecer no senso comum teórico dos juristas a ideia de que o julgador primeiro decide para depois fundamentar sua decisão - comportamento interpretativo que tem suas raízes em um ato de vontade do juiz, nos moldes da moldura interpretativa de Kelsen.

Por mais que o sentido já venha antecipado no processo de compreensão do círculo hermenêutico, em razão de toda a problemática da pré-compreensão, isto não caracteriza um salvo-conduto para o intérprete decidir e só depois fundamentar. Nesse ponto, é necessário recordar que “não se compreende a floresta sem a árvore; e não se compreende a árvore sem o conceito de floresta”²⁶⁹, ou seja, não há como cindir interpretação e aplicação, até porque, “o conhecimento de um sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário”²⁷⁰, e tudo isso tem sua gênese na filosofia hermenêutica de Heidegger, e se concretiza na hermenêutica filosófica de Gadamer, no sentido de que para interpretar é necessário compreender, e, para compreender, pressupõe-se uma pré-compreensão.

A CHD, fundada por Lenio Streck, com aportes na filosofia hermenêutica de Heidegger, na hermenêutica filosófica de Gadamer e na hermenêutica política de Dworkin, possibilita uma nova abertura para o paradigma linguístico-hermenêutico do direito, pois adapta ao “mundo do direito” toda a mudança paradigmática provocada pela filosofia da linguagem. Aliás, o próprio Streck trata de esclarecer que a CHD se compreende no plano do conhecimento jurídico a partir da virada hermenêutica, que possibilitou “um novo estilo de abordagem na filosofia pela qual se vê como tarefa primeira o reconhecimento de que a universalidade da compreensão é condição de possibilidade da racionalização (ou da posituação)”²⁷¹.

Dessa forma, a CHD pode ser compreendida como uma teoria da decisão que se propõe a controlar o problema da discricionariedade judicial e a sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Portanto, antes de tudo, a CHD é uma teoria democrática, porque, ao

²⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 27.

²⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 409.

²⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 161.

fim e ao cabo, se preocupa com o que é mais primordial no Constitucionalismo Contemporâneo: a democracia.

Ora, toda decisão é um ato de poder, e, no paradigma do Estado Democrático de Direito o julgador tem o dever de prestar contas, isto é, de fundamentar suas decisões obedecendo a força normativa da Constituição, da forma como prevê o artigo 93, IX, da Constituição Federal. A Constituição, portanto, é o vetor de sentido que condiciona que todas as decisões sejam por ela orientadas, o que significa dizer que decidir não pode ser um ato de escolha, pelo qual o juiz toma decisões de acordo com a sua consciência, ou melhor: a linguagem não pode ser produto de um sujeito solipsista.

Desse modo, o papel da CHD se traduz na preservação da força normativa da Constituição e na garantia da autonomia do direito, e, por essa razão, não se trata de uma continuidade ou sucessão do positivismo. Ao contrário, desde a sua concepção, a CHD se preocupa em romper com o passado, com a tradição histórica e as armadilhas do positivismo jurídico. E, para atingir esse objetivo, as decisões judiciais devem passar por um filtro de princípios (ou virtudes) que têm a função de estabelecer padrões hermenêuticos que possibilitam efetivar a concretização da Constituição no âmbito do Estado Democrático de Direito. Para isto, a CHD se estrutura em cinco princípios que guiam a interpretação jurídica a uma teoria da decisão judicial hermenêutica, cujos princípios são os seguintes:

- a) *Preservação da autonomia do Direito*²⁷². No contexto do Estado Democrático, o direito, principalmente a partir de uma teoria da decisão judicial, deve preservar-se de influências predadoras de outros sistemas. Desse modo, para garantir o seu necessário grau de autonomia, o direito deve construir uma blindagem em relação aos predadores fecundados pelo senso comum teórico dos juristas que possibilitam posturas ativistas e todas outras formas de discricionariedade judicial, bem como das inserções da moral no mundo jurídico, principalmente as que enfraquecem os direitos fundamentais, decorrentes da política, economia e tantos outros predadores. Isso tudo, obviamente, pressupõe uma interpretação semântica fechada da Constituição, principalmente a partir de sua aplicação principiológica.

²⁷² Acerca da importância da autonomia do Direito, Rafael Lazzarotto Simioni ressalta, dentre outras conclusões, que “a autonomia do direito é importante: simplesmente porque, se o direito não for concebido como uma dimensão autônoma da cultura e da experiência e da experiência humana e social da nossa comunidade, então ele não é nem importante, tampouco necessário para a sociedade”. (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia*. In: FIGUEIREDO, E. H. L. (coord. et al). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2012. p. 147).

- b) *Controle hermenêutico da interpretação constitucional*, no intuito de combater o problema de discricionariedade judicial. Portanto, por meio desse princípio, novamente se traduz a necessidade de preservação da força normativa da Constituição e da autonomia do direito para impor limites às decisões judiciais, tendo como pano de fundo o dever fundamental de uma resposta adequada à Constituição.
- c) *Garantia ao respeito à integridade e à coerência do direito*. Nesse ponto, há uma imbricação entre a teoria “gadameriana” e “dworkiniana”, pois uma decisão judicial, além de obedecer a historicidade e a tradição, também deve obedecer a principiologia da Constituição, no intuito de garantir a coerência do direito; e a força normativa da Constituição, essa como asseguradora da integridade do direito. Em suma, “haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do Direito a partir da força normativa da Constituição”²⁷³.
- d) *Dever fundamental de justificar as decisões judiciais*. O dever de fundamentação das decisões judiciais, especificado no art. 93, IX da Constituição Federal, não se compreende apenas na fundamentação-motivação, mas, sim, na justificação da decisão. É necessário explicitar, de um modo hermenêutico-interpretativo, as razões (compreensão) pelas quais o intérprete chegou à determinada interpretação²⁷⁴. Como se vê, aqui também a historicidade da compreensão representa um elemento essencial do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada²⁷⁵.
- e) *Direito fundamental a uma decisão (resposta) constitucionalmente correta (adequada)*. Aqui reside o busílis de uma correta teoria do direito hermenêutica no pós-positivismo, que é a resposta adequada à Constituição. Ou seja, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o cidadão tem o direito de obter uma resposta constitucionalmente adequada à

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 687.

²⁷⁴ De se ver, no entanto, o quanto esse princípio e dever fundamental não é levado a sério no Brasil, a partir de inúmeras decisões (respostas) a embargos de declaração, pelos quais os julgadores se limitam a “fundamentar” que “o órgão julgador não está obrigado a responder a questionamentos das partes, mas tão só a declinar as razões de seu convencimento motivado”. Nesse sentido, a título de exemplo, conferir: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1920967/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100356168&dt_publicacao=05/05/2021. Acesso em: 14 mai. 2023.

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 644.

Constituição, que tem como norte a força normativa da Constituição e a força deontológica dos princípios.

Portanto, a partir dos princípios apresentados acima, a CHD parte de uma refundação das teorias das fontes, tendo como inspiração os mandamentos democráticos do Constitucionalismo a partir de 1988, que necessariamente deve inspirar o início, o meio e o fim de qualquer interpretação. Ou seja, não há resposta correta no direito sem que ela seja adequada à Constituição.

4.2.A RESPOSTA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO (RESPOSTA CORRETA)

Na CHD, a resposta adequada à Constituição pressupõe uma imbricação entre a hermenêutica filosófica de Gadamer e a integridade do Direito de Dworkin, posto que “ambas são antirrelativistas e antidiscricionárias, apostando, respectivamente, na tradição, coerência e na integridade para conter as ‘contingências’ do Direito que seduzem os juízes a julgar pragmaticamente”²⁷⁶.

Aliás, a resposta adequada à Constituição pressupõe não apenas uma compreensão, uma interpretação e uma aplicação do texto de forma coerente com à Constituição, mas também um conjunto de decisões anteriores direcionadas e sustentadas pelo vetor constitucional (coerência e integridade). Portanto, não há espaço para as convicções pessoais do juiz ou para ele “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”²⁷⁷, mas somente para a resposta correta, que é aquela adequada à Constituição, o que, aliás, trata-se de um princípio e direito fundamental do cidadão: no Estado Democrático de Direito todo cidadão tem o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

Nesse intento, a resposta adequada passa por uma espécie de revolvimento do chão linguístico que pressupõe a reconstrução histórica do DNA do caso concreto, pelo qual o intérprete, a partir da situação que se apresenta, busca legitimar a sua opinião prévia, na medida em que respeita a autonomia e a coerência e integridade do direito.

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. – Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 254.

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 167

Entretanto, isso não significa dizer que o juiz está proibido de interpretar e fundamentar suas decisões – aliás, como visto acima, a fundamentação é dever do juiz. Trata-se, na verdade, da necessidade de superar o nível apofântico da linguagem. É preciso ir além e construir uma função hermenêutica produtiva do direito, e não apenas reprodutiva. A exigência do artigo 93, IX, da Constituição Federal, não pode ser interpretada de um modo tabula rasa, e, para ir adiante, a CHD propõe uma “fundamentação da fundamentação”, que reside no nível hermenêutico da dupla estrutura da linguagem, onde faz morada a compreensão. Ou seja, a resposta correta está imersa em um nível hermenêutico de interpretação e, por isso, o juiz:

Deve, sim, explicitar os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política²⁷⁸.

No mais, não é despidendo afirmar que todo o conteúdo principiológico, sua força normativa e vinculativa, bem como o seu caráter deontológico e orientador das regras, são partes do todo – do círculo hermenêutico - que conduzem à resposta correta no direito. Nesse ponto, mais uma vez desemboca o fato de se verificar, em um caso concreto, qual é o princípio que conforma determinada regra pinçada para se aplicar em determinado caso, até porque, “os princípios não permitem ao intérprete uma ‘maior margem de atuação’ ou uma interpretação mais ‘extensiva’. Ao contrário disso, os princípios indicam o modo correto de decidir [...]. Este é o ponto fulcral de toda a questão”²⁷⁹.

Assim, percebe-se que o direito a uma resposta constitucionalmente adequada deve obedecer a todos os princípios/virtudes propostos pela CHD que garantem a correta aplicação da Constituição e que se constituem como condições de possibilidade para a interpretação do direito, pois respeitam a autonomia do direito, evitam a discricionariedade, respeitam a integridade e a coerência e apresentam uma correta e justificada fundamentação²⁸⁰.

No entanto, em consonância com a aplicação dos cinco princípios que direcionam a correta interpretação jurídica, a CHD também se preocupa com a eventual interferência do

²⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 433.

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 599.

²⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 647.

Judiciário em outros poderes – aliás, como foi visto, um dos objetivos da CHD é justamente preservar a autonomia do direito, e isso também implica combater o ativismo judicial.

Dessa visão hermenêutica da interpretação jurídica que os cinco princípios possibilitam, o intérprete não pode, a partir de uma falsa interpretação, desprestigiar a legislação, como se tivesse “superpoderes”, efeito esse que colocaria a CHD no mesmo plano que o positivismo jurídico, sendo que ela prega justamente o contrário, desde a sua origem.

Em razão dessa preocupação, o intérprete, antes de decidir a partir da estrutura dos cinco princípios, também deve responder a cinco perguntas que, de fato, estabilizam a correta interpretação do direito para uma resposta constitucionalmente adequada, a saber: a) Está sendo respeitada a autonomia do direito? b) Esta decisão é discricionária? c) Esta decisão possui uma consistência articulada (integridade e coerência)? d) Esta decisão está devidamente justificada/fundamentada? e) Esta decisão está respeitando o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada?

Nessa estrutura hermenêutica de interpretação do direito, a “fundamentação da fundamentação”, ou seja, a resposta correta, ultrapassa qualquer juízo solipsista ou respostas prontas e definitivas. No entanto, a resposta de fundamentação hermenêutica constitucional não é a única, e talvez nem seja a melhor, mas o que importa, é que ela é a mais adequada à Constituição e, por isso, a mais democrática, pois a Constituição, da mesma forma que é um remédio contra as maiorias, serve, ao mesmo tempo, como garantia dessas próprias maiorias²⁸¹.

Portanto, é preciso insistir que a resposta correta não é fruto de escolha personalista, pelo qual o juiz decide conforme a sua consciência fundamentando sua escolha no livre convencimento, na busca da verdade real, em um princípio ou em tantos outros fundamentos antidemocráticos; a resposta correta é aquela que foi ungida pela Constituição.

Assim, ao fim e ao cabo, a CHD tem em seu DNA o compromisso político e democrático, em consonância com o Estado Democrático de Direito, que a duras penas o Brasil conquistou.

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 629.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi visto neste trabalho, foi necessário estabelecer uma revisão acerca do problema da discricionariedade judicial. Para tanto, procurou-se compreender, inicialmente, a problemática histórica do Direito acerca da interpretação, argumentação e decisão jurídica, que se manifestou fortemente em duas dimensões opostas, que acabaram contribuindo para o fortalecimento do elevado grau de discricionariedade.

No século XIX, esse problema se manifestou a partir do subjetivismo provocado pelas lacunas, que, mesmo diante dos diversos referenciais do direito apresentados pelas escolas e pelos movimentos de interpretação, argumentação e decisão jurídica, o problema do preenchimento das lacunas, que possibilitou a subjetividade da interpretação jurídica, não foi solucionado. Nesse sentido, basta ver o caso do positivismo exegético, que não conseguiu uma plenitude lógica diante das constantes transformações da sociedade. O mesmo ocorreu em relação às outras escolas clássicas do direito, que tentaram construir um discurso pela abertura do sistema jurídico, mas acabaram se desvencilhando da realidade, e, na tentativa de resolver o problema das lacunas, não conseguiram controlar a interpretação e a subjetividade construtiva do juiz.

Já no século XX, o problema não se manifestou apenas diante do solipsismo provocado pelas lacunas, mas, também, em razão da indeterminação da linguagem do direito, revelada no positivismo normativista de Hans Kelsen, que transformou a ausência de resposta da lei em um excesso de possibilidades de significação. Ou seja, a discricionariedade se manteve, mas, agora, a raiz desse problema passou a ser a indeterminação da linguagem, apresentada para o mundo do direito como um caminho sem volta, vindo a perturbar os julgadores até os dias de hoje.

Foi só com a virada linguística hermenêutica, em especial a partir de Heidegger e Wittgenstein, que foi possível construir um novo referencial teórico para o direito, no intuito de possibilitar uma necessária ruptura paradigmática para a interpretação jurídica e superar o esquema sujeito-objeto, próprio da filosofia da consciência. No entanto, esse giro linguístico ainda não foi assimilado pelo Direito e, conseqüentemente, não possibilitou a superação da tradição positivista dos juristas em *terrae brasilis*, que em sua grande maioria, sustentados pelo senso comum teórico, ainda apostam na discricionariedade judicial.

Nesse sentido, a discricionariedade continua a constituir uma espécie de condição de possibilidade da decisão judicial, e o problema tem reverberado nas diversas teorias pós-positivistas que, apesar de apontarem para o fim do positivismo jurídico, acabaram assumindo teses vinculadas à sua origem, como a Jurisprudência dos Interesses, o movimento do Direito Livre, o positivismo normativista e tantas outras que não enfrentaram o elemento hermenêutico do direito.

Com isso, a aceitação da legitimidade discricionária do julgador ganhou ainda mais força ao longo dos anos, mesmo com o raiar do paradigma do Estado Democrático de Direito. Prova disso é a forma equivocada com que o neoconstitucionalismo tem sido interpretado no estado da arte do direito brasileiro, pelo qual os princípios passaram a ser compreendidos como uma abertura interpretativa, linguagem esta que, por mais que objetive superar o exegetismo do “juiz boca da lei”, submete o intérprete à criação jurídica de várias espécies de discricionariedades geradas no âmago daquilo que se acostumou a chamar de pós-positivismo.

Desse modo, a aposta na discricionariedade judicial passa a ser aceitável no Brasil, mas, na verdade, as posturas subjetivistas decorrentes do livre convencimento, do ativismo judicial, do pamprincipiologismo e outras espécies de discricionariedades desprestigiam a força normativa da Constituição e prejudicam a autonomia do direito, e, por isso, se mostram incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

É a partir deste nó górdio hermenêutico-interpretativo que se desenvolve a CHD, como uma teoria da decisão em sintonia com a virada hermenêutica linguística, e que de fato possibilita o enfrentamento do elemento hermenêutico do direito e busca, como condição de possibilidade, estabelecer um ajuste histórico da tradição para uma resposta correta no direito, que é aquela adequada à Constituição, combatendo, dentre outros equívocos, a discricionariedade judicial.

Assim, a CHD se apresenta como uma *desleitura* das posições defendidas no contexto atual do positivismo jurídico, e, para isso, estrutura-se principalmente a partir de uma simbiose entre a filosofia hermenêutica de Heidegger, a hermenêutica filosófica de Gadamer e a hermenêutica política de Dworkin, privilegiando, na essência de sua problemática hermenêutica, alguns elementos que possibilitam o seu desenvolvimento, como o círculo hermenêutico, a tradição, a história efetual, a distância temporal, a fusão de horizontes, a coerência e a integridade do direito e outras que possibilitam um constrangimento ao sujeito

solipsista para o enfrentamento da discricionariedade judicial, que, como visto ao longo de todo o trabalho, é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

As releituras dos aportes filosóficos da CHD mostram que a partir da fenomenologia hermenêutica proposta por Heidegger, estabelecida pela hermenêutica da facticidade e pela busca da compreensão do ser, possibilita-se um novo sentido à hermenêutica e à interpretação do direito, a partir da necessidade do desvelamento dos textos jurídicos.

Nessa mesma direção, a filosofia de Gadamer, sustentada pela tradição histórica, através do círculo entre parte e todo e da compreensão e historicidade, leva à consumação da hermenêutica filosófica, pela qual a interpretação não se dá por meio da cisão entre interpretação e aplicação, mas, sim, possibilita que a interpretação do direito deixe de ser meramente reprodutiva, passando a ser produtiva, por meio de uma atribuição de sentidos.

Por sua vez, a hermenêutica política de Dworkin, que consagra a responsabilidade política dos juízes, constitui um grande avanço para a democracia, na medida em que prioriza a integridade do direito, que se desdobra no dever de fundamentação e não em um ato de escolha, próprio do sujeito solipsista. Com esse propósito, o artigo 93, IX, da Constituição Federal, apresenta-se como um dispositivo com a roupagem democrática e explicita a necessidade de uma fundamentação compromissada com o Estado Democrático de Direito, como foi proposto pela CHD.

Ademais, na CHD o dever de “fundamentação da fundamentação” se eleva ao patamar de direito fundamental, que se concretiza na resposta adequada à Constituição, tendo relevância ainda a importância da aplicação principiológica como fechamento interpretativo, que possibilita diminuir o espaço da discricionariedade do intérprete, além do papel da tradição e da historicidade do direito, privilegiando, como um todo, o vetor da força normativa da Constituição.

Enfrentar a discricionariedade judicial, portanto, é papel de uma hermenêutica que se preocupa com a democracia, evitando que a incompatibilidade das decisões judiciais discricionárias continue solapando o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, pelo que se pôde observar, o projeto democrático apresentado pela CHD reconstrói a leitura da hermenêutica linguística na contemporaneidade, contribuindo para o enfrentamento da discricionariedade judicial.

Por outro lado, nesta quadra da história é necessário considerar a hipótese de se pensar em uma hermenêutica jurídica sob um outro horizonte, capaz de intermediar conexões que ultrapassam o processo de construção de sentido entre o sujeito e a linguagem do direito.

Viu-se no presente trabalho que a hermenêutica jurídica proposta pela tradição Heidegger-Gadamer se concentrou em explicitar a problemática da analítica do sujeito, e a CHD se apresentou como um verdadeiro corifeu para a ruptura paradigmática das incertezas da interpretação jurídica vinculadas à filosofia da consciência, pelo qual prevalece o protagonismo do juiz, o solipsismo, a subjetividade e outras interpretações individuais derivadas de uma escolha discricionária.

No entanto, para a construção de uma outra hipótese, é necessário explicitar a indeterminação da linguagem do direito não apenas a partir da problemática da subjetividade da filosofia da consciência - vinculada ao sujeito - mas, também, a partir da compreensão e da interpretação dos diferentes sistemas de organização que produzem o direito, tendo como direcionamento a contribuição da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann²⁸².

Isto porque não se pode fechar os olhos para as fortes influências que os sistemas de organização do direito provocam no intérprete, principalmente os de referências periféricas do direito, como as advocacias públicas e privadas, ministério público, procuradorias, defensoria pública, faculdades de direito e tantas outras, pois cada sistema de organização produz o direito de uma forma diferente, sob a perspectiva da organização do sistema no qual está inserido.

Nessa perspectiva, a subjetividade da consciência do intérprete acaba sendo influenciada por essas diferentes estruturas dos sistemas de organização sobre o qual ele se encontra submetido. E isso vai muito além do intérprete apenas ser membro de uma determinada organização, pois a construção dessa influência decorre da estrutura discursiva, de tradições, aspectos históricos e outras influências de um sistema de organização, uma vez que, apesar de cada sistema operar com base no direito, suas estruturas de interpretação são diferentes. Ou seja, “a linguagem” daquele sistema de organização irá influenciar o elemento hermenêutico do intérprete para a construção de novos sentidos.

²⁸² Nesse sentido, Rafael Lazzarotto Simioni explicitou profundas influências que os sistemas de organização podem produzir na interpretação, argumentação e decisão jurídica, a partir da construção de um novo sentido no Direito. (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A interpretação da interpretação: provocações da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann à hermenêutica jurídica no Brasil. In: Orlando Villas Boas Filho. (Org.). *Os Estudos Sociojurídicos e os Dilemas da Administração da Justiça: Desafios Atuais ao Poder Judiciário*. São Paulo: ESENI, 2021).

Mas não é só. Atualmente o intérprete não recebe apenas influências dos sistemas de organizações, mas, também, dos sistemas tecnológicos, principalmente diante do avanço da inteligência artificial, que tem possibilitado uma rápida transformação entre o intérprete e o direito, que indica uma subversão no referente de interpretação do direito, ou seja, o problema hermenêutico se desloca para os sistemas tecnológicos.

Tudo isso, obviamente, não se trata de uma nova “virada hermenêutica”, mas apenas a construção de uma nova hipótese de influência no referencial de sentido do direito, possibilitando que as operações de interpretação, argumentação e decisão jurídica se estabeleçam não apenas pelo referencial linguagem-sujeito, mas, também, a partir do referencial organizações-sujeito e sistemas tecnológicos-sujeito.

Enfim, as contribuições ora apresentadas sobre um “novo” referencial hermenêutico não constituem uma resposta melhor ou pior para a problemática da hermenêutica jurídica contemporânea, mas apenas um modo diferente de observação, uma vez que a compreensão, como propôs Gadamer, nunca é um comportamento apenas reprodutivo, mas também produtivo²⁸³, e compreender a perspectiva do direito a partir de outros sistemas constitui uma nova forma de reconstruir e produzir o sentido do direito para continuar a enfrentar um dos seus maiores dilemas: o problema da discricionariedade judicial e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

²⁸³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 392.

RERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito administrativo*. 19ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo, neoconstitucionalismo e ativismo judicial. In: ALVAREZ, Alejandro Montiel (Org. et al). *Perspectivas do discurso jurídico: argumentação, hermenêutica e cultura*. Porto Alegre: DM, 2015. p. 161-186.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. – São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza. et al. (Orgs.). *Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Puglesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed., atual. – São Paulo : Malheiros, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 29 mai. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no REsp 1920967/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100356168&dt_publicacao=05/05/2021. Acesso em: 14 mai. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgReg em REsp nº 279.889/AL. Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101540455&dt_publicacao=07/04/2003. Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.874/2018. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5874votoAMfinal.PDF>. Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 1045273. Tema nº 529. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5181220&numeroProcesso=1045273&classeProcesso=RE&numeroTema=529>. Acesso em 21 ago. 2022.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.009362-9/001. Voto do desembargador relator Valdez Leite Machado. Disponível em: <https://www8.tjmg.jus.br/themis/baixaDocumento.do?tipo=1&numeroVerificador=1000022009362900120222109597>. Acesso em 02 set. 2022.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (2ª REGIÃO). Agravo Interno nº 2005.51.01.516495-7. 2ª Turma Especial. Relator: Desembargador Messod Azulay Neto. Disponível em: https://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:imI_Lm8AmDAJ:trf2nas.trf.net/iteor/TXT/RJ0108210/1/19/191635.rtf+&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8. Acesso em 21. ago. 2022.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (4ª REGIÃO). *Portal de notícias*. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11091. Acesso em 20. ago. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*; tradução Nelson Boeira. – 3ª ed. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*; tradução Luiz Carlos Borges. – São Paulo : Martins Fontes, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 1997.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial*: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas – Belo Horizonte : Dialética, 2019.

FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano*: consequências da revolução da biotecnologia. Tradução de Maria Luiza X. A. de Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*; tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Fabris, 1991.

JHERING, Rudolf Von. *A finalidade do direito*. Tradução Heder K. Hoffman. Campinas: Bookseller, 2002.

JUNG, Luã Nogueira. *Um brevíssimo histórico do pensamento hermenêutico filosófico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-16/diario-classe-brevissimo-historico-pensamento-hermeneutico-filosofico#sdfootnote3anc>. Acesso em 17. mar. 2022.

JUNG, Luã Nogueira. *Verdade e Interpretação*: hermenêutica filosófica como alternativa ao naturalismo e ao relativismo. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021.

KAHLMAYER-MERTENS, Roberto S. *10 lições sobre Heidegger*. Petrópolis, RJ : Vozes, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACDOWELL, J. A. *A gênese da ontologia fundamental de Martin Heidegger*: ensaio de caracterização do modo de pensar de *Sein und Zeit*. São Paulo: Editora Herder, 1970.

MANENT, Pierre. *La cité de l'homme*, Paris: Flammarion, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed. – São Paulo : Atlas, 2012.

NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NUNES, Benedito. *Hermenêutica e poesia: o pensamento poético*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguística-pragmática na filosofia contemporânea*. 3ª ed. São Paulo : Edições Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Hermenêutica e ciência jurídica: gênese conceitual e distância temporal*. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 1990.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *A origem da desigualdade entre os homens*; trad. Ciro Mioranza. Coleção grandes obras do pensamento universal, vol. 7. – São Paulo: Editora Escala, 2005.

SANTOS, Bruno Aguiar. *Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio*. 2ª edição revista e ampliada – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*; tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

SILVA, Marina Helena Vieira da. *A decisão antes da decisão: neopositivismo e a crítica hermenêutica do direito no Brasil do início do século XXI*. 2021. 205f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2021.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *A interpretação da interpretação: provocações da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann à hermenêutica jurídica no Brasil*. In: Orlando Villas Boas Filho. (Org.). *Os Estudos Sociojurídicos e os Dilemas da Administração da Justiça: Desafios Atuais ao Poder Judiciário*. São Paulo: ESENI, 2021.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, E. H. L. (Coord. *et al*). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Hermenêutica constitucional no paradigma da *Différence*. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, [S. l.]. Joaçaba, SC. v. 19, n. 1, jan./abr. 2018, p. 25–44. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/14457>. Acesso em: 28 fev. 2022.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O segredo de Kelsen: resenha de um livro imaginário sobre o fim do neoconstitucionalismo no direito brasileiro. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. v. 90, n. 1, p. 110-136, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/230674/29131>. Acesso em: 10 mar. 2022.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade das decisões jurídicas. *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo, SP, v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/4756/3658>. Acesso em 7 abr. 2023.

STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. – Ijuí : Ed. Unijuí, 2001.

STEIN, Ernildo. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*; organizadores Ernildo Stein, Lenio Streck - 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ - Eletrônica*, vol. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em 10 out. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito – hermenêutica* [livro eletrônico]. 1. ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, n. 4, jan.-jun. p. 9-27, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck*. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar de sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. 1. ed. – Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 2012. 139f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2012. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 26 ago. 2022.

TASSINARI, Clarissa. *Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário*. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador, Bahia: Editora JusPodivm, 2019.

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

TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à Lei: entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismos e Pragmatismo*. 2. ed. revista, modificada e ampliada. Belo Horizonte : Fórum, 2019.

TOVAR, Leonardo Zehuri. *Teoria do Direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada*. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

VIEIRA, José Ribas. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1980.

WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus lógico-philosophicus*. Tradução de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.

ZILLES, Urbano. *O racional e o mítico em Wittgenstein*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 1991.