

Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito

Hermeneutic, Constitution and autonomy of Law

Lenio Luiz Streck¹

Unisinos, RS, Brasil
lenios@globocom

Resumo

As Constituições promulgadas a partir do segundo pós-guerra passaram a contemplar regras e princípios, com diretrizes dirigentes, contendo, em seu ideário, a expectativa de realização dos preceitos nelas insculpidos, a fim de implantar as políticas do Estado Democrático de Direito, fato que representa um *plus* normativo em relação ao *welfare state*. Nesse contexto, o deslizamento do pólo de tensão em direção à jurisdição constitucional não veio, no Brasil, acompanhado da devida compreensão do novo paradigma. Conjugado a isso, não houve a necessária recepção, pelo Direito, dos avanços representados pelo *ontological-linguistic turn* ocorrido na filosofia, visto como uma superação do esquema sujeito-objeto. Conseqüentemente, não foram alicerçadas as condições para a superação da discricionariedade positivista, fato que alavancou uma crise paradigmática no que concerne à efetivação das promessas da modernidade por meio da jurisdição constitucional, desconsiderando o Estado Democrático de Direito como um novo paradigma fundado na autonomia do Direito.

Palavras-chave: Hermenêutica, Constituição, autonomia do Direito.

Abstract

The Constitutions enacted starting from the second post-war period have begun to contemplate rules and principles, with leading policies, having in its body of political, social and economic ideas the expectation of precepts achievement inscribed in it, in order to introduce the policies of the Democratic State of Law, representing a normative *plus* with regard to *welfare state*. In this context, the slipping of tension pole towards constitution jurisdiction has not come in Brazil followed by the due comprehension of the new paradigm. Conjoined to this, there was not a necessary reception, by Law, of the improvements represented by *ontological-linguistic turn* that have taken place in philosophy, seen as an

¹ Doutor em Direito do Estado (UFSC); Pós-Doutor em Direito Constitucional e Hermenêutica (Universidade de Lisboa); Professor Titular da UNISINOS/RS. Endereço: Programa de Pós Graduação em Direito - UNISINOS. Av. Unisinos 950, Bairro Cristo Rei, 93022-000, São Leopoldo, RS, Brasil.

overcome of the subject-object scheme. Consequently, the conditions for the surpassing of positivist discretionality were not based which has handled a pragmatic crisis in what concerns the effectiveness of promises of modernity through the constitutional jurisdiction, disrespecting the Democratic State of Law as a new paradigm founded established in the autonomy of the Law.

Key words: Hermeneutics, Constitution, autonomy of Law.

Interpretação e aplicação da Constituição no Brasil

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

Nesse novo paradigma, o Direito assume um elevado grau de autonomia frente à política, isto é, a (quase) plenipotenciabilidade da política produziu um elevado *deficit* de direitos fundamentais. Essa circunstância engendrou a construção de um novo modelo de Direito e de Estado. Mais do que um remédio contra maiorias – e veja-se que nem para isso o constitucionalismo de antanho havia servido, bastando, para tanto, pensar nas experiências fascista e nazista –, a Constituição passou a ser um modo de concretização de direito, o que representou, em outras palavras, “fazer democracia através do Direito”. A Constituição passou o ser estatuto jurídico do político, com acentuado grau de dirigismo.

Já na Filosofia, o *linguistic turn* (invasão da filosofia pela linguagem) operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da compreensão (hermenêutica). A linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa “interposta” entre um sujeito e um objeto, passa ao *status* de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo. Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios. Esse giro hermenêutico, que pode ser denominado também de giro *lingüístico-ontológico*, proporciona um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo.

À revelia dessa revolução paradigmática, as pesquisas sobre a interpretação do direito em terras brasileiras continua(ra)m atreladas, de um modo ou de outro, aos cânones do esquema sujeito-objeto. Nesse contexto, a linguagem tem sido vista como um terceiro elemento que se interpõe entre o sujeito e o objeto. Essa questão, aliás, levou Gadamer a fazer uma crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como um produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é: primeiro, conheço; depois, interpreto, para só, então, aplicar).

A partir disso, a ruptura com o pensamento metafísico que sustenta esse *modus* interpretativo dá-se pela idéia de antecipação de sentido, que ocorre no interior do círculo hermenêutico – idéia chave na hermenêutica filosófica –, no qual o intérprete fala e diz o ser na medida em que o ser se diz a ele, e a compreensão e explicitação do ser já exigem uma compreensão anterior. Conseqüentemente, a noção de círculo hermenêutico torna-se absolutamente incompatível com a assim denominada – como quer a dogmática jurídica tradicional – “autonomia” de métodos, cânones ou técnicas de interpretação e/ou de seu desenvolvimento em partes ou em fases. Isso demonstra que o processo interpretativo não acontece aos pedaços, em partes, em fatias. Interpretar é aplicar sempre. Essa é a tese central de uma teoria hermenêutica fincada na matriz da ontologia fundamental que venho sustentando.

Nesse sentido, cabe aqui uma advertência: a matriz hermenêutica (fundada na ontologia fundamental), que venho defendendo (Streck, 2007), não deve ser entendida como uma “adaptação” de teorias filosóficas ao Direito, como se a Filosofia fosse uma “capa de sentido” de um conhecimento jurídico desprovido de capacidade crítica. Do mesmo modo, não se trata de “heideggerizar” ou “gadamerizar” o Direito, a partir de um ingênuo acoplamento de sofisticadas teorias de sofisticados filósofos. A utilização da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica – e é importante ter-se clara a diferença entre essas duas noções – dá-se na exata medida

da ruptura paradigmática introduzida, principalmente, por Heidegger (e por Wittgenstein), entre os anos 20 e 30 do século XX, a partir da introdução do mundo prático na Filosofia.

Mais do que um *linguistic turn* – afinal, também o neopositivismo, com todas as suas insuficiências, enquadra-se nessa primeira viravolta –, ocorreu um giro lingüístico-ontológico. Essa alteração radical na estrutura do pensamento proporcionou a ruptura com os paradigmas objetivista e subjetivista. Não há dúvida de que o conceito de mundo (ser-no-mundo) veio trazer a radical inovação de um *a priori* novo, que precede qualquer discurso, em lugar da idéia da objetividade e da subjetividade como elementos transcendentais/estruturantes de qualquer discurso (observe-se a dimensão dessa questão no plano do discurso jurídico, por exemplo). Trata-se, a toda evidência, de um conceito que descreve um acontecer que sempre envolve quem fala e aquele de quem se fala e que pode ser explicitado em seu funcionamento prévio (eis a introdução do mundo prático). Nesse contexto, insere-se a discussão sobre a pré-compreensão (veja-se, a propósito, como a pré-compreensão tem sido banalizada, mal compreendida no Direito; pré-compreensão tem um sentido transcendental e não ôntico-epistêmico).

Essa autêntica revolução copernicana não foi apenas relevante para o Direito, mas para a totalidade da estrutura do pensamento da humanidade. Aliás, quando falo em ruptura, quero acentuar um deslocamento daquilo que era pretendido nos e pelos paradigmas anteriores, cujos propósitos foram transformados em um mero elemento objetificador das condições de possibilidade que, apesar de terem seu sentido em uma epistemologia, labora(ra)m no equívoco do qual são o fundamento último, desconhecendo que há sempre um acontecer de uma compreensão prévia compartilhada em todas as formas transcendentais da metafísica. A partir daí, já não se fala em *fundamentum inconsumum*, e sim no compreender e nas suas condições de possibilidade; enfim, salta-se da epistemologia para a ontologia (ontologia fundamental). A pergunta que se faz aos críticos da “utilização” de Heidegger (1993) e Gadamer (1990) no Direito – que vêm principalmente do campo filosófico – é: *por que o Direito estaria “blindado” às influências dessa revolução paradigmática?* Aliás, talvez por assim se pensar é que o Direito continua, até hoje, refém, de um lado, do objetivismo (metafísica clássica) e, de outro, do solipsismo próprio da filosofia da consciência (metafísica moderna).

Penso, assim, que os críticos (refiro-me especialmente àqueles advindos da Filosofia e da Sociologia)

que olham de soslaio o crescimento do uso da ontologia fundamental no Direito deveriam observar melhor esse fenômeno e, quem sabe, implementar pesquisas nessa área, assim como os juristas fazem cada vez mais pesquisas na área da Filosofia (não para transformar a Filosofia em um discurso otimizador do Direito, mas como condição de possibilidade; por isso destaco a expressão que cunhei “Filosofia *no* Direito” e não “*do* Direito”). Na expressão “Filosofia no Direito”, o “no” quer dizer o espaço da introdução do “mundo” *no* Direito. O “no” é “ser em”. É condição de possibilidade. Como se sabe, é no conceito de mundo que está a superação dos dualismos metafísicos. É por ele que entra o “modo-de-ser-no-mundo”. É por ele que os “conceitos plenipotenenciários” do Direito sangram. Em outras palavras: penso que o Direito é um fenômeno bem mais complexo do que se pensa...! Ele não é uma mera racionalidade instrumental, como sempre quiseram as posturas positivistas e seus sucedâneos. Isso implica reconhecer que fazer Filosofia no Direito não é apenas pensar em levar para esse campo a analítica da linguagem ou que os grandes problemas deste estejam na mera interpretação dos textos jurídicos. Isso seria subestimar tanto essa ciência quanto a capacidade reflexiva dos juristas preocupados com um Direito que, fundamentalmente, possui um sentido prático-normativo.

Fundamentalmente, a hermenêutica filosófica – derivada da filosofia hermenêutica – vem para romper com a relação sujeito-objeto e representa, assim, uma verdadeira revolução copernicana. Em outras palavras, coloca em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento. E isso tem conseqüências sérias.

Com efeito, em um universo que calca o conhecimento em um fundamento último e onde a epistemologia é confundida com o próprio conhecimento (problemática presente nas diversas teorias do discurso e nas perspectivas analíticas em geral), não é difícil constatar que a hermenêutica jurídica dominante no imaginário dos operadores do Direito no Brasil (*perceptível a partir do ensino jurídico, da doutrina e das práticas dos tribunais*) continua sendo entendida como um (mero) saber operacional. Domina, no âmbito do campo jurídico, o modelo assentado na idéia de que “o processo/procedimento interpretativo” possibilita que o sujeito (a partir da certeza-de-si-do-pensamento-pensante, enfim, da subjetividade instauradora do mundo) alcance o “exato sentido da norma”, “o exclusivo conteúdo/sentido da lei”, “o verdadeiro significado do vocábulo”, “o real sentido da regra jurídica” etc.

O pensamento dogmático do Direito continua acreditando na idéia de que o intérprete extrai o senti-

do da norma, como se este estivesse contido no próprio texto da norma, enfim, como se fosse possível extrair o sentido-em-si-mesmo. Sem pretender simplificar o problema, é possível dizer que o saber dogmático-jurídico ainda continua refém de uma metodologia que não ultrapassou nem sequer a filosofia da consciência. O conjunto de técnicas trazidas pela expressiva maioria da doutrina tende a objetificar o Direito, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do Direito na sociedade, que faz soçobrar, com isso, a força normativa da Constituição. Isso sem falar na velha dualidade *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*, sobre a qual não é necessário desperdiçar energias nesta quadra da história.

Mas há que se ficar atento: no plano do sentido comum teórico, existe um “algo mais” do que a filosofia da consciência, que é o paradigma metafísico aristotélico-tomista, de cunho dedutivista; ambos consubstanciam as práticas argumentativas dos operadores jurídicos. Assim, na medida em que o processo de formação dos juristas tem permanecido associado a tais práticas, tem-se um certo retorno (ou permanência) ao objetivismo jurídico, que nada mais é do que a afirmação das posturas próprias do normativismo positivista.

Desse modo, a dogmática jurídica (tradicional), como reprodutora de uma cultura estandardizada, torna-se refém de um pensamento metafísico, e se esquece daquilo que a hermenêutica filosófica representa nesse processo paradigmático de ruptura. Esse esquecimento torna possível separar o Direito da sociedade, enfim, de sua função social. Dito de outro modo, *o formalismo tecnicista que foi sendo construído ao longo de décadas “esqueceu-se” do substrato social do Direito e do Estado*. E esqueceu-se, fundamentalmente, do grau de autonomia que o Direito alcançou no paradigma do Estado Democrático de Direito. Ou seja, transformado em uma mera instrumentalidade formal, o Direito deixou de representar uma possibilidade de transformação da realidade, à revelia do que a própria Constituição estatui: a construção do Estado Democrático (e Social) de Direito. À toda evidência, essa circunstância produzirá reflexos funestos no processo de compreensão que o jurista terá acerca do papel da Constituição, que perde, assim, a sua substancialidade. Veja-se, a propósito, a dificuldade que os juristas têm em lançar mão da jurisdição constitucional; veja-se, por tudo, a inefetividade da Constituição, passados quase vinte anos de sua promulgação!

Dentre outras razões, isso ocorre porque o sentido comum teórico dos juristas continua assentado nos postulados da hermenêutica clássica (ou de suas derivações), de cunho reprodutivo. É como se as palavras refletissem a essência das coisas, e a tarefa

do intérprete fosse “acessar” esse sentido (unívoco) ontológico (no sentido clássico aristotélico-tomista). É o preço que a hermenêutica (ainda) paga à concepção realista das palavras, que teve uma recepção incomensurável no Direito, sem mencionar, aqui, o papel desempenhado pelo paradigma epistemológico da filosofia da consciência. No fundo, de um lado, há uma objetividade textual, que torna o intérprete refém de um mundo de essências (observe-se a força das súmulas e dos verbetes jurisprudenciais, por exemplo), e, de outro, uma subjetividade que assujeita o texto, pelo qual o texto jurídico é “apenas a ponta do iceberg” (preste-se, pois, muita atenção: quando um jurista afirma isso, está-se diante de um positivista).

Mesmo algumas posturas consideradas críticas do Direito, embora tentem romper com o formalismo normativista (para o qual a norma é uma mera entidade lingüística), transferem o lugar da produção do sentido do objetivismo para o subjetivismo; da coisa para a mente/consciência (subjetividade assujeitadora e fundante); da ontologia (metafísica clássica) para a filosofia da consciência (metafísica moderna). É possível, desse modo, perceber uma certa imbricação – consciente ou inconsciente – dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no interior da doutrina brasileira (e estrangeira).

Neste ponto está a minha insistência: trata-se de um problema paradigmático. Os juristas não conseguem alcançar o patamar da viragem lingüístico/hermenêutica, no interior da qual a linguagem, de terceira coisa, de mero instrumento e veículo de conceitos, passa a ser condição de possibilidade. Permanecem, desse modo, prisioneiros da relação sujeito-objeto (problema transcendental), refratária à relação sujeito-sujeito (problema hermenêutico). Sua preocupação é de ordem metodológica e não ontológica (no sentido heideggeriano-gadameriano). A revolução copernicana provocada pela viragem lingüístico-hermenêutica tem o principal mérito de deslocar o *locus* da problemática relacionada à “fundamentação” do processo compreensivo-interpretativo do “procedimento” para o “modo de ser”.

Não há como negar que a ausência de uma adequada compreensão do novo paradigma do Estado Democrático de Direito torna-se fator decisivo para a inefetividade dos valores constitucionais. Acostumados com a resolução de problemas de índole liberal-individualista e com posturas privatísticas que ainda comandam os currículos dos cursos jurídicos (e os manuais jurídicos), os juristas (compreendidos *lato sensu*) não conseguiram, ainda, despertar para o novo. O novo continua obscurecido pelo velho paradigma, sustentado por uma dogmática jurídica entificadora. Dizendo de outro

modo: ocorreu uma verdadeira revolução copernicana na Filosofia, no Direito Constitucional e na Ciência Política, que ainda não foi suficientemente recepcionada pelos juristas brasileiros.

Mas, atenção: a superação da hermenêutica metódico-tradicional não pode significar uma profissão de fé nas teses positivistas-decisionistas

Nada do que foi dito até aqui pode significar que o intérprete venha a dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, isto é, a hermenêutica nem de longe pode ser considerada relativista. Ao contrário, é a partir da hermenêutica filosófica que se falará da possibilidade de respostas corretas ou, se assim for almejado, de respostas hermenêuticamente adequadas à Constituição (portanto, sempre será possível dizer que uma coisa é certa e outra é errada; há prejuízos falsos e pré-juízos verdadeiros). Essa questão assume especial relevância, exatamente, se examinada no plano das rupturas paradigmáticas, isto é, não se deve esquecer o grau de autonomia alcançado pelo Direito (leia-se, pelas Constituições) no Estado Democrático de Direito, a ponto de se poder considerar ultrapassada a dicotomia direito-moral. Dizendo de outro modo, esse grau de autonomização do Direito traz consigo a co-originariedade com a moral, que se institucionaliza no Direito. Nesse ponto, assiste razão a Habermas (1997). A produção democrática do Direito dispensa o uso de uma moral corretiva, como pretendem, por exemplo, algumas teorias argumentativas, em especial a de Alexy (1993-2002) e Günther.

Destarte, a discussão alcança o patamar da democracia. Não teria sentido que, neste período da história, depois da superação dos autoritarismos/totalitarismos surgidos no século XX e no momento em que se alcançou esse (elevado) patamar de discussão democrática do Direito, se viesse a depender da discricionariedade dos juízes na discussão dos assim denominados “casos difíceis”. Dito de outro modo, isso significa substituir a democracia pela “vontade do poder” (entendido como o último princípio epocal da modernidade) dos juízes. A produção democrática do Direito – que é esse *plus* normativo que caracteriza o Estado Democrático de Direito – é um salto para além do paradigma subjetivista.

É nesse sentido que, ao ser anti-relativista, a hermenêutica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte dos juízes. Mais do que isso, a hermenêutica será antipositivista, colocando-se como

contraponto à admissão de múltiplas respostas advogada pelos diversos positivismos (pensemos, aqui, nas críticas de Dworkin (1978) a Hart (1994)). Nesse sentido, lembro que a noção de positivismo é entendida, neste texto e no restante de minhas obras, a partir de sua principal característica: a discricionariedade, que ocorre a partir da “delegação” em favor dos juízes para a resolução dos casos difíceis (não abarcados pela regra). A *holding* da discussão encontra-se nas críticas dirigidas a Herbert Hart por Ronald Dworkin, para quem o juiz não possui discricionariedade para solver os *hard cases*. Antes de tudo, trata-se de uma questão de democracia. Por outro lado, parece despiendo acentuar ou lembrar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma proibição de interpretar. Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). É fundir horizontes. E o Direito é um sistema de regras e princípios, comandado por uma Constituição. Que as palavras da lei (*lato sensu*) contêm vagezas e ambigüidades e que os princípios podem ser – e, na maior parte das vezes, são – mais abertos, em termos de possibilidades de significado, não constitui nenhuma novidade. O que deve ser entendido é que a aplicação desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete, dando razão a Kelsen (1987), para quem *a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade (sic)*. O drama da discricionariedade aqui criticada é que esta transforma os juízes em legisladores. Isso enfraquece a autonomia do Direito conquistada, principalmente, no paradigma do Estado Democrático de Direito. Combater a discricionariedade não significa dizer que os juízes não criam Direito (sem olvidar o relevante fato de que, no mais das vezes, a discricionariedade se transforma em arbitrariedade, soçobrando, assim, o direito produzido democraticamente). Mas não é esse tipo de criação judicial que está em causa no debate Dworkin-Hart e tampouco nas críticas que faço ao positivismo à luz da hermenêutica filosófica.

Levando em conta as promessas incumpridas da modernidade em *terrae brasilis*, a superação dos paradigmas metafísicos clássico e moderno – condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno do novo constitucionalismo e da conseqüente derrota do positivismo – *não pode representar o abandono das possibilidades de se alcançar verdades conteudísticas*. Sendo mais claro: a hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de “decisionismo” ou “realismo”. Gadamer rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo à hermenêutica (jurídica). Falar de relativismo é admitir verdades

absolutas, problemática, aliás, jamais demonstrada. A hermenêutica afasta o fantasma do relativismo, porque este nega a finitude e seqüestra a temporalidade. No fundo, trata-se de admitir que, à luz da hermenêutica (filosófica), é possível dizer que existem verdades hermenêuticas. A multiplicidade de respostas é característica não da hermenêutica, e, sim, do positivismo. Ou seja, é possível dizer, sim, que *uma interpretação é correta, e a outra é incorreta*. As pessoas se movem no mundo exatamente porque podem fazer afirmações dessa ordem. E disso nem se dão conta. Ou seja, na compreensão, os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer; ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer *na* e *pela* interpretação.

Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer outra concepção teórico-filosófica (ainda) chamam de “raciocínio subsuntivo” ou “raciocínio dedutivo” nada mais é do que esse “paradoxo hermenêutico”, que se dá exatamente porque a compreensão é um existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto por que compreendi, pela simples razão de que já compreendi, o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde).

Aquilo que algumas teorias (argumentativas) chamam de casos fáceis – portanto, solucionáveis por intermédio de “simples subsunções” ou “raciocínios dedutivos” – são exatamente a comprovação disso. Com efeito, na hermenêutica, essa distinção entre *easy* e *hard cases* desaparece em face do círculo hermenêutico e da diferença ontológica. Essa distinção (que, na verdade, acaba sendo uma cisão) não leva em conta a existência de um acontecer no pré-compreender, no qual o caso simples e o caso difícil se enraízam. Existe, assim, uma unidade que os institui, detectável na “dobra da linguagem”. Veja-se, nesse sentido, como essa dualização (contraposição) entre casos difíceis e casos fáceis acarreta problemas que as diversas teorias analítico-discursivas não conseguem responder satisfatoriamente: casos fáceis (isso vale também para as demais versões da teoria da argumentação jurídica) são aqueles que demandam respostas corretas *que não são discutidas*; casos difíceis são aqueles nos quais *é possível propor mais de uma resposta correta* “que se situe dentro das margens permitidas pelo direito positivo”. Mas pergunto: como definir “as margens permitidas pelo direito positivo”? Como isso é feito? A resposta que a teoria da argumentação jurídica parece dar é: partir de raciocínios em abstrato, *a priori*, como se fosse, primeiro, interpretar e, depois, aplicar...

Neste ponto, as diversas teorias do discurso se aproximam: as diversas possibilidades de aplicação se constituem em discursos de validade prévia, contrafá-

uticos, que servirão para juízos de “adequação”. No meu sentir, entretanto, isso implica um dualismo, que, por sua vez, acarreta separação entre *discursos de validade* e *discursos de aplicação*, cuja resposta se dará, à revelia da vontade, mediante raciocínios dedutivos, e isso é filosofia da consciência, por mais que se queira negar.

Se é verdade que as explicações decorrentes do modo prático de ser-no-mundo (o-desde-já-sempre-compreendido) resolvem-se no plano ôntico (na linguagem da filosofia da consciência, em um raciocínio causal-explicativo), também é verdadeiro afirmar que esse “modo ôntico” permanecerá e será aceito como tal se – e somente se – a sua objetivação não causar estranheza no plano daquilo que se pode entender como tradição autêntica. Nesse caso, devidamente conformados os horizontes de sentido, a interpretação “desaparece”. Em síntese, isso ocorre quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo.

Mas, se essa fusão de horizontes se mostrar mal-sucedida, ocorrerá a demanda pela superação das insuficiências do que onticamente objetivamos. Trata-se do acontecer da compreensão, pelo qual o intérprete necessita ir além da objetivação. Com efeito, estando o intérprete inserido em uma tradição autêntica do Direito, em que os juristas introduzem o mundo prático seqüestrado pela regra (para utilizar apenas esses componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes.

Por isso, o acerto de Dworkin ao exigir uma responsabilidade política dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque, com elas, afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Daí a necessidade de ultrapassar o “modo-positivista-de-fundamentar” as decisões (perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar – e isso ocorre no plano da aplicação – detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo “Defiro, com base na lei *x* ou na súmula *y*”.

Mutatis, mutandis, trata-se de justificar a decisão (decisão no sentido de que todo ato aplicativo – e sempre se aplica – é uma *de-cisão*). Para esse desiderato, compreendendo o problema a partir da antecipação de sentido (*Vorhabe, Vorgriff, Vorsicht*), no interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, sem que um e outro sejam mundos estanques, separados, fundem-se os horizontes do intérprete do texto (registre-se, texto é evento, tex-

to é fato). Toda a interpretação começa com um texto, até porque, como diz Gadamer (1990, p. 274), “se queres dizer algo sobre um texto, deixa primeiro que o texto te diga algo”. O sentido exsurgirá, de acordo com as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo, d’onde pré-juízos inautênticos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos.

Ou seja, ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender. Na verdade, compreendemos para interpretar, e a interpretação é a explicitação do compreendido, para continuar a usar as palavras de Gadamer. Essa explicitação não prescinde de uma estruturação no plano argumentativo (é o que se pode denominar de o “como apofântico”). A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do Direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

A justificativa (a fundamentação da fundamentação, se assim se quiser dizer) é condição de possibilidade da legitimidade da decisão. Isto é assim porque o sentido da obrigação de fundamentar as decisões previsto no art. 93, inc. IX, da Constituição do Brasil (Brasil, 1988) implica, necessariamente, a justificação dessas decisões. Veja-se que um dos indicadores da prevalência das posturas positivistas – e que denuncia a discricionariedade judicial que lhe é inerente – está no escandaloso número de embargos de declaração propostos diariamente no Brasil. Ora, uma decisão bem fundamentada/justificada (nos termos de uma resposta correta-adequada-à-Constituição, a partir da exigência da máxima justificação, ou seja, há que fundamentar a fundamentação) não poderia demandar esclarecimentos acerca da *holding* ou do *dictum* da decisão. Os embargos de declaração – e acrescente-se, aqui, o absurdo representado pelos “embargos de pré-questionamento” (*sic*) – demonstram a irracionalidade positivista do sistema jurídico. Como é possível que se considere normal a não fundamentação de uma decisão, a ponto de se admitir, cotidianamente, milhares de embargos?

Nessa linha, a *applicatio* – porque interpretar é sempre um aplicar – evita a arbitrariedade na atribuição de sentido porque é decorrente da antecipação (de sentido), que é própria da hermenêutica filosófica. Aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a se transformar em um “simples resultado” manipulável pelo intérprete. Afinal, não se pode esquecer que mostrar a hermenêutica como produto de um raciocínio

feito por etapas foi a forma que a hermenêutica clássica encontrou para buscar o controle do processo de interpretação. A compreensão de algo *como* algo (*etwas als etwas*) simplesmente ocorre (acontece) porque o ato de compreender é existencial, fenomenológico, e não epistemológico. Qualquer sentido atribuído arbitrariamente será produto de um processo decorrente de um vetor (*standard*) de racionalidade de segundo nível, meramente argumentativo/procedimental, isso porque filosofia não é lógica e, tampouco, um discurso ornamental.

A pré-compreensão hermenêutica: de como pré-juízos inautênticos acerca do sentido da Constituição acarretam prejuízos ao intérprete

Gadamer sempre nos ensinou que a compreensão implica uma pré-compreensão que, por sua vez, é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos. Desse modo, o intérprete do Direito (jurista *lato sensu*) falará o Direito e do Direito a partir dos seus pré-juízos, enfim, de sua pré-compreensão. Falará, enfim, de sua situação hermenêutica (o conceito de situação caracteriza-se porque alguém não se encontra frente a ela e, portanto, não pode ter um saber objetivo dela; se está nela, este alguém se encontra sempre em uma situação cuja iluminação é uma tarefa que não pode ser desenvolvida por inteiro). Essa pré-compreensão é produto da relação intersubjetiva (sujeito-sujeito) que o intérprete tem no mundo.

O intérprete não interpreta do alto de uma relação sujeito-objeto. Está, sim, sempre inserido em uma situação hermenêutica. Há uma “situação lingüística”, não sendo a linguagem algo que esteja à disposição do intérprete, circunstância que inexoravelmente transformaria a atividade de interpretar em um ato voluntarista. Ao contrário disso, o intérprete “pertence” a essa situação lingüística. Ele é refém da linguagem. Nesse sentido, a atividade hermenêutica ex-surge desse processo de (auto)compreensão. Dito de outro modo, quando o operador do direito fala do Direito ou sobre o Direito, fala a partir do seu *desde-já-sempre*, o *já-sempre-sabido* sobre o Direito, enfim, como o Direito *sempre-tem-sido* (é como ele “é” e tem sido estudado nas faculdades, reproduzido nos manuais e aplicado quotidianamente). O mundo jurídico é, assim, pré-dado (e *predado!*) por esse sentido comum teórico.

É preciso ter claro, desde logo, que diferentemente de outras disciplinas (ou ciências), o Direito possui uma especificidade, que reside na relevante circuns-

tância de que a interpretação de um texto normativo – que sempre ex-surgirá como norma – depende de sua conformidade com um texto de validade superior. Trata-se da Constituição, que, mais do que um texto, que é condição de possibilidade hermenêutica de outro texto, *é um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social*. A tradição lega vários sentidos de Constituição. Contemporaneamente, a evolução histórica do constitucionalismo no mundo (mormente no continente europeu) coloca à disposição a noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que se pode dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade no Brasil, por exemplo. Mais do que isso, é do sentido que se tem de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema.

Sendo um texto jurídico (cujo sentido, repita-se, estará sempre contido em uma norma que é produto de uma atribuição de sentido) válido tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) acerca do sentido de (e da) Constituição, que já se encontra, em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença “faticidade-historicidade do intérprete e Constituição – texto infraconstitucional”. Não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei etc) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição.

Destarte, uma “baixa compreensão” acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma “baixa aplicação”, problemática que não é difícil de constatar nas salas de aula de expressiva maioria dos cursos jurídicos do país e na cotidianeidade das práticas dos operadores do direito. Por isso, pré-juízos inautênticos (no sentido de que fala Gadamer, 1990) acarretam sérios prejuízos ao jurista.

Se a Constituição é o fundamento de validade de todo o sistema jurídico – e essa é a especificidade maior da ciência jurídica –, é de sua interpretação/aplicação (adequada ou não) que exsurgirá a sua (in)efetividade. Por isso, calham as palavras de Hesse (1991), para quem “resulta de fundamental importância para a preservação e a consolidação da força normativa da Constituição a interpretação constitucional, a qual se encontra necessariamente submetida ao mandato de otimização do texto constitucional”. Trata-se, pois, de problema fundamentalmente hermenêutico.

A jurisdição constitucional e o Estado Democrático de Direito

Apesar de haver o considerável leque de possibilidades de controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional ainda está longe de assumir o papel que lhe cabe no Estado Democrático de Direito, mormente se for entendido que a Constituição brasileira tem um nítido perfil dirigente e compromissório. Desse modo, fazer jurisdição constitucional não significa restringir o processo hermenêutico ao exame da parametricidade formal de textos infraconstitucionais com a Constituição. Trata-se, sim, de *compreender a jurisdição constitucional como processo de vivificação da Constituição na sua materialidade*, a partir desse novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito.

É nesse sentido que entra na discussão o papel do Poder Judiciário quando defrontado com essas questões. Passados quase vinte anos, a resposta não tem sido satisfatória. Pelo contrário, chamado à colação, o Poder Judiciário mostra-se, ainda, comprometido com o paradigma liberal-individualista que vem sustentando o Direito em *terrae brasilis*. Isso não significa que o Poder Judiciário possa substituir os demais poderes e “realizar” políticas públicas. Não se está falando de uma judicialização da política. Entretanto, parece inadmissível não valorizar o papel do controle de constitucionalidade – até mesmo de atos de governo – nesta etapa da história. É preciso, assim, admitir a existência de um novo paradigma, no interior do qual o fenômeno do constitucionalismo (ou do neoconstitucionalismo) proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de Constituições compromissórias e sociais (ou dirigentes).

É nesse contexto que se move o discurso jurídico em tempos de Estado Democrático de Direito: de um lado, as promessas da modernidade (incumpridas) previstas na Constituição que esperam efetivação a partir dos mecanismos da democracia representativa; de outro, em face da inefetividade desses direitos, o aumento das demandas que acabam chegando aos Tribunais e a discussão acerca dos limites de sua atuação.

Quando aqui se afirma que a Constituição é a explicitação do contrato social, está-se afirmando o caráter discursivo que assume a noção de Constituição, enquanto produto de um processo constituinte. É necessário, então, advertir para o fato de que a Constituição, entendida como explicitação do contrato, não é “apenas um contrato” que se estabelece como uma terceira coisa entre o Estado, o Poder, o Governo, com os destinatários; antes disso, *a linguagem constituinte passa a ser condição de*

possibilidade do novo, na medida em que, na tradição do Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo não é mais o do paradigma liberal, mas passa por uma *revolução copernicana* mediante o constituir da Sociedade.

Com as devidas advertências relacionadas aos limites entre democracia e constitucionalismo, entendo que a justiça constitucional pode e deve assumir uma postura intervencionista nesta quadra da história, para além da postura absenteísta própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira. Quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política).

Quando falo em intervencionismo, refiro-me, sim, a um “intervencionismo substancialista”, destinado a garantir o cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988. Embora existam tais teses/perspectivas, um olhar – mesmo que perfunctório – sobre o agir cotidiano dos juristas nestes vinte anos de Constituição mostra que se *está longe de uma postura mais interventiva* (portanto, menos *self restraint*) do Poder Judiciário. Isso pode ser verificado na inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição, na postura assumida pelo Poder Judiciário na apreciação de institutos como o mandado de injunção (somente solucionada parcialmente pelo STF, vinte anos depois), na ação de inconstitucionalidade por omissão e na falta de uma adequada filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores e posteriores à Constituição. Assim:

(a) Mecanismos como a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) e a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtext Reduzierung*) têm sido muito pouco utilizados para a adequação do enorme contingente de leis e atos normativos ao texto da Constituição. Até mesmo o entendimento acerca do sentido e o alcance desses institutos têm recebido uma interpretação *self restraining*.

(b) O exercício do controle difuso de constitucionalidade, nesses vinte anos, tem-se mostrado aquém das expectativas. No primeiro grau de jurisdição, ainda são poucos os magistrados que lançam mão desse (poderoso) mecanismo, que, saliente-se, não fica restrito à (mera) rejeição (não aplicação) de leis inconstitucionais, podendo, comprovadamente, alcançar a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto, para citar apenas estas duas modalidades de decisões denominadas, pela tradição, de interpretativas. Nos tri-

bunais, continua reduzido o número de incidentes de inconstitucionalidade.

(c) Diversas leis, apenas em parte incompatíveis com a Constituição, têm permanecido intactas no sistema, pela timidez hermenêutica dos operadores. Veja-se, exemplificadamente, a recente Lei 10.259/01, que, de forma inconstitucional, (des)classificou delitos como abuso de autoridade, fraude em licitação, fraude processual, porte ilegal de arma, sonegação de tributos, desobediência, atentado ao pudor mediante fraude, crimes contra a honra, para ficar apenas nos principais, como “infrações de menor potencial ofensivo” (*soft crimes*), utilizando, para tanto, o critério horizontal da quantidade da pena. Do mesmo modo, o Código Penal está eivado de inconstitucionalidades; dezenas de tipos penais não recepcionados pela Constituição continuam sendo aplicados; as penas não guardam relação com o princípio da proporcionalidade (para se ter uma idéia, furto qualificado tem pena maior que sonegação de tributos e lavagem de dinheiro; adulteração de chassi de automóvel acarreta pena maior do que a do homicídio praticado ao volante etc.); nessa linha, não causa nenhum espanto à comunidade jurídica o fato de que a sonegação de tributos tenha um tratamento absolutamente privilegiado em relação aos crimes contra o patrimônio, como o furto, a apropriação indébita etc (veja-se a Lei n. 10.684, que, repisando matéria já sedimentada, possibilita que os sonegadores façam parcelamento (REFIS – Programa de Recuperação Fiscal) de seus “débitos”. Com isso, extingue-se a punibilidade (*sic*). Antes dessa Lei, já havia casos de financiamentos que ultrapassavam os 500 anos...! Enquanto isto, em completa violação ao princípio da isonomia, ao cidadão que pratica crime contra o patrimônio não é dado qualquer possibilidade de parcelamentos e tampouco a possibilidade de extinção da punibilidade pelo ressarcimento do prejuízo! Isto mostra a dura face da crise de paradigmas que atravessa a dogmática jurídica brasileira; a falta de filtragem é tão grande que o sistema jurídico convive com o paradoxo representado pelo fato de os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, elevados à condição de hediondos na década de 1990, continuarem a ser considerados “crimes de ação privada” (*sic*).

(d) As mesmas carências hermenêutico-constitucionais podem ser encontradas no campo do Direito Processual. Assim, por exemplo, embora se observe o conteúdo garantista da Constituição de 1988, o Código Processo Penal continua fazendo vítimas, pela falta de uma adequada interpretação que o conforme ao texto constitucional. Em pleno Estado Democrático de Direito, o sistema jurídico convive com a quotidiana violação dos princípios da ampla defesa (até o ano de 2004, os in-

terrogatórios vinham sendo realizados sem a presença de defensor), do contraditório (exames periciais feitos à revelia do réu) e do devido processo legal (denúncias que são recebidas sem qualquer fundamentação), para citar apenas alguns dos problemas.

(e) Registre-se, por fim, a postura *self restraining* que a Suprema Corte assumiu nos episódios que envolveram as grandes privatizações e na discussão dos conceitos de “urgência e relevância”, requisitos para o Poder Executivo editar medidas provisórias. Saliente-se que, antes da promulgação da EC nº 32, que alterou o art. 62, da CF, o Poder Executivo já havia editado mais de 3.000 delas. Uma postura hermenêutica mais incisiva do STF poderia, sem dúvida, no exame da matéria e no momento oportuno, ter evitado este mar de Medidas Provisórias que tantos prejuízos causaram à cidadania e à democracia.

(f) No campo do Direito Processual Civil, passados quase vinte anos, continua-se buscando efetividades quantitativas, a partir de várias minirreformas, culminando com a aprovação da emenda constitucional 45/04 institucionalizando as súmulas vinculantes. Como se sabe, essa complexa (re)engenharia processual demanda sempre novas alterações, como a recente Lei n. 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, que, a par de inconstitucional, coloca por terra toda a teoria processual estudada até o presente. Mas, há mais. Na mesma data, foi promulgada a Lei n. 12.276, dando nova redação ao art. 518, parágrafo primeiro, do CPC, pelo qual o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Aqui também está presente a violação do devido processo legal, além do princípio da legalidade (afinal, a Constituição estabelece que ninguém poderá fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei e não em virtude de súmula!). Ora, as súmulas, a par de constituírem “conceitos” que pretendem aprisionar os “fatos”, não são também textos? Conseqüentemente, sendo textos, não são, assim, interpretáveis? Mas, então, se isto é assim, qual é o problema das súmulas? O perigo maior representado pelas súmulas vinculantes (emenda constitucional n. 45/04) – e, agora, das súmulas impeditivas de recursos – está no fato de que cada uma delas transforma-se em uma “premissa maior” ou “categoria” (significante) própria para a elaboração de deduções/subsunções. Trata-se, entre outras coisas, da introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juízes podem contrariar leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar sú-

mulas (isto é o que diz a Lei 12.276). Ou seja, *em terrae brasilis a lei não vincula; a súmula, sim, mesmo que ela seja contrária à lei e à Constituição!*

Em aportes finais: o Estado Democrático de Direito como um novo paradigma fundado na autonomia do Direito – os caminhos pelos quais passa a resposta correta como um direito fundamental do cidadão

O Direito que exsurge do paradigma do Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional forjado a partir do segundo pós-guerra) deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização do Direito, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política. A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de neoconstitucionalismo (se assim se quiser, é claro) é, desse modo, a manifestação desse grau de autonomia do Direito, isto é, deve ser entendido como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral. Essa autonomização dá-se no contexto histórico do século XX e atinge o seu auge com a elaboração das constituições sociais, compromissórias e dirigentes do segundo pós-guerra.

Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis. Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional (compromissório e dirigente), o Direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. Conseqüentemente, a sua autonomia torna-se a sua própria condição de possibilidade.

Supera-se, desse modo, o problema da dimensão meramente institucional do Direito ou que o coloca como caudatário do poder ou, ainda, “como mera técnica a serviço de concepções absenteístas de Estado” (que, paradoxalmente, necessitam que o Direito tenha o mínimo de autonomia possível). Não se pode olvidar, nesse sentido, que a questão da autonomia do Direito está relacionada com a (in)compatibilidade “democracia-constitucionalismo” e com o crescente deslocamento do pólo de tensão da relação entre a legislação e a

jurisdição em direção a esta última. Não é demais referir que a autonomia adquirida pelo Direito implica o crescimento do controle da constitucionalidade das leis, que é fundamentalmente contramajoritário.

Assim, se diminui a liberdade de conformação do legislador, por meio de textos constitucionais cada vez mais analíticos e com ampla previsão de acesso à jurisdição constitucional, portanto, de amplo controle de constitucionalidade, o que não pode ocorrer é que essa diminuição do poder da legislação venha a representar uma apequenação da democracia, questão central do próprio Estado Democrático de Direito.

Dito de outro modo, se for diminuído o espaço de poder da vontade geral e aumentado o espaço da jurisdição (contramajoritarismo), parece evidente que, para a preservação da autonomização do Direito, torna-se necessário implementar mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do pólo de tensão da legislação para a jurisdição: as decisões judiciais. Isso implica discutir o cerne da teoria do Direito, isto é, o problema da discricionariedade na interpretação, é dizer, das decisões dos juízes e tribunais. É isso o que o presente texto procurou trabalhar até aqui: autonomia do Direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo Direito construído democraticamente. Se assim se pensar, a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a democracia a todo tempo – exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o Direito em permanente “estado de exceção”, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do “império do direito” (alguém tem dúvida de que essa questão é retroalimentada permanentemente, mormente nos países de modernidade tardia como o Brasil?).

Paradoxalmente, depois dessa revolução copernicana representada pelo acentuado grau de autonomia do Direito conquistado no Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma crescente perda da sua autonomia, que pode ser interpretada simbolicamente, nestes tempos duros de pós-positivismo, a partir das diversas teses que apostam na análise econômica do Direito, no interior das quais as regras e os princípios jurídico-constitucionais só têm sentido funcionalmente (essa questão vem conquistando terreno no direito tributário, por exemplo). Ou seja, dentro de uma dimensão absolutamente pragmática, o Direito não tem DNA. Para as diversas posturas pragmático-axiologistas, também não faz sentido ligar o Direito à tradição. Por isso, não se fala em perspectiva interna. Compreendido exogenamente, o Direito deve apenas servir para satisfazer, de forma utilitária, às necessidades sociais. Por isso ele

é visto essencialmente indeterminado, no que – e essa questão assume relevância no contexto da inefetividade da Constituição brasileira – tais posturas se aproximam, perigosamente, das diversas matizes positivistas, *que continuam a apostar em elevados graus de discricionariedade na interpretação do Direito*. O que os liga é uma espécie de grau zero de sentido. Trata-se de lidar com a maximização do poder: o princípio que gere as relações institucionais entre a política e o direito é o poder de o dizer em última *ratio*. Em síntese, esta é a velha “vontade do poder” (*Wille zur Macht*) de Nietzsche.

Veja-se, nesse contexto, o modo como ocorre um certo retorno ao paradigma representacional. Sob pretexto da morte do sujeito, assujeitam-se os sentidos a partir das relações de poder, que não podem ser controladas pelo Direito. Por isso, a aposta no declínio do Direito em face da política, da economia e da moral (pensemos, neste último caso, nas teorias argumentativas, que apostam em discursos adjudicadores, que buscam “corrigir” as insuficiências do direito legislado). A luta das diversas posturas que apostam no pragmatismo, nos subjetivismos e na discricionariedade redundam inexoravelmente no contraponto do Estado Democrático de Direito: a autonomia do Direito. Por isso, a evidente incompatibilidade entre os diversos positivismos e o constitucionalismo.

É nesse sentido que proponho a resistência por meio da hermenêutica, apostando na Constituição (Direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do Direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um constante estado de exceção. Disso tudo, é possível dizer que, tanto o velho discricionarismo positivista, quanto o pragmatismo fundado no declínio do direito, têm algo em comum: o déficit democrático. Entende-se assim porque, se a grande conquista do século XX foi o alcance de um direito transformador das relações sociais, será (é?) um retrocesso reforçar/accentuar formas de exercício de poder fundados na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, que leva, inexoravelmente, a arbitrariedades e faz soçobrar, com isso, a própria Constituição. Ou seja, numa palavra, se a autonomia do Direito aposta na determinabilidade dos sentidos como uma das condições para a garantia da própria democracia e de seu futuro, as posturas axiologistas e pragmatistas – assim como os diversos positivismos *stricto sensu* – apostam na indeterminabilidade. E por tais caminhos e condicionantes passa a tese da resposta correta em Direito.

Em síntese, a superação do positivismo implica a incompatibilidade da hermenêutica com a tese das múltiplas ou variadas respostas. Afinal, a possibilidade

da existência de mais de uma resposta coloca essa escolha no âmbito da discricionariedade judicial, o que é antitético ao Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do Direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta hermenêuticamente adequada à Constituição ou, se for almejado, uma resposta constitucionalmente adequada – espécie de resposta hermenêuticamente correta – a partir do exame de cada caso.

Com efeito, entendo ser possível encontrar uma resposta constitucionalmente adequada para cada problema jurídico. Hermenêutica é aplicação. Não há respostas *a priori*, que exsurjam de procedimentos (métodos ou fórmulas de resolução de conflitos). Em outras palavras, definitivamente não se percebe primeiro o texto para, depois, acoplar-lhe o sentido (a norma). Isso quer dizer também que, na medida em que o ato de interpretar – que é sempre compreensivo – é unitário, o texto não está – e não aparece – desnudo, à disposição. A *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) própria da hermenêutica de cariz filosófico. Aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a se transformar em um “simples resultado” manipulável pelo intérprete. Afinal, não se pode esquecer que mostrar a hermenêutica como produto de um raciocínio feito por etapas foi a forma que o subjetivismo encontrou para buscar o controle do processo de interpretação. Daí a importância conferida ao método, supremo momento da subjetividade assujeitadora. Ora, a pré-compreensão antecipadora de sentido de algo ocorre à revelia de qualquer regra epistemológica ou método que fundamente esse sentido. A compreensão de algo precisa ser vista como algo que simplesmente ocorre, porque o ato de *compreender* é existencial, fenomenológico e não epistemológico. Qualquer sentido atribuído arbitrariamente será produto de um processo decorrente de um vetor (*standard*) de racionalidade de segundo nível, meramente argumentativo/procedimental, porque filosofia não é lógica e tampouco um discurso ornamental.

No confronto entre a hermenêutica (filosófica) e as diversas teorias da argumentação, fica patente a não preocupação destas com o problema do relativismo. Conseqüentemente, quem se preocupa com a possibilidade de respostas corretas é a hermenêutica, exatamente pelo seu caráter anti-relativista (veja-se, neste ponto, que Dworkin (1978), embora não advogue claramente uma postura que possa identificá-lo com a hermenêutica filosófica, assume um viés não-relativista a partir de outros caminhos).

Assim, *negar* a possibilidade de que exista uma resposta correta pode vir a se constituir – sob o ponto de vista da hermenêutica filosófica – em uma profissão de fé no positivismo e, portanto, na discricionariedade judicial, uma vez que o caráter marcadamente *não-relativista* da hermenêutica é incompatível com a existência de múltiplas respostas. Corre-se o risco de conceder ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), acreditando, ademais, que o Direito é (apenas) um conjunto de normas (regras). Isto significa transformar a interpretação jurídica em filologia, forma refinada de negação da diferença ontológica. Não se pode esquecer que texto e norma, fato e norma, não estão separados e tampouco que um carrega o outro; texto e norma, fato e direito, são (apenas e fundamentalmente) diferentes. Por isso, o texto não existe sem a norma; o texto não existe somente em sua textualidade; a norma não pode ser vista; ela apenas é (existe) no (sentido do) texto.

Em resumo, a resposta constitucionalmente adequada é o ponto de estofo em que faz surgir o sentido do caso concreto (da coisa mesma). Na coisa mesma (*Sache selbst*), nessa síntese hermenêutica, está o que se pode denominar de a resposta hermenêuticamente (mais) adequada, que é dada sempre e somente na situação concreta. Este é o salto que a hermenêutica dá em relação às teorias da argumentação, que são procedimentais. A tese da resposta hermenêuticamente adequada é, assim, corolário da superação do positivismo – que é discricionário, abrindo espaço para várias respostas e a conseqüente livre escolha do juiz – pelo (neo)constitucionalismo, sustentado em discursos de aplicação, intersubjetivos, em que os princípios têm o condão de recuperar a realidade que sempre sobra no positivismo.

Despiciendo lembrar, neste ponto desta discussão, que o positivismo é entendido, neste texto e no restante de minhas obras, a partir de sua principal característica: a discricionariedade, que ocorre a partir da delegação em favor dos juizes para a resolução dos casos difíceis (não abarcados pela regra). A *holding* da discussão encontra-se nas críticas dirigidas a Herbert Hart por Ronald Dworkin, para quem o juiz não possui discricionariedade para resolver os *hard cases*. Antes de tudo, trata-se de uma questão de democracia. Por outro lado, parece desnecessário acentuar ou lembrar – e aqui se faz tão somente para evitar uma má compreensão do problema – que a crítica à discricionariedade judicial não é uma “proibição de interpretar”. Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). É fundir horizontes. E Direito é um sistema de regras e princípios, comandado por uma

Constituição. Que as palavras da lei (*lato sensu*) contêm vagezas e ambigüidades e que os princípios podem ser – e na maioria parte das vezes são – mais “abertos”, em termos de possibilidades de significado, não constitui nenhuma novidade. O que deve ser entendido é que a aplicação desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete, como que a dar razão a Kelsen (1987, p. 38), para quem *a interpretação a ser feita pelos juizes é um ato de vontade (sic)*. O drama da discricionariedade aqui criticada é que essa transforma os juizes em legisladores. Isso enfraquece a autonomia do Direito, conquistada, principalmente, no paradigma do Estado Democrático de Direito. Combater a discricionariedade não significa dizer que os juizes não criam direito (sem olvidar o relevante fato de que, no mais das vezes, a discricionariedade se transforma em arbitrariedade, soçobrando, assim, o direito produzido democraticamente). Mas não é esse tipo de criação judicial que está em causa no debate Dworkin-Hart e tampouco nas críticas que faço ao positivismo à luz da hermenêutica filosófica.

Por tudo isso, é preciso ter claro que o estabelecimento das bases para a construção de discursos críticos é uma tarefa extremamente complexa e não se faz sem ranhuras. Afinal, mais do que um imaginário a sustentar o modo-positivista-de-fazer/interpretar-direito, há, no Brasil, uma verdadeira indústria cultural assentada em uma produção jurídica que tem nos manuais a sua principal fonte de sustentação, retroalimentada pelas escolas de Direito, cursos de preparação para concursos e exame de ordem, além da própria operacionalidade do Direito, *que continua a ter no dedutivismo a sua forma de aplicar o Direito*. Por isso, não é temerário (re)afirmar que o positivismo jurídico – entendido a partir da dogmática jurídica que o instrumentaliza – é uma trincheira que resiste (*teimosa-mente*) a essa viragem hermenêutico-ontológica.

Ou seja, a hermenêutica que surge no horizonte do paradigma do giro lingüístico-ontológico, superando o metafísico esquema sujeito-objeto, *tem uma dimensão ontológica, concretizadora*. Os dualismos próprios dos paradigmas metafísico objetificantes (clássico e da filosofia da consciência) sucumbem ao primado da diferença ontológica. É por essa razão que o texto constitucional – compreendido no paradigma aqui desenvolvido – aponta para uma dimensão material, que conformará a sua norma.

Temos que *des-objetificar* a Constituição. Essa tarefa somente será possível a partir da superação do paradigma metafísico que pré-domina o imaginário dos juristas. Essa superação implica em perguntar pelo sentido do constitucionalismo e do seu papel histórico-social que lhe foi destinado nestes tempos. Eis o nosso desafio hermenêutico: abrir uma clareira (*Lichtung*) no Direito, des-ocultar caminhos, des-cobrir as sendas que foram encobertas pelo positivismo...!

Referências

- ALEXY, R. 1993-2002. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 607 p.
- BRASIL. 1998. *Constituição Federal*. Brasília, Senado Federal.
- DWORKIN, R. 1978. *Taking rights seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 371 p.
- GADAMER, H-G. 1990. *Wahrheit und methode I e II*. Tübingen, Mohr, 555 p.
- HABERMAS, J. 1997. *Direito e democracia I e II*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 234 p.
- HART, H. 1994. *O conceito de Direito*. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 348 p.
- HEIDEGGER, M. 1993. *Sein und Zeit. Siebzezehnte Auflage*. Tübingen, Max Niemayer-Verlag, 437 p.
- HESSE, K. 1991. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 34 p.
- KELSEN, H. 1987. *Teoria pura do direito*. 2ª ed., São Paulo, Arménio Amado, 371 p.
- STRECK, L. L. 2007. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 594 p.