

## RESUMO

A complexidade das relações sociais na contemporaneidade gerou um crescente aumento nos conflitos sociais, que, por fim, acabam por terminar abarrotando o Judiciário. Acrescente-se a isto, o fato do Constituinte de 1988 ter instituído uma Carta claramente compromissória, objetivando um verdadeiro resgate das promessas não cumpridas na modernidade. O Judiciário, instado a se manifestar em tempos de pluralismo social, neoconstitucionalismo e pós-positivismo, muitas vezes se vê em difícil situação, pois não encontra na lei, por meio de uma subsunção positivista, a resposta ao caso concreto. Então, para atender às demandas sociais, acaba por interpretar e aplicar o direito de forma discricionária, por ainda encontrar-se preso a um modelo de direito racionalista-positivista. Neste passo, se mostra relevante o resgate da 'filosofia pelo Direito', ou melhor, o resgate do 'direito pela Filosofia'. Necessário se faz repensar o Direito levando-se em consideração a evolução paradigmática ocorrida na Filosofia. O giro lingüístico ocorrido na filosofia precisa ser assimilado pela dogmática jurídica brasileira. A linguagem, outrora concebida como mero instrumento destinado a transmitir o conhecimento, passa, com o giro lingüístico, a ser tratada como o próprio locus em que ocorre o conhecimento, ou seja, a linguagem passa a ser a condição de possibilidade do próprio conhecimento. A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer serve de fundamento para uma nova forma de se compreender o processo interpretativo de um texto jurídico. Em um verdadeiro rompimento com o esquema sujeito-objeto, passa-se a entender a hermenêutica não como um mero método científico destinado a garantir maior imparcialidade ao intérprete no processo de compreensão, mas, pelo contrário, passa a ser vista como uma capacidade natural do ser humano decorrente de seu próprio existencial. Figuras como a do 'legislador racional'; da cisão no ato de interpretar; da distinção entre interpretações literal, lógica, teleológica, sistemática e histórica são claramente superadas pela adoção da filosofia da linguagem, giro lingüístico, pré-compreensão, horizonte histórico, ou seja, da hermenêutica filosófica. A compreensão passa a ser vista como um existencial do ser humano e não um mero método científico. As reformas processuais, contudo, destoam desse modo de se pensar o Direito. Buscando, unicamente, uma efetividade quantitativa, as reformas objetivam limitar ou restringir o acesso à justiça, com o intuito de diminuir as demandas judiciais. As súmulas vinculantes, em especial, mostram-se como um retrocesso a um modelo filosófico ultrapassado, instaurando-se verdadeira 'ditadura dos Tribunais Superiores', em detrimento da autonomia dos juízes das instâncias inferiores, que passam a ser meras 'bocas das jurisprudências dominantes ou súmulas vinculantes'. A Constituição Republicana de 1988, claramente programática e dirigente, ao instituir um Estado Democrático de Direito, pensado como um plus normativo em relação ao Estado Social, não se adéqua ao ultrapassado modelo positivista de se fazer e pensar o Direito. Nesse contexto, este trabalho buscará investigar esse novo fenômeno da hermenêutica filosófica, como forma de se limitar a discricionariedade interpretativa ainda tão presente no direito contemporâneo.

Palavra chave: Hermenêutica Filosófica; Estado Democrático de Direito; interpretação.

## ABSTRACT

The complexity of the social relationships in the contemporary world generated a rising of social conflicts that, eventually, led to the overflow of the Brazilian Judiciary. Other problem is that the fact of the reformulation of the Brazilian Constitution in 1988 instituted a clear commitment of rescuing the non fulfilled promises of the past. The Judiciary, requested to give answers in times of social pluralism, neoconstitutionalism and post-positivism, many times is in a very difficult situation because it doesn't find in the Law, by means of a positive application of the Law, the answer to the concrete case. Therefore, in order to fulfill the social requirements, interprets and applies the law in a discriminatory conduct because it is still committed to a rationalist-positivist law model. In this situation it is relevant the rescue of the 'Law philosophy', or the rescue of the 'law by the Philosophy'. It is necessary to rethink the Law according to the paradigmatic evolution in the field of Philosophy. The linguistic turn happened in the Philosophy has to be assimilated by the dogmatic Brazilian juridical logic. The language, in the past conceived as mere instrument of knowledge transmission, with the linguistic turn, is perceived as the locus in which the knowledge occurs itself. It means that the language is the condition of the possibility of the knowledge itself. The Philosophical hermeneutics by Hans-Georg Gadamer will be the fundamentals of a new way of understanding the interpretative process of a juridical text. In a real break with the subject-object schema, is to understand the hermeneutics not as a mere scientific method to ensure greater fairness to the interpreter in the process of understanding, but, rather, comes to be seen as a natural ability human due to his own existential. Figures such as the 'rational legislature', the split in the act of interpreting, the distinction between literal interpretations, logical, teleological, systematic and historical are clearly outweighed by adopting the philosophy of language, linguistic turn, pre-understanding, historical perspective, or is, the philosophical hermeneutics. The understanding comes to be seen as an existential human being and not merely a scientific method. The procedural reforms, however, clash in this way of thinking about the law. Looking solely a quantitative effectiveness, the reforms aim to limit or restrict access to justice, in order to reduce litigation. The binding decisions, in particular, appear as a throwback to an outdated philosophical model, introducing it real 'dictatorship of the Superior Courts', to the detriment of the autonomy of judges of lower courts, which become mere 'mouths of case law ruling or summaries binding'. The Republican Constitution of 1988 clearly programmatic and leadership, to establish a democratic state, considered as a plus for the regulatory welfare state, it would fit the outdated positivist model of doing and thinking right. In this context, this study will investigate this new phenomenon of philosophical hermeneutics, as a way of limiting the discretion interpretative still very much present in contemporary law.

Keyword: Philosophical Hermeneutics, Democratic State of Right, interpretation.

## SUMÁRIO PROVISÓRIO

INTRODUÇÃO .....	09
<b>1. DIREITO E FILOSOFIA: UM RESGATE NECESSÁRIO .....</b>	<b>12</b>
1.1. METAFÍSICA CLÁSSICA: A BUSCA PELA ESSÊNCIA DAS COISAS.....	19
1.2. O PERÍODO MEDIEVAL: PROSSEGUE A TRADIÇÃO METAFÍSICA; .....	23
1.3. A MODERNIDADE E A FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA .....	24
1.4. O PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO E A VIRAGEM LINGÜÍSTICA.....	30
<b>2. HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: IMPONDO LIMITES À DISCRICIONARIEDADE DO JUDICIÁRIO. ....</b>	<b>36</b>
2.1. PRINCIPAIS PENSADORES: CONTRIBUIÇÕES PARA A CONSTRUÇÃO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.....	36
2.1.1. <i>Friedrich Schleiermacher e sua hermenêutica geral</i> .....	36
2.1.2. <i>Wilhelm Dilthey: a hermenêutica como fundamento para as ciências                 sociais</i> .....	41
2.1.3. <i>Martin Heidegger e sua fenomenologia existencial</i> .....	45
2.2. HANS-GEORG GADAMER: A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.....	48
2.2.1. <i>Subtilitas intelligendi, explicandi e aplicandi: uma superação                 necessária</i> .....	49
2.2.2. <i>Círculo hermenêutico e a pré-compreensão</i> .....	53
2.2.3. <i>Hermenêutica e linguagem</i> .....	58
2.2.4. <i>Unidade do ato de interpretar e compreender</i> .....	59
2.2.5. <i>A morte do legislador racional</i> .....	61
<b>3. (PÓS) POSITIVISMO, (NEO) CONSTITUCIONALISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: AS BASES DO (RE) PENSAR A TEORIA DO DIREITO .....</b>	<b>64</b>
3.1. A CRISE DE PARADIGMAS NA TEORIA DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO.....	64
3.1.1. <i>A história do constitucionalismo</i> .....	65
3.1.2. <i>A idéia de Lei Fundamental</i> .....	68

3.1.3. <i>A revolução inglesa</i> .....	70
3.1.4. <i>A revolução norte-americana</i> .....	71
3.1.5. <i>A revolução francesa</i> .....	72
3.2. A EVOLUÇÃO DO ESTADO: QUE TIPO DE CONSTITUIÇÃO NECESSITAMOS? .....	74
3.3. NEOCONSTITUCIONALISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ENTRE O PROCEDIMENTALISMO E SUBTANCIALISMO.....	77
3.3.1. <i>O que é o Estado Democrático de Direito?: por uma teoria do Estado adequada à realidade brasileira</i> .....	78
3.3.2. <i>Procedimentalismo</i> .....	82
3.3.3. <i>Substancialismo</i> .....	87
<b>4. ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO: UM ESTADO DE NATUREZA HERMENÊUTICO</b> .....	<b>92</b>
4.1. A CRISE DO JUDICIÁRIO: ONDE ESTÁ O PROBLEMA? .....	92
4.2. A EQUIVOCADA SOLUÇÃO QUE AINDA PAIRA NO IMAGINÁRIO DA DOGMÁTICA JURÍDICA: AS REFORMAS PROCESSUAIS;.....	96
4.3. SÚMULA VINCULANTE: REMÉDIO AMARGO OU DOCE VENENO?.....	102
4.3.1. <i>Súmula Vinculante: um problema hermenêutico a ser solucionado</i> .105	
4.3.2. <i>Os precedentes da súmula vinculante 10: o necessário teto hermenêutico</i> .....	109
4.3.3. <i>O necessário trivial sobre controle de constitucionalidade</i> .....	116
4.3.4. <i>Interpretação conforme, declaração parcial de nulidade sem redução do texto, (não) recepção e a cláusula de reserva de plenário</i> .....	119
4.3.5. <i>Os debates no STF para a construção do texto da súmula vinculante 10</i> .....	122
4.4. O REAL PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: FUNÇÃO IMPLEMENTADORA DA CONSTITUIÇÃO.....	126
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	<b>129</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>133</b>

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se debruça em investigar o tema da hermenêutica filosófica aplicada à ciência jurídica, como forma de se limitar a discricionariedade do intérprete, em especial, do juiz.

Busca-se, com isso, compreender como o intérprete do direito interpreta e aplica o texto legal, ou seja, como compreende o próprio fenômeno jurídico frente à realidade social na qual está inserido.

Para tanto, busca responder se efetivamente há condições interpretativas capazes de se garantir uma resposta constitucionalmente adequada às necessidades sociais, sem, no entanto, cair no decisionismo positivista e na discricionariedade do intérprete.

Tal temática se mostra sensível na contemporaneidade, na medida em que há grande demanda das classes sociais menos favorecidas no que se refere às promessas da modernidade previstas na Constituição da República de 1988, porém não implementadas durante a história dos tempos.

A presente pesquisa se justifica, pois, o Judiciário possui um certo déficit de legitimidade democrática, na medida em que seus membros não são eleitos pelos cidadãos, ou por seus representantes. Tal fato reflete na constatação que as decisões emitidas pelo Judiciário se revestem de uma vontade contra-majoritária, em especial quando este pratica jurisdição constitucional.

Delimitar, então, como o Judiciário legitimará suas decisões, sem que as mesmas sejam tidas como meros atos discricionários ou arbitrários do juiz se mostra imprescindível num Estado Democrático de Direito.

Acrescente-se que o tema ainda possui grande relevância, pois, sem embargo de preciosos trabalhos desenvolvidos até o momento, a dogmática jurídica ainda não compreendeu corretamente o fenômeno hermenêutico, tal qual como contemporaneamente sustentado em diversas frentes doutrinárias após o giro lingüístico.

Apesar de já ter transcorrido mais de 20 anos desde promulgação da Constituição Republicana de 1988, parece que a jurisprudência e doutrina (ao menos majoritariamente) ainda não assimilaram o novo paradigma neoconstitucional instituído pelo modelo de Estado Democrático de Direito.

A maioria dos juristas, apesar de proclamarem a chegada do pós-positivismo, ainda são escravos do positivismo jurídico, subjugados ao método subsuntivo e ao conveniente sistema de regras. Os princípios, para o senso comum dos juristas brasileiros teriam a nobre função de abertura hermenêutica, resvalando-se, contudo, na malfadada discricionariedade interpretativa.

Espera-se que a presente pesquisa possa contribuir para sedimentar e esclarecer o que vem a ser a hermenêutica, ou, ao menos, instigando a dogmática a efetuar um maior debate sobre o tema.

Para tanto, o presente trabalho foi dividido em quatro capítulos.

Inicialmente, no primeiro capítulo, pretende-se demonstrar a necessidade de se fazer um resgate filosófico do direito, explanando-se a importância da Filosofia para o Direito. Buscar-se-á traçar, mesmo que brevemente, uma evolução sobre como a filosofia tratou o tema da linguagem durante os tempos. Serão abordados, então, três modelos filosóficos: a metafísica clássica; filosofia da consciência e filosofia da linguagem.

No segundo capítulo, investiga-se, de forma mais profunda, porém sem perder a clareza, a hermenêutica filosófica. São analisados os principais filósofos que contribuíram para a construção desse novo modo de se pensar o fenômeno da compreensão. Temas como giro lingüístico, círculo hermenêutico, pré-compreensão, historicidade, entre outros, serão investigados neste ponto da pesquisa.

De posse do substrato filosófico construído nos dois primeiros capítulos, passa-se, no terceiro capítulo, para uma abordagem sobre o atual contexto sócio-jurídico, ou seja, sobre a contemporaneidade. Este será o momento de se firmar posição sobre o sentido a ser atribuído às expressões neoconstitucionalismo e Estado Democrático de Direito. Tais expressões, apesar de parecerem carregar forte significação, normalmente são utilizadas de forma um tanto

retórica e em todos os contextos imagináveis, o que lhe retira qualquer sentido, em verdadeira anemia significativa.

Traça-se, então, uma investigação histórica sobre o papel do Constitucionalismo na história do direito com o intuito de, ao menos por exclusão, delimitar-se o sentido da expressão neoconstitucionalismo. Por fim, se estabelece qual Constituição e modelo de Estado se mostram necessários à realidade brasileira. Somente assim será possível atribuir algum sentido ao tão falado Estado Democrático de Direito.

Já em tempos de neoconstitucionalismo, firmado sob o contexto trabalhado nesta pesquisa, procura-se delimitar uma breve abordagem sobre as teorias procedimentais e substanciais, optando-se, ao final, pela adoção da teoria substancial, sem, contudo, perder o foco na limitação à discricionariedade interpretativa, o que efetivamente é feito pela utilização dos paradigmas trazidos pela hermenêutica filosófica de Gadamer.

Passa-se, por fim, no quarto e último capítulo desta pesquisa, à análise de como o Judiciário e o Legislativo estão se comportando nesse contexto de crise do poder judiciário e da própria sociedade.

Aborda-se, então, os (des)acertos da reforma do judiciário, sempre buscado o foco hermenêutico sobre o tema. Buscar-se-á efetuar, neste ponto, uma análise mais profunda do instituto das súmulas vinculantes.

## CAPÍTULO 01

### DIREITO E FILOSOFIA: UM RESGATE NECESSÁRIO

O pensamento positivista, ainda tão arraigado no ideário dos juristas brasileiros e ensinado, mesmo que escamoteadamente, nas Faculdades de Direito, relegou uma herança não tão preciosa: a pretensão de pureza da Ciência do Direito.<sup>1</sup>

Alheio, durante muito tempo, às questões sociais e morais, a Ciência do Direito era (e continua sendo) vista sob um viés meramente ordenador, na medida em que, sob os cânones liberais, objetivou assegurar os privilégios das classes dominantes, relegando as necessidades sociais das classes desfavorecidas unicamente às páginas policiais.

A filosofia<sup>2</sup> foi claramente abandonada pelo Direito, sob a justificativa de se alcançar a tão sonhada autonomia e pureza científica, no intuito de garantir os ideais liberais de certeza e segurança jurídica.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> A rigor, a pureza buscada pelo positivismo jurídico – tomando-se como exemplo o positivismo kelsiano – se referia à Ciência do Direito, vista como metalinguagem construída para resolver, em nível epistemológico, os problemas do Direito. Contudo, o próprio Kelsen reconhecia a existência de fatores externos (sociais, econômicos, políticos, morais, ...) a influenciar o Direito. Buscava-se, com a pureza da teoria jurídica “*purificar de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural.*” (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8 ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009, p. XI do Prefácio). A questão repousava, porém, no fato do positivismo relegar a análise de tais fatores externos a outras áreas de conhecimento que não a ciência jurídica. Está reservaria sua análise somente ao âmbito da (in) validade formal da lei. Nesse sentido, o positivismo jurídico não se importava em levar à discussão no campo de sua teoria do direito questões relativas à legitimidade das decisões estatais; a pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica objetividade e exatidão na produção do conhecimento científico jurídico. Os fatos sociais, a razão prática, enfim, a faticidade, não faziam parte do âmbito de análise do positivismo, pois tais pontos ‘contaminariam’ a pureza de sua teoria. c.f. (STRECK, Lenio Luiz. “Posfácio”. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 423.)

<sup>2</sup> Quando se refere, na presente pesquisa, ao abandono da filosofia pelo Direito, busca-se criticar as restrições impostas pelo positivismo às indagações filosóficas no âmbito da teoria jurídica do direito. A rigor, a análise filosófica não foi completamente expurgada do Direito, porém, ficou restrita a aspectos meramente epistemológicos, que não deixam de ser, por si só, uma reflexão filosófica. Na modernidade, a função crítica atribuída outrora à filosofia do direito, foi claramente transportada para uma ‘filosofia política’, restando à filosofia do direito a função epistemológica de fundamentar teoricamente o conhecimento jurídico. (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 100)

De forma um tanto poética, Paulo Ferreira da Cunha<sup>4</sup> leciona que:

A postmodernidade terá, antes de mais, de propiciar ao Direito o ambiente mental que lhe permita sem complexos reencontrar-se. Ou seja, reencontrar o seu passado e o seu princípio perdidos.[...]

[...] O Direito terá que voltar a falar Latim com gosto, e voltar a pensar a justiça como sua meta. O demais é paisagem...

Mas não é só. O Direito deverá aprofundar a sua dimensão cultural e o diálogo com outras áreas. Conviver mais com as Humanidades, as Ciências exactas, a Sociologia... E não esquecer que é a “verdadeira filosofia prática”. A interdisciplinaridade autêntica é essencial. ***E o jurista que só sabe leis é um pobre jurista.*** (grifo nosso)

O descrédito em relação à filosofia, contudo, não foi exclusividade da ciência jurídica. O ato de filosofar viveu uma grave crise na modernidade, devido, em grande parte, à evolução tecno-científica característica desse período da história da humanidade.

O desprestígio do saber filosófico na civilização tecnificada decorreu do predomínio do dogmatismo tecnicista, próprio do modelo de desenvolvimento hegemônico, fazendo com que a busca de certezas sobrepujasse a velha arte de questionar, de não se conformar com a resposta obtida.

Nesse movimento, a reflexão sobre os fundamentos das grandes questões humanas e sociais entrou em declínio, frente a sua aparente inutilidade em relação às necessidades da sociedade moderna.

Afinal, num mundo dominado pelo desenvolvimento científico e tecnológico, que contribuição teria tais indagações à evolução da humanidade? Não era a busca da verdade que interessou à modernidade. Absolutamente desejosa de alcançar uma utilidade pragmatista, coerente com valores vinculados à satisfação de interesses imediatos, a modernidade buscava unicamente atender suas necessidades pela evolução científico-tecnológica.

---

<sup>3</sup> GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. A retomada da filosofia pelo direito. In: A filosofia no direito e a filosofia do direito. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, nº 5. Porto Alegre: IHJ, 2007, p. 07.

<sup>4</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. Pensar o Direito II: da Modernidade à Postmodernidade. Coimbra: Almedina, 1991, p. 53.

A filosofia, portanto, cedeu espaço, porque, à época, dificilmente poderia ser considerado verdadeiro algo que pretensamente não servisse para nada.<sup>5</sup>

É interessante assentar que, apesar do positivismo ter ficado alheio a toda e qualquer discussão sobre questões de natureza sócio-morais, persistiu, em seu estado inicial, a chamada 'filosofia do direito', relegada, contudo, à função de descrever o Estado e o Direito posto. Manteve-se, porém, alheia à tentação de construir um Estado ou um Direito tal como deveria ser.

Assim orientada, a filosofia do direito não se ocupou do 'direito da Natureza', mas só da 'natureza do Direito'. Não houve, portanto, espaço para discutir o Direito, mas apenas pensar a partir do Direito Positivado.

Posteriormente, o apogeu do Positivismo, que assumiu verdadeira feição antifilosófica, culminou por transportar o objeto, já bem restrito, da chamada 'filosofia do direito' para um estrato mais abstrato da Ciência do Direito - a 'Teoria Geral do Direito'.

A instituição das teorias gerais na ciência jurídica caracterizou a verdadeira 'eutanasia da Filosofia do Direito' (Radbruch), em claro abandono à cultura filosófica. Tal pensamento perdurou desde 1840 a 1900, produzindo a assim chamada 'idade antifilosófica', conduzindo, por fim, à 'morte da Filosofia do Direito'.<sup>6</sup>

Por certo que a filosofia nunca foi abandonada por completo, pois nunca houve, efetivamente, a morte do pensamento filosófico. A rigor, Radbruch, ao se referir à 'eutanasia' ou 'morte' da filosofia do direito, buscou criticar o total abandono da cultura filosófica pelo positivismo, ao substituir a expressão 'filosofia do direito' por 'teorias gerais do direito', se resumindo num viés meramente epistemológico, na medida em que apostava unicamente numa razão teórica.

Nessa linha, o positivismo normativista de Kelsen, tomando-se este como autêntico exemplo positivista, efetuou um verdadeiro 'corte epistemológico'

---

<sup>5</sup> OLLERO, Andres. Interpretacion del derecho y positivismo legalista, 1982 *apud* NEVES, Antônio Castanheira. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 08.

<sup>6</sup> A expressão é de Gustav Radbruch *apud* NEVES, Antônio Castanheiras, op. cit., p. 31.

criando, como forma de 'desindexar' definitivamente direito e moral, um verdadeiro 'mundo epistêmico', ou seja, uma 'Ciência do Direito' como metalinguagem elaborada sobre uma linguagem objeto, que era o próprio Direito.<sup>7</sup>

Nesse sentido, Rafael Tomaz de Oliveira<sup>8</sup>, ao comentar a relação entre direito e filosofia, relata que, na modernidade, a filosofia do direito - outrora responsável por uma reflexão filosófica crítica sobre as condições de possibilidade do conhecimento científico - é substituída por uma teoria do direito, em que as reflexões filosóficas se diluem numa epistemologia do direito.

Cite-se, entre outras causas, mas talvez a principal, a crise da razão como o principal fator de declínio do pensamento filosófico. A crise instituída pelo racionalismo moderno iluminista, que postulou a razão como seu fundamento primeiro, senão o único, importou na conclusão que apenas através da razão o homem poderia ter acesso às verdades.

É igualmente instigante mencionar que o afirmado abandono do pensamento filosófico, nos fins do século XIX, devido a sua suposta imprestabilidade à modernidade, fez renasceu, paradoxalmente, a necessidade de um novo modo de filosofar. Isto, talvez, tenha decorrido da constatação de que o homem não poderia renunciar por muito tempo à reflexão sobre questões referentes a sua própria existência e ao mundo em que vive.

Castanheira Neves<sup>9</sup> presta relevantes esclarecimentos quando menciona razões particulares para o renascimento do pensamento filosófico, antes sepultado pelo positivismo: a estagnação intelectual positivista; o reconhecimento do fracasso do positivismo no tratamento das questões que atingem mais

---

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. "Posfácio". Verdade e consenso. op. cit. p. 423.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 94.

<sup>9</sup> NEVES, Antônio Castanheira. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 34. Apesar de, na presente pesquisa, citar-se as razões apontadas por Castanheira Neves para um 'renascimento do pensamento filosófico', com as quais não divergimos, a rigor, o referido autor se afasta do paradigma filosófico aqui adotado, por ainda utilizar uma equivocada cisão entre razão prática e razão teórica, incompatível com o giro linguístico-ontológico ora adotado. Fundado em tal cisão (teoria-prática), Castanheira Neves busca combater o positivismo jurídico com uma reabilitação da filosofia prática no direito, sem superar, porém, o esquema sujeito-objeto, reinante na modernidade. c.f. STRECK, Lenio Luiz. "Posfácio". Verdade e consenso: op. cit., p. 415-416 e 433-434.

profundamente o homem; o desenvolvimento histórico-social e cultural; o surgimento de novos problemas trazidos pela modernidade à vida social.

Ademais, o estopim revelador da necessidade de um novo modo de se filosofar resultou da falência da racionalidade cartesiano-positivista, que não logrou evitar as barbáries praticadas na Segunda Grande Guerra Mundial. O segundo pós-guerra, portanto, constitui momento paradigmático e revelador de uma nova filosofia para o Direito.

Na contemporaneidade, em que se vive os chamados tempos pós-positivista / neoconstitucionalista (seja qual sentido se possa atribuir a tais expressões), um direito alheio às questões morais e/ou sociais não consegue responder às demandas umbilicalmente vinculadas a esse novo paradigma.

Em outras palavras, o Direito de outrora, meramente ordenador e garantidor de um status quo, não mais se ajusta às exigências de um Estado Democrático de Direito e, muito menos, aos mandamentos de uma Constituição compromissória e programática.

As questões sociais que, sob o manto de um pensamento liberal-individualista, eram tratadas pelo Estado como casos de polícia, intervindo o Direito somente com o propósito de reprimir e punir o inconformismo das classes socialmente excluídas, passam, na contemporaneidade, a serem definidas como questões relativas a direitos fundamentais dos cidadãos, em que o Estado-Juiz deve encontrar a resposta constitucionalmente adequada para suprir tais demandas, implementando os novos (ou, nem tão novos) Direitos.

Não tardou para se mostrar clara a insuficiência do positivismo jurídico no tratamento das questões trazidas pela modernidade, tais como: aborto; direitos das minorias; conflitos agrários e sociais; questões referentes à investigação do genoma humano e suas implicações jurídicas; o cyber espaço, entre muitas outras. Tais dilemas, ou simplesmente não encontram resposta na legislação, ou tais respostas, quando previstas, são constitucionalmente inadequada.

Nesse ponto, repousa a convicção de que a filosofia necessita ser resgatada pelo Direito, ou melhor, na verdade, é o 'direito' que precisa ser resgatado pela 'Filosofia'.<sup>10</sup>

Somente através do desenvolvimento de um viés filosófico, o Direito poderá construir seu devido sentido no seio de um Estado Democrático; a 'filosofia no Direito'<sup>11</sup> representa poderoso fundamento para se conceber a reconstrução de uma ordem jurídica justa.

Nesse sentido são as lições de Lenio Streck<sup>12</sup> ao afirmar que a

[...] o direito não é uma mera racionalidade instrumental. *Isso implica em reconhecer que fazer filosofia no direito não é apenas pensar em levar para esse campo a analítica da linguagem ou que os grandes problemas do direito estejam na mera interpretação dos textos jurídicos.* Mais importante é perceber que, quando se interpretam textos jurídicos, há um acontecimento que se mantém encoberto, mas que determina o pensamento do direito de uma maneira profunda.

[...] filosofia no direito implica construção de possibilidades para a correta colocação do fenômeno jurídico que, na atual quadra da história não pode mais ser descolado de um contexto de legitimação democrática.

É preciso admitir que a filosofia, outrora abandonada pelo positivismo, deve ser resgatada, para que novas indagações sócio-jurídicas sejam desveladas ao intérprete / juiz, não como meras indagações jurídicas, mas como uma nova forma de compreender o real papel do Direito.<sup>13</sup>

Dessa forma, antes mesmo da dogmática jurídica se preocupar com a (re) construção de paradigmas, teorias, ou seja, encontrar alicerces para fundamentar um novo modelo de Teoria do Direito, é necessário compreender a

---

<sup>10</sup> Esse resgate do pensamento filosófico para a Teoria do Direito, como ora se sugere na presente pesquisa, não poderá ocorrer nos já superados moldes de um paradigma da filosofia da consciência. Cisão entre razão prática e razão teoria, fundamentação e justificação, fato e direito não mais se compatibilizam com um processo unitário de compreensão tal qual como defendido neste trabalho. Para tanto, a filosofia será efetivamente reabilitada no direito por meio dos princípios, que institucionalizam o mundo prático no direito. Os princípios, no contexto da tradição na qual a sociedade brasileira está inserida, encontram-se representados na Constituição Republicana de 1988, livres de qualquer relativismo ou vinculação a uma Moral individual (do intérprete) ou uma instância de uma Moral coletiva. C.f. STRECK, Lenio Luiz. "Posfácio". Verdade e consenso. op. cit.

<sup>11</sup> A expressão é de Lenio Streck.

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. "Posfácio". Verdade e Consenso. op. cit., p. 427.

<sup>13</sup> GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. op. cit., p. 07.

evolução da própria filosofia, em seu dinamismo, na história da humanidade através dos tempos.

Finitude, temporariedade e linguagem alcançam novos contornos na contemporaneidade, sendo certo que tais evoluções não podem passar despercebidas à dogmática jurídica.

É imprescindível, portanto, iniciar a presente pesquisa com um breve estudo da evolução da filosofia, pois a escolha de determinado paradigma filosófico exercerá indiscutível influência na construção de uma nova realidade ou na manutenção do status quo.

A esse respeito, são irretocáveis os ensinamentos de Ernildo Stein<sup>14</sup> ao lecionar que a filosofia tem como tarefa essencial desenvolver um discurso sobre a totalidade que abarca o mundo que a envolve, condição de possibilidade de todos os discursos jurídicos, pois a filosofia fala a partir de uma perspectiva sobre o mundo, falando, portanto 'do mundo', ao contrário das ciências que falam de dentro do próprio mundo.

A filosofia sempre buscou explorar dois campos fundamentais de investigação: a questão da verdade dos enunciados e a problemática da fundamentação da ação humana a partir de valores morais. Dessa forma, ao enveredar nesse duplo campo de investigação, a filosofia busca construir padrões de racionalidade. Há, portanto, uma dupla racionalidade: uma vertente que dá conta da verdade ou falsidade daquilo que falamos e uma racionalidade que propicia fundamento às ações humanas.

Essa racionalidade relacionada à verdade ou falsidade de proposições assertivas é particularmente relevante para a presente pesquisa, pois tem íntima relação com conhecimento das coisas; com a investigação dos objetos, do 'ser'; com a interpretação; com a hermenêutica, portanto.

---

<sup>14</sup> STEIN, Ernildo. Aproximações sobre hermenêutica. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p. 10-11.

De pronto, cumpre esclarecer que a hermenêutica é aqui tratada não como uma questão de método ou procedimento, mas sim como filosofia, como modo-de-ser-no-mundo.<sup>15</sup>

Em sua evolução, o pensamento filosófico sobre a compreensão do mundo passou por diversos momentos paradigmáticos, enfrentando algumas crises.

Numa divisão preliminar e sem maiores pretensões de sofisticação, tal evolução pode ser resumida em três eras: a da metafísica clássica, em que se buscava desvelar a essência (verdade) das coisas; a filosofia da consciência, em que a verdade ou essência não se encontrava nas coisas, mas era construída racionalmente pela subjetividade do interprete; e por fim, a filosofia da linguagem, que nega que o ato de interpretar seja um método para se chegar a uma pretensa verdade, eis que representa uma tentativa de compreender, fenomenologicamente, determinado objeto, no caso, o fenômeno jurídico.

### 1.1. METAFÍSICA CLÁSSICA: A BUSCA PELA ESSÊNCIA DAS COISAS

Superada a necessidade de se esclarecer a importância do 'resgate da filosofia', em que se buscou demonstrar ser imprescindível o pensamento filosófico para a ciência jurídica, passa-se à abordagem da evolução de determinados paradigmas filosóficos, dos quais se optará, ao final, pelo paradigma da filosofia da linguagem.

Considerando a natureza da presente investigação, não se tem a pretensão de analisar em profundidade a história da filosofia. A rigor, o intuito é, tão somente, de criar as condições de possibilidade para a melhor compreensão do fundamento da hermenêutica filosófica: o papel assumido pela linguagem em tempos de contemporaneidade. Para tanto, se faz necessária uma breve reconstrução da evolução dos paradigmas da metafísica clássica, filosofia da consciência e filosofia da linguagem.

---

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. "Posfácio". Verdade e Consenso. op. cit., p. 428.

A história da filosofia pode ser dividida classicamente em três grandes eras ou períodos<sup>16</sup>: antigo (pré-socráticos, Sócrates, Platão e Aristóteles); medieval (Santo Agostinho e São Tomás de Aquino) e moderno (Descartes até Hegel). Acrescente-se, ainda, à referida classificação o período contemporâneo ou pós-moderno, que tem início com as críticas de Hegel e Marx ao racionalismo e empirismo.

Tal classificação é oportuna, na medida em que se objetiva investigar qual o papel assumido pela linguagem no curso da história.

Vale ressaltar que o surgimento da filosofia corresponde à busca de bases para responder a algumas questões, tais como: o que é a verdade? Quais os princípios da razão? Com base em que critérios pode-se justificar o que se diz? Como é possível conhecer a verdade?<sup>17</sup>

Tais questões são tratadas diferentemente em cada momento da história da filosofia, o que se mostra relevante para uma melhor compreensão sobre o tema 'interpretação', e por consequência, da própria hermenêutica.

A questão da linguagem, embora tenha contornos bem peculiares na filosofia contemporânea, sempre foi objeto de abordagem filosófica. Em 388 a.C., Platão já abordava a questão da linguagem no escrito 'Crátilo', considerado por Lenio Luiz Streck<sup>18</sup> como o primeiro tratado sobre a linguagem.

Na obra em comento, restam bem demarcadas duas teses contrapostas: o naturalismo, em que cada coisa possuiria um nome por natureza (tese defendida por Crátilo) e o convencionalismo, defendido por Hermôgenes (sofista), em que a ligação entre nome e coisa seria puramente arbitrária.

Crátilo representa o enfrentamento de Platão à sofística e, por consequência, à tese convencionalista, em que a verdade deixava de ser absoluta, não obedecendo a nenhuma lei natural, divina ou sobrenatural.

---

<sup>16</sup> Tal classificação foi feita originalmente por Hegel na obra *Lições de história da filosofia apud MARCONDES, Danilo. Iniciando à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 11ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p. 141.*

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da constituição do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 119.

Contudo, para os sofistas, a verdade constituiria mera convenção. Os sofistas provocam, na Grécia antiga, um rompimento paradigmático, na medida em que atribuíam relevante papel à linguagem.

Os sofistas surgiram num momento histórico em que a Grécia migrava da tirania e da oligarquia para a democracia. Apontados como mestres da retórica e oratória, os sofistas, muitas vezes de forma itinerante, compareciam às cidades-Estado, no intuito de preparar os cidadãos para a participação na vida política. Tais práticas eram importantíssimas e de grande influência, o que teria gerado forte oposição por parte das oligarquias e, em especial, de Sócrates, Platão e Aristóteles.<sup>19</sup>

Durante muito tempo, os historiadores da filosofia aceitaram de forma um tanto acrítica os juízos de Platão e Aristóteles sobre os sofistas, fazendo com que sua importância para a filosofia fosse subdimensionada, chegando a ser considerado um componente da decadência do pensamento filosófico grego.

Somente em período recente foi possível efetuar uma revisão mais sistematizada do pensamento sofístico. Atualmente, muitos compartilham as conclusões de que os sofistas são um fenômeno tão necessário e inseparável como Sócrates e Platão.<sup>20</sup>

A esse respeito, vale refletir sobre as precisas lições de Danilo Marcondes<sup>21</sup> ao afirmar que

[...] sofistas como Protágoras não eram meros manipuladores da opinião, mestres sem escrúpulos que vendiam suas habilidades retóricas a quem pagasse mais, mas ao contrário, acreditavam não haver nenhuma outra instância além da opinião a que se pudesse recorrer a fim de produzir um consenso em relação às questões políticas.

A tese sofista, como é sabido, não foi vencedora à época; contudo, teve grandes influências no pensamento contemporâneo. Para tanto, vale citar um conhecido fragmento de Protágoras (mais importante e influente sofista da época)

---

<sup>19</sup> MARCONDES, Danilo. op. cit., p. 42.

<sup>20</sup> REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. História Del pensamento filosófico y científico. Barcelona, Editorial Herder, 1995, p. 75 *apud* STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. op. cit., p. 121.

<sup>21</sup> MARCONDES, Danilo. op. cit., p. 43.

que, ao falar sobre a verdade, afirmou: “O homem é a medida de todas as coisas, das que são como são e das que não são como não são”.

Danilo Marcondes, ao comentar tal passagem, ressalta que<sup>22</sup>

Protágoras parece assim valorizar um tipo de explicação do real a partir de seus aspectos fenomenais apenas, sem apelo a nenhum elemento externo ou transcendental. [...] as coisas são como nos parecem ser, como se mostram à nossa percepção sensorial, e não temos nenhum outro critério para decidir essa questão. [...] nosso conhecimento depende sempre das circunstâncias em que nos encontramos e pode, por isso mesmo, variar de acordo com a situação.

A tese platônica foi a que se mostrou vencedora. Platão, nas palavras de Lenio Luiz Streck<sup>23</sup>, começou a esconder o ‘ser’, ao trabalhar com a concepção de que seria possível conhecer as coisas sem o uso da linguagem.

Para Platão, haveria uma ordem universal à qual o homem tem acesso (de forma incompleta), independentemente da linguagem, sendo esta mero instrumento com papel secundário.

Por tal tese, que, de certa forma, veio a dominar o ocidente até a filosofia contemporânea, Platão pretendeu mostrar que na linguagem não se atinge a verdadeira realidade, pois o real somente poderia ser verdadeiramente conhecido sem o intermédio da palavra.

O conhecimento das coisas, para Platão, ocorreria sem mediação lingüística, o que somente pode ser feito pelo conhecimento das essências das coisas, que é de natureza transcendental, e não convencional.

O idealismo platônico pregava que o sentido estaria nas idéias, tipo de mundo metafísico, se contrapondo ao mundo físico (empírico). Com isso, teria Platão lançado as bases para uma filosofia ontológica.

Contudo, a tese platônica instalou um dualismo entre o físico e o metafísico, gerando também uma conseqüente tensão entre ambos, preço a ser pago para se garantir uma maior objetividade de sentido do mundo.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> MARCONDES, Danilo. op. cit. 43.

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. op. cit., p. 122.

Aristóteles, apesar de divergir em diversos pontos com a tese platônica, continuou combatendo os sofistas, afirmando que seriam falsos filósofos e uma ameaça à filosofia. Aristóteles objetivava estudar o ser das coisas; isto é, a sua essência, “o que é”: é o exato momento do nascimento da metafísica.

Tal como Platão, o sistema de pensamento aristotélico não admitia a linguagem como ciência universal, ao contrário dos sofistas, que vislumbravam possibilidades ilimitadas no discurso.

Tanto o idealismo platônico, quanto o essencialismo realista aristotélico convergem para um ponto fundamental: seja qual for sua origem, a verdade estaria, enquanto tal, preservada para sempre da corrupção e de mudanças.

‘O absoluto’, dessa forma, encontrou seu apogeu na metafísica, que reinou do século IV a.C ao século XIX.<sup>25</sup>

## 1.2. O PERÍODO MEDIEVAL: PROSSEGUE A TRADIÇÃO METAFÍSICA

O pensamento metafísico aristotélico-platônico foi seguido, em diversos aspectos, no período medieval da história da filosofia (final dos séculos IV e V até o Renascimento e o início do pensamento moderno, séculos XV e XVI).

Manteve-se a concepção central no pensamento metafísico ocidental, para o qual o conhecimento é definido como processo de adequação do olhar ao objeto, buscando-se, desta forma, uma similitude entre pensamento e coisa; isto é, busca-se desvelar as essências das coisas.

Nesse sentido, a verdade seria caracterizada quando ocorresse a correspondência entre o intelecto e a coisa visada. Repete-se a fórmula pela qual a

---

<sup>24</sup> COSTA, Alexandre Araújo. Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. Tese de doutorado. Brasília: UnB, 2008, p. 29.

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. op. cit., p. 127.

linguagem é concebida apenas como instrumento que comunica / transporta essências ou conceitos verdadeiros.<sup>26</sup>

Dos dez séculos, aproximadamente, em que perdurou o chamado período medieval da filosofia, merecem relevo, ao menos para os fins da presente pesquisa, breves considerações sobre Santo Agostinho (354-430) e São Tomás de Aquino (1224-1274).

Santo Agostinho desenvolveu a primeira grande obra filosófica desde a antiguidade. No contexto do cristianismo, a produção desse filósofo pode ser considerada como síntese do pensamento grego – platônico – metafísico.

Agostinho antecipou em um milênio e meio o que de mais relevante há no pensamento moderno sobre a linguagem. Ao contrário de Platão, em que as palavras eram ícones atribuídos de acordo com a essência das coisas<sup>27</sup>, ele entendia que as palavras seriam signos, os quais não remeteriam o intérprete diretamente às coisas, mas a outros signos, formando um sistema fechado em que a significação, ao invés de se fazer pela articulação signo-coisa, faz-se pela articulação signo-signo.

Agostinho, portanto, inovou ao constatar, de certa forma, que no processo de interpretação não se tem acesso imediato às coisas, mas somente por meio de outros signos.

Em Tomás de Aquino o ‘ser’, interpretado em seu caráter causal, é aquele ente último, supremo, nomeado de Deus; o princípio e a causa única e universal dos demais entes. Repete-se a dualidade vista em Platão e Aristóteles (homem / Deus). Na verdade, a filosofia de Tomás de Aquino reflete uma aproximação entre o cristianismo e o aristotelismo.

Observa-se, portanto, que desde a antiguidade até a fase medieval da filosofia, o ser reinou como ator principal nas investigações filosófica – metafísica clássica.

---

<sup>26</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. op. cit., p 129.

<sup>27</sup> Ibid., p. 131.

Com o trânsito do medievo para a modernidade, marcado pelo Renascimento e pelo Humanismo, houve um rompimento com a visão teocêntrica e com a concepção filosófica medieval. O homem, considerado em si mesmo, passa a ser valorizado – a metafísica clássica é substituída pela filosofia da consciência.

### 1.3. A MODERNIDADE E A FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA: O APOGEU DO SUJEITO SOLIPSISTA

Tamanho é a importância da modernidade para as ciências que, ao se olhar para o passado se observará que o progresso científico das últimas décadas – desde o século XVI até o século XIX – são de tão ordem drásticos que os séculos que os precederam não são mais que uma pré-história longínqua.<sup>28</sup>

O momento histórico que ganha relevo para o nascimento da modernidade é o Renascimento literário-artístico, com reflexos imediatos na interpretação dos textos literários e artísticos; nas interpretações bíblicas, acarretando a reforma protestante; e na ceara jurídica, ocasionando a adoção do direito romano como modelo supremo a ser seguido.

A crise do medievo, entre os séculos XII e XV, decorrente da derrocada do modelo feudal e do crescimento da forma capitalista de sociedade, trouxe a revitalização dos centros comerciais, maior urbanização, bem como a centralização do poder. Tais mudanças fazem nascer a necessidade de se instituir novos valores para essa nova forma de sociedade que surgia.

Então, os filósofos da época passaram a buscar nas idéias clássicas (tradição greco-romana) novas inspirações para a construção dessa nova ordem.

No campo literário e artístico nasce a hermenêutica filológica, objetivando interpretar os textos clássicos, restituindo-lhes seu sentido original, escondido outrora sob séculos de interpretações equivocadas empreendidas pela tradição medieval.

---

<sup>28</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências. São Paulo: Cortez, 2003, p. 13.

Na vertente teológica, há a reforma protestante que objetivou romper com o monopólio de interpretação bíblica que a Igreja possuía.

Tanto a interpretação dos textos literários / artísticos, quanto bíblicos deixavam de ser feitos por instâncias coletivas, representadas por autoridades do saber (sábios) e passavam a ser entregues (ou devolvidas) a cada indivíduo considerado em si mesmo, livres das deturpações e da autoridade da tradição medieval.

O poder da verdade deixava de ser monopólio da autoridade tradicional-medieval; passava-se ao sujeito a possibilidade de se contrapor à tradição, formulando, cada qual, racionalmente, a interpretação das coisas.

A verdade, que outrora seria assegurada objetivamente pela autoridade do sábio; passava a ser garantida pela racionalidade do método.

No campo jurídico existia uma situação bem peculiar, na medida em que o direito clássico havia sido verdadeiramente esquecido pelo período medieval. Buscou-se, então, uma redescoberta do direito romano, que serviria como fundamento de validade e autoridade para esse novo modelo societário.

O direito romano, portanto, ganhou status privilegiado no pensamento moderno, conforme leciona Alexandre Araújo Costa <sup>29</sup>:

Assim, dentro do movimento do renascimento cultural, é comum que se fale em renascimento do direito romano, cujos estudos foram revitalizados nas universidades fundadas a partir do século XIII. O direito romano não era considerado apenas o direito de um império do passado, mas era visto como o sistema jurídico mais avançado e sofisticado que se conhecia, mais apto a servir como parâmetro para ordenar a sociedade da época do que o direito consuetudinário da época.

[...]

O desafio da hermenêutica jurídica, diversamente da filológica, era o de fazer falar textos esquecidos, na esperança de que, a partir deles, talvez se pudesse descobrir a verdade atemporal que foi completamente esquecida durante a idade média, em vez de uma verdade deturpada pela tradição medieval.

Buscava-se, com isso, a superação da tradição medieval com o primado dos textos romanos analisados, extraído-se dali uma verdade absoluta e atemporal. Não pretendiam os filósofos da futura modernidade criar uma tradição

---

<sup>29</sup> COSTA, Alexandre Araújo. op. cit., p. 60.

alternativa à medieval, mas instituir um conhecimento que superasse a própria concepção de tradição, ou seja, universal e absoluto. Para tanto, foram buscar nos textos clássicos uma racionalidade que derrubasse a autoridade da tradição implementada pelo saber medieval.

A modernidade, portanto, considerada como a ruptura com a tradição, oposição entre o antigo e o novo, ideal de progresso, ênfase na individualidade, trouxe significativa modificação no pensamento filosófico.

O pensamento moderno foi inaugurado por Descartes (considerado como o primeiro filósofo da modernidade) e pela revolução científica do final do séc. XVI, numa verdadeira oposição entre a autoridade da fé à razão humana. A crença no poder crítico da razão humana individual passou a ser o grande vetor da era conhecida como filosofia da consciência.

Descartes pretendia fundamentar a possibilidade do conhecimento científico na razão, adotando claramente uma posição racionalista. Tomou a razão natural como ponto de partida do processo de conhecimento, conferindo ênfase à importância do método.

Com respaldo no famoso argumento do cogito (“*penso, logo existo*”), Descartes coloca-se diante do solipsismo, na medida em que a construção do conhecimento deveria ser feita por um sujeito imparcial, atemporal, fora da história, distanciado do objeto investigado, o que atribuiria maior legitimidade ao conhecimento produzido.

Observa-se que Descartes, ao introduzir a filosofia da consciência que dominou todo pensamento moderno, manteve a tradição dual da realidade. A única diferença era que a verdade (conhecimento) deixava de estar na essência das coisas (metafísica clássica), passando a ser construída racionalmente pela subjetividade do sujeito solipsista (filosofia da consciência).

Pode-se apontar, com Boaventura de Souza Santos, o principal traço da modernidade, e principalmente do racionalismo, como sendo uma nova visão do

mundo e da vida, numa verdadeira luta contra todas as formas de dogmatismo e autoridade.<sup>30</sup>

Por tal razão foi que a ciência moderna se serviu tão bem da matemática, seja como instrumento de análise, seja como lógica de investigação, ou mesmo como modelo de representação dos objetos investigados. O próprio Galileu afirmava que o livro da natureza estaria escrito em caracteres geométricos.<sup>31</sup>

O método, para a modernidade, possuiu a especial função de reduzir a complexidade dos objetos investigados, dividindo-o e classificando-o, para, analisando-se as partes, se compreender o todo. O mundo cartesiano / racionalista era cognoscível por meio da decomposição de seus elementos. O método, nesse contexto, era visto como o caminho para se obter o verdadeiro conhecimento.<sup>32</sup>

Tal técnica possibilitaria a formulação de leis, permitindo-se que qualquer observador chegasse às mesmas respostas. Tais leis, contudo, eram criadas partindo-se do pressuposto de ordem e estabilidade do mundo; de uma equivocada idéia de que o passado se repete no futuro.

Interessante notar que apesar do modelo racionalista ter encontrado seu domínio nas ciências naturais, este veio, no século XIX, a se estender às ciências sociais, instituindo um verdadeiro modelo global de racionalidade científica.

Como havia sido possível outrora descobrir as leis da natureza, seria igualmente possível descobrir as leis da sociedade.

Tamanha a influência do modelo racionalista nas ciências sociais e, em especial, no Direito que não é sem motivo o fato de ainda estar incutido no senso comum teórico dos juristas brasileiros a idéia de que a interpretação nada mais seria do que um método para se chegar à voluntas legis, ou mesmo, à voluntas legislatoris.

---

<sup>30</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit., p. 24.

<sup>31</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit., p. 27.

<sup>32</sup> No Direito não seria diferente. Na busca por interpretações corretas, a racionalidade de um juiz/intérprete solipsista, o que seria garantido por uma hermenêutica clássica claramente fundada no método, buscou cindir o processo de interpretação em subtillitas: intelligendi, explicandi e aplicandi; essa também seria a função dos diversos métodos/técnicas de interpretação (literal, lógica, teleológica, histórica e sistemática).

O esquema sujeito-objeto, reinante desde Platão, prossegue na modernidade, contudo, sob nova roupagem. Se em Platão a verdade encontrava-se na essência das coisas, captada metafisicamente pelo mundo das idéias, na modernidade tal conhecimento é construído pela racionalidade de um sujeito solipsista.

O modo de pensar o conhecimento, contudo, continua a ser fundamentado na representação, sendo a linguagem relegada a plano secundário, mero instrumento condutor de essências. Tal pensamento prossegue tanto nas correntes racionalistas, quanto nas empiristas. Buscou o homem moderno, por meio da ciência, ser o Senhor e possuidor da natureza.

Nesse sentido leciona Boaventura:<sup>33</sup>

A consciência filosófica da ciência moderna, que tivera no racionalismo cartesiano e no empirismo baconiano as suas primeiras formulações, veio a condensar-se no positivismo oitocentista. Dado que, segundo este, só há duas formas de conhecimento científico – as disciplinas formais da lógica e da matemática e as ciências empíricas segundo o modelo mecanicista das ciências naturais – as ciências sociais nasceram para ser empíricas.

O modelo de racionalidade científica, contudo, entrou em profunda e irreversível crise que, paradoxalmente, foi resultado do grande avanço científico que propiciou.

Pode-se apontar Einstein como a primeira derrocada da modernidade racionalista, ao desenvolver a teoria da relatividade simultânea, que veio a revolucionar a concepção sobre os conceitos de espaço e tempo.

Einstein rompeu com os conceitos absolutos de Newton, ao concluir que dois acontecimentos simultâneos num sistema referencial, não são simultâneos em outro sistema referencial. Dito de outra forma, as leis da física e geometria, assentadas em medições locais, seriam relativas ao sistema referencial em que foram feitas tais medições.

Dessa forma, Einstein derruba os pressupostos básicos da teoria racionalista: ordem e estabilidade.

---

<sup>33</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit., p. 33.

Outro estopim para a crise da racionalidade foi a descoberta da mecânica quântica por Heisenberg e Bohr, que demonstraram não ser possível observar ou medir um objeto sem que o pesquisador interfira nas medições, a tal ponto que o objeto que sai de um processo de medição não é o mesmo que lá entrou.

Heisenberg desenvolveu o princípio da incerteza, baseado na idéia de que não seria impossível conhecer o real, mas apenas o que nele é introduzido pelo observador.

A física quântica irá concluir que as leis da física são meramente probabilísticas, acarretando, portanto, a derrocada da pretensão de certeza do racionalismo – científico – cartesiano.

O método, pensado como instrumento universal para se alcançar respostas corretas, já não satisfaz tal pretensão de certeza, na medida em que o observador (sujeito solipsista) interfere no objeto pesquisado, sendo impossível sustentar-se a dicotomia sujeito-objeto.

O próprio determinismo mecanicista se mostrou inviabilizado, na medida em que a totalidade do real não pode ser reduzida, como se pretendeu com o método, à soma das partes que o observador dividiu.

Mais uma vez vale a transcrição das palavras de Boaventura, ao comentar a crise do paradigma dominante:<sup>34</sup>

Em vez da eternidade, a história. Em vez do determinismo, a imprevisibilidade; em vez do mecanicismo, a interpenetração, a espontaneidade e a auto-organização; em vez da reversibilidade, a irreversibilidade, a evolução; em vez da ordem, a desordem; em vez da necessidade, a criatividade e o acidente.

Por certo que tais crises, vividas inicialmente nas ciências naturais, vão se permear também sobre as ciências sociais, pois, como já demonstrado, o racionalismo pretendia a utilização de um método único tanto para as ciências naturais, quanto para as sociais.

---

<sup>34</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit., p. 48.

Esse momento paradigmático criará o terreno fértil para o nascimento do pensamento contemporâneo.

#### 1.4. O PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO E A VIRAGEM LINGÜÍSTICA

A filosofia contemporânea é resultado da crise do pensamento moderno ocorrido no século XIX.

Como visto, o projeto da modernidade consistiu, em linhas gerais, na busca da fundamentação da possibilidade do conhecimento e das teorias científicas na filosofia da consciência; ou seja, na subjetividade do indivíduo, considerado como sujeito pensante (racionalismo), bem como na capacidade de ter experiências empíricas (empirismo).

A crise desse projeto, contudo, é agravada a partir das críticas feitas por Hegel, ao apontar grandes falhas no solipsismo, sob o argumento que seria impensável interpretar um objeto sem levar em consideração o processo histórico de formação da consciência. Para Hegel, o modo de compreensão do sujeito é necessariamente histórico<sup>35</sup>.

É verdade que Hegel enfrente tal consciência histórica ainda vinculada a uma concepção metafísica, contudo, sua importância se deve a crítica feita ao solipsismo.

Outro grande fator do declínio do pensamento moderno foi sua concepção de uma filosofia fortemente sistemática e teórica, com pretensões de formular um grande sistema que pudesse dar conta de todas as áreas do saber humano. Tal concepção se mostrou irrealizável.

Nas palavras de Habermas<sup>36</sup>,

[...] no decorrer do século XIX generaliza-se a crítica contra a reificação e a funcionalidade de formas de vida e relacionamento, bem como contra a

---

<sup>35</sup> MARCONDES, Danilo. op. cit., p. 225.

<sup>36</sup> HABERMAS, Jürgen. Pensamento Pós-Metafísico. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 43.

auto-compreensão objetivista da ciência e da técnica. Estes motivos desencadeiam a crítica aos fundamentos de uma filosofia que comprime tudo nas relações sujeito-objeto. A mudança de paradigmas da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem situa-se precisamente neste contexto.

O grande questionamento enfrentado pelo projeto moderno manifestou-se por meio de um ataque a centralidade atribuída à noção de subjetividade, presente nas teorias racionalistas e empiristas.

Hegel demonstrou que a subjetividade é, ela própria, resultado de um processo de formação histórico e cultural, não podendo ser considerada originária e, portanto, estar no fundamento último de se conhecer o real, de se representar a realidade através de processos cognitivos.

O 'eu', que teve seu ponto de partida na subjetividade de Descartes, foi então criticado por várias frentes, e talvez a formulação mais expressiva dessa crítica se encontra na frase do filósofo Ernst Mach: "*Não há salvação para o sujeito*".<sup>37</sup>

Como alternativa à filosofia da consciência surge a filosofia da linguagem, objetivando explicar a relação do homem com a realidade enquanto relação de significação. Tal concepção é reflexo do movimento chamado 'giro lingüístico'<sup>38</sup>, em que as questões relativas à linguagem assumiram função preponderante na filosofia.

Pode-se detalhar o chamado giro lingüístico, ao menos em seu aspecto filosófico, na superação da concepção da linguagem como mero instrumento, entendida como segunda coisa interposta entre o sujeito e o objeto. A linguagem passa a ser considerada causa constitutiva, tanto do pensamento, quanto do conhecimento, na medida em que é condição de possibilidade do processo de compreensão e da própria totalidade do mundo.

---

<sup>37</sup> MARCONDES, Danilo. op. cit., p. 256.

<sup>38</sup> Richard Rorty denomina de *linguistic turn* o giro que deram os filósofos quando deixaram de lado o tema da experiência e adotaram a temática da linguagem, o que nos EUA ocorreu nos anos quarenta e cinquenta. Passa-se a trabalhar, então, com a concepção de mundo sem substância ou essências, e sem os dualismos metafísicos herdados da tradição grega. Tal fenômeno também é chamado como *quinada lingüística* (Habermas), ou ainda, *reviravolta lingüística* (Manfredo Oliveira). in: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. op. cit., p. 161 e 165.

Consoante Lenio Luiz Streck<sup>39</sup>, são precursores do rompimento com o paradigma instituído pela filosofia da consciência, os filósofos Johann Georg Hamann, Johan Gottfried Herder e Wilhelm Von Humboldt.

Para Humboldt, a linguagem constitui-se como unidade em oposição à dicotomia sujeito-objeto, na medida em que não se descobre o mundo, nem seu sentido, senão através da linguagem. As línguas são concepções, interpretações do mundo.

Gadamer<sup>40</sup> imputa a Humboldt a criação da moderna filosofia da linguagem, e acrescenta afirmando que:

A linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham *mundo*, nela se representa *mundo*. Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas esse estar-aí do mundo é constituído pela linguagem.

A linguagem, portanto, não seria somente instrumento que o homem possui para estar no mundo, mas que o próprio fato do homem estar no mundo é decorrente de sua constituição lingüística.

Lenio Luiz Streck<sup>41</sup>, com fulcro em Carlos Nieto Blanco, afirma que o giro lingüístico ocorreu em três frentes:

Inicialmente, com o neopositivismo lógico ou empirismo lógico, iniciado no Círculo de Viena (década de 20), introduzindo posteriormente a semiótica. Seus adeptos defendiam que a missão da filosofia deveria realizar-se à margem das especulações metafísicas, numa fundamentação de questionamentos estritamente lingüísticos.

A segunda frente em que operou o giro lingüístico foi na filosofia de Wittgenstein, mais propriamente na segunda fase do referido filósofo. Wittgenstein, ao lado de Heidegger, tornou-se um dos mais ardorosos críticos da filosofia da subjetividade (filosofia da consciência), afirmando que não existe um mundo em si,

---

<sup>39</sup> Ibid., p. 145.

<sup>40</sup> GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I: trações fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 8ª ed. RJ: Vozes, 2007, p. 571.

<sup>41</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. op. cit., p. 165.

que independa da linguagem; somente se tem o mundo na linguagem. Não há relação entre os nomes e as coisas; não há essências comuns entre as coisas no mundo. Seria, portanto, impossível determinar a significação das palavras sem consideração do contexto sócio-prático em que são usadas. Wittgenstein defendeu, ainda, que uma das fontes de erro na filosofia (da consciência) é precisamente isolar expressões do contexto em que emergem.

A terceira e última frente em que ocorreu o giro lingüístico tem suas raízes calcadas no desenvolvimento da filosofia da linguagem ordinária ou comum, a qual encontra seu melhor representante em Austin. A filosofia da linguagem tenta compreender a linguagem a partir do contexto sócio-histórico, rompendo definitivamente com o esquema sujeito-objeto e passando a adotar a fórmula sujeito-sujeito (intersubjetividade).

Nesse contexto, verificou-se uma generalização do giro lingüístico, na medida em que a linguagem, nos últimos anos, é tema de reflexão comum às diferentes correntes de pensamento filosófico na contemporaneidade.

A partir de então, diversas teorias surgiram, todas superando, cada qual em seu aspecto peculiar, o pensamento moderno. A linguagem torna-se, assim, a principal questão não só no tratamento pela filosofia, mas também nos mais variados campos das ciências humanas no pensamento contemporâneo.<sup>42</sup> Os problemas filosóficos, portanto, passam a ser um problema lingüístico.

Nesse sentido, passam a nascer diversos novos estudos sobre o tema: na Alemanha, o desenvolvimento da lógica-matemática de Leibniz, e posteriormente, na Inglaterra, a filosofia analítica da linguagem de Gottlob Frege, Bertrand Russell e Ludwig Wittgenstein; a teoria dos atos de fala de Austin; nos EUA, a semiótica de Charles Sanders Peirce, a hermenêutica de Friedrich Schleiermacher; a hermenêutica de Apel; a filosofia hermenêutica de Heidegger; a hermenêutica filosófica de Gadamer; o estruturalismo lingüístico de Ferdinand de Saussure; o neopragmatismo de Rorty e a teoria da ação comunicativa de Habermas.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> MARCONDES, Danilo. op. cit., 2007, p. 259.

<sup>43</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. op. cit., p. 174.

A linguagem, então, se converte em porto de partida e centro das reflexões filosóficas.

A viragem lingüística importou na adoção de algumas premissas, não obstante a diversidade de estudos que nasceram sobre o tema: o conhecimento ocorre na linguagem; é na linguagem que há a surgência do mundo; é na linguagem que o sujeito aparece, que a ação ocorre, que se dá o sentido.

Nos dizeres de Habermas<sup>44</sup>, a viragem lingüística põe em xeque a idéia de fundamentação ligada ao modelo de conhecimento orientado na percepção e na representação de objetos. No lugar do sujeito solipsista, surge um conhecimento construído linguisticamente, situado no contexto de uma práxis intersubjetiva, historicamente mediada.

A filosofia contemporânea centralizou-se na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, na medida em que a linguagem é o momento necessário e constitutivo de todo saber humano. Isto, porque, o acesso que o intérprete tem a algo nunca será um acesso direto, tendo em vista que não se pode conhecer a essência desse algo, senão por meio da linguagem.

Conforme Ernildo Stein, *“não temos acesso aos objetivos assim como eles são, mas sempre de um ponto de vista, a partir de uma clivagem, a cadeira enquanto cadeira, a árvore enquanto árvore. Isto é mediação do significado.”*<sup>45</sup>

É importante ressaltar, contudo, que a filosofia contemporânea não trata da linguagem como as ciências o fazem, dentro do mundo, tal qual o faz o lingüista, o literato, o psicanalista ou o antropólogo. A filosofia da linguagem aborda a linguagem enquanto ela é o mundo do qual se fala. Passa-se por uma necessária conscientização de que não há como se falar do mundo, a não ser falando da linguagem.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. op. cit., p. 177.

<sup>45</sup> STEIN, Ernildo. A caminho de uma fundamentação pós-metafísica. Porto Alegre: Edipucrs, p. 86.

<sup>46</sup> Id. Aproximações sobre hermenêutica. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p. 15.

Stein<sup>47</sup>, referindo-se à linguagem, afirma que

[...] podemos dizer que o ser humano não tem nenhum outro princípio de racionalidade que lhe permite pensar o todo. Nem qualquer um dos elementos que os gregos apresentavam, nem a idéia de Platão, nem a substância de Aristóteles, nem o Deus da Idade Média, nem as formas puras de Kant, nem o eu, sujeito absoluto de Hegel, nada permite ser um princípio de racionalidade ao qual se referem todas as racionalidades das ciências, se em primeiro lugar não está pressuposto este elemento da racionalidade (*a linguagem*).

Percebe-se, portanto, que na filosofia da linguagem, utilizada como base estrutural na presente pesquisa, a linguagem deixar de ser uma terceira coisa entre o sujeito cognoscente e o objeto (a ser conhecido), passando a ser condição de possibilidade do próprio conhecimento.

---

<sup>47</sup> Ibid., p. 17.

## CAPÍTULO 2

### HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: IMPONDO LIMITES À DISCRICIONARIEDADE DO JUDICIÁRIO.

#### 2.1. PRINCIPAIS PENSADORES: CONTRIBUIÇÕES PARA A CONSTRUÇÃO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA;

Passa-se, neste momento, para uma abordagem sobre os filósofos que contribuíram ou influenciaram diretamente a construção da hermenêutica filosófica. Abordar-se-á, então, as lições de Friedrich Schleiermacher, Wilhelm Dilthey, Martin Heidegger, e Hans-Georg Gadamer.

##### *2.1.1. Friedrich Schleiermacher e sua hermenêutica geral:*

Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, filósofo alemão do início do século XIX, é considerado como o pai da hermenêutica moderna, enquanto disciplina geral<sup>48</sup>.

As maiores contribuições de Schleiermacher podem ser resumidas como sendo: a criação de uma hermenêutica geral; o rompimento com o brocado in claris cessat interpretatio; a percepção da congenialidade no processo interpretativo; o reconhecimento do círculo hermenêutico.

Pode-se considerar como um dos mais importantes feitos de Schleiermacher a formulação de sua teoria sobre uma hermenêutica geral, instituindo a hermenêutica como uma disciplina autônoma da teologia e filologia.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> PALMER, Richard E. Hermenêutica. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 103.

<sup>49</sup> Schleiermacher, a rigor, não incluía em sua hermenêutica geral a hermenêutica jurídica, sob o argumento de que a hermenêutica jurídica possuía um objeto diverso das hermenêuticas filológica e teológica. A hermenêutica jurídica não lidaria com a identificação do sentido correto de um texto, mas com a determinação da extensão da lei.

Até então, havia apenas regras ou orientações parciais em determinados ramos de conhecimento, como o teológico (interpretação dos textos bíblicos); literário e/ou artístico (interpretação dos textos clássicos) e jurídico (interpretação dos textos legais). Schleiermacher pretendeu substituir esse conjunto de orientações fragmentadas por uma descrição sistemática e completa do processo interpretativo.

A hermenêutica, pela primeira vez, deixa efetivamente de ser uma técnica auxiliar da teologia ou filologia para alcançar status de uma teoria autônoma sobre uma descrição unificada dos processos de compreensão.

É verdade que Schleiermacher buscou elaborar sua hermenêutica geral o mais próxima possível dos padrões de cientificidade da modernidade, até para que garantir a tão sonhada autonomia da hermenêutica, mas tal fato não retira o mérito de sua obra.

Schleiermacher buscou, ainda, a autonomia do sentido do texto. Seu objetivo com o processo interpretativo já não era revelar verdades ocultas no texto, mas apenas compreender o próprio sentido de tais enunciados lingüísticos independente da veracidade, ou não, desses significados.

Com isso, Schleiermacher buscava que a compreensão tanto da Bíblia, quanto dos textos da Antiguidade Clássica fossem libertados do interesse dogmático da época<sup>50</sup>. Não se buscava mais que tais textos revelassem verdades, mas apenas que mostrassem suas essências e sentidos.

Por tal motivo, talvez, Schleiermacher tenha excluído a hermenêutica jurídica de sua hermenêutica geral, na medida em que a primeira seria eminentemente dogmática, partindo-se do princípio que a norma deve oferecer soluções corretas (verdades) para o caso analisado.

Outro aspecto que se mostrou paradigmático na teoria desenvolvida por Friedrich Schleiermacher, foi a derrocada da máxima in claris cessat interpretatio, vigente até então.

---

<sup>50</sup> GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 306.

Schleiermacher, dentre outras inspirações, teve como antecedentes Friedrich Ast e Friedrich Wolf. O primeiro já havia afirmado que a hermenêutica era a arte de descobrir o pensamento do autor; o segundo, que a noção de interpretar era compreender algo que nos causava estranheza, ou seja, interpretava-se, somente, textos obscuros.

Schleiermacher foi muito além de seus antecessores, na medida em que defendeu que todo texto necessitaria ser interpretado, pois a compreensão de algo escrito por outra pessoa sempre leva em si a possibilidade do mal-entendido. Nessa linha, a inovação de Schleiermacher se mostrou revolucionária, na medida em que universalizou a possibilidade do mal-entendido no processo interpretativo, não o restringindo apenas a textos obscuros.<sup>51</sup>

Alexandre Araújo Costa leciona que<sup>52</sup>

[...] Schleiermacher contrapôs-se à idéia tradicional de que a interpretação somente incidia sobre trechos especialmente obscuros, nos quais fosse impossível uma compreensão imediata.

[...] todo e qualquer texto apresentava ao intérprete o desafio de reconstruir o pensamento de uma pessoa que lhe era estranha porque diversa dele próprio. Assim, como a necessidade de lidar com a individualidade da pessoa cuja obra é interpretada torna inevitavelmente estranho para o intérprete o objeto da compreensão.

As inovações trazidas pela teoria hermenêutica de Schleiermacher foram além. Schleiermacher tratou hermeneuticamente tanto a compreensão do texto, quanto a compreensão do sujeito, levando em consideração o fato de ambas serem partes inseparáveis no processo interpretativo.

A compreensão, então, teria reflexos no aspecto gramatical (compreensão do texto) e psicológico (compreensão do sujeito que criou o texto). Com isso, Schleiermacher avançou superando a concepção tradicional, ao sustentar que os aspectos gramatical e psicológico do processo interpretativo eram necessariamente complementares e que nenhum deles bastava em si. Ocorreu uma clara contraposição à tendência dominante à época de cindir a interpretação em diferentes espécies (literal, alegórica, lógica, sistemática,...).

---

<sup>51</sup> GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 281.

<sup>52</sup> COSTA, Alexandre Araújo. op. cit., p. 87-88.

Palmer, discorrendo sobre o assunto, pondera: <sup>53</sup>

Para Schleiermacher, a compreensão enquanto arte é voltada de novo a experimentar os processos mentais do autor do texto. É o reverso da composição pois começa com a expressão já fixa e acabada e recua até à vida mental que a produziu. O orador ou autor construiu uma frase; o auditor penetra nas estruturas da frase e do pensamento. Assim a interpretação consiste em dois momentos interactuantes: o momento <<gramatical>> e o <<psicológico>> (no sentido lato de tudo aquilo que se inclui na vida psíquica do autor).

Interpretar, portanto, seria encontrar a essência do pensamento do autor expressada no texto. Para tanto, utilizava-se da compreensão gramatical e psicológica no processo interpretativo.

Contudo, como seria possível determinar a intenção do autor em obras ditas inéditas? Schleiermacher respondia que deveria ser utilizada a congenialidade, ou seja, agir-se de modo divinatório, buscando-se entender o sentido correto de uma passagem inédita. Em Schleiermacher, a compreensão somente seria possível quando houvesse algo em comum entre o intérprete e o autor.

A compreensão adequada só ocorreria quando os elementos divinatórios e comparativos se coadunassem e quando as compreensões gramatical e psicológica se complementassem de maneira perfeita, em uma relação circular, conhecida como círculo hermenêutico. Certo é que a harmonização de tais elementos nunca resulta de uma instituição imediata do intérprete, mas de um processo interpretativo de compreensão.

Schleiermacher não cria, a rigor, a figura do círculo hermenêutico. Tal relação circular já era conhecida pela hermenêutica tradicional. A filologia e teologia já defendiam uma forma de círculo hermenêutica sob um aspecto meramente formal, ao afirmar que o intérprete deveria lidar, no processo interpretativo, com o todo e as partes do texto, respeitando, dessa forma, uma relação circular formal, da qual o intérprete ficava de fora.

Compreende-se o sentido de uma palavra individual, quando se considera sua referência à totalidade da frase; reciprocamente, o sentido da frase

---

<sup>53</sup> PALMER, Richard E. op. cit., p. 93.

como um todo depende do sentido das palavras individuais. Essa era a relação circular formal conhecida pela hermenêutica tradicional filológica e teológica.<sup>54</sup>

Há certa contradição lógica na concepção inicial de círculo hermenêutico pensada pelos filólogos. Se há a necessidade de se compreender o todo antes de se conhecer as partes; mas, se as partes somente são conhecidas efetivamente quando se compreende o todo, fica a constatação lógica: nunca se compreenderá nada!

Schleiermacher, porém, resolve tal paradoxo ao introduzir um elemento subjetivo no círculo hermenêutico: o elemento divinatório. Haveria uma espécie de 'salto hermenêutico', possibilitado pela intuição divinatória do intérprete. Isto atribuiria um caráter eminentemente dinâmico ao círculo hermenêutico de Schleiermacher.

A circularidade hermenêutica compreende a noção de que todo processo de compreensão se inicia com um pressentimento divinatório do todo, a partir de poucas partes do que o intérprete dele conhece. Na medida em que o intérprete passa a conhecer mais fragmentos do todo (demais textos do autor, outros elementos comparativos, fatos mais amplos da vida do autor,...) passa a ter uma melhor compreensão do todo, e por conseqüência, também, dos fragmentos.

Portanto, tal pressentimento inicial divinatório se mostra sempre incompleto e provisório. De passo em passo, contudo, o intérprete integra novas partes que se passa a conhecer na projeção geral do sentido, o que provoca uma revisão constante do sentido atribuído tanto ao texto em geral (todo), quando a cada uma de suas partes (fragmento).

Com perfeição, Gadamer afirmar que *“esse constante processo de reprojeta constitui o movimento do compreender e do interpretar”*.<sup>55</sup>

A hermenêutica geral de Schleiermacher tinha como único objetivo a reconstrução do pensamento do autor do texto. Compreender, portanto, seria a arte de reconstruir o pensamento de outra pessoa.

---

<sup>54</sup> PALMER, Richard E. op. cit., p. 94.

<sup>55</sup> GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 402.

Apesar de Schleiermacher ter dado ênfase aos aspectos gramaticais e psicológicos na interpretação, este não se esqueceu, ao menos em sua fase inicial, do papel especial que a linguagem assumia. Somente seria possível compreender o orador mediante seu estilo lingüístico. Ou seja, por meio da linguagem é que o intérprete reconstruída a experiência do auto do texto.<sup>56</sup>

Apesar dos avanços, Schleiermacher ainda encontrava-se preso às raízes de um cientificismo positivista. Ainda não havia ocorrido o verdadeiro rompimento ao esquema sujeito-objeto, mas certamente, os primeiros passos já haviam sido dados.

### 2.1.2. *Wilhelm Dilthey: a hermenêutica como fundamento para as Ciências do Espírito*

Wilhelm Dilthey também teve relevante papel para uma nova reorientação da Hermenêutica. No final do século XIX, inspirado pela hermenêutica geral de Schleiermacher, Dilthey sustentou que a compreensão seria a expressão chave para os estudos humanísticos.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz<sup>57</sup> afirma que o trabalho de Schleiermacher

[...] ganharia profundidade por meio de seu discípulo Wilhelm Dilthey (1833-1911) que incluiria a hermenêutica na epistemologia científica. [...] A hermenêutica passou a ser vista como uma disciplina que, mais do que examinar técnicas de interpretação, constituir-se-ia como *expressão de vida* dentro do contexto histórico.

Reconhecendo a necessidade de se abandonar o modelo até então adotado nas Ciências do Espírito, Dilthey desenvolve sua teoria com a tarefa de

---

<sup>56</sup> Tal aproximação com a linguagem, somente ocorreu na 1ª fase de Schleiermacher. Posteriormente, Schleiermacher abandona tal concepção e assume a postura de que o processo de reconstrução mental do autor não é mais concebido como intrinsecamente lingüístico, mas como uma espécie de função interna da individualidade, separando-se individualidade e linguagem.

<sup>57</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica Jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 37.

encontrar uma nova base metodológica. Dessa forma, sua teoria trabalha sobre três enfoques: 1) o processo de compreensão não é um problema metafísico, mas epistemológico; 2) necessidade do aprofundamento da consciência histórica; 3) a compreensão se daria a partir da própria vida.

A necessidade, vista por Dilthey, em diferenciar a compreensão nas ciências naturais das ciências do espírito, se dava devido a constatação que na primeira a investigação científica objetiva alcançar uma explicação causal e matematizada dos fenômenos naturais; na ciência dos espíritos, contudo, se buscava basicamente a compreensão do homem. Portanto, a natureza seria explicada; o homem, compreendido.

A aplicação da metodologia positivista às ciências do homem não poderia conduzir à elaboração de um saber adequado, na medida em que a compreensão dos fenômenos humanos exigiria uma abordagem hermenêutica.<sup>58</sup>

Levando-se em consideração que o discurso dominante na modernidade era o método, Dilthey direcionou suas pesquisas para uma fundamentação epistemológica das Ciências do Espírito, buscando construir uma teoria objetivamente comprovável que alçasse status científico autônomo em relação às ciências da natureza.

Nesse sentido, Palmer afirma que <sup>59</sup> “[...] qualquer espécie de base metafísica para descrever o que se passa quando compreendemos um fenômeno humano é logo de início recusada, pois dificilmente levaria a resultados considerados universalmente válidos.”

Para que as Ciências do Espírito ganhassem status científico, havia a necessidade de livrá-la de qualquer fundamentação metafísica? Dilthey transporta, então, o problema da compreensão da metafísica para a epistemologia.

Além da questão epistemológica do conhecimento, Dilthey havia acrescentado à sua teoria a questão da consciência da historicidade. Nesse sentido, Dilthey se aproxima de Hegel ao defender que a vida é uma realidade histórica. Mas,

---

<sup>58</sup> COSTA, Alexandre Araújo. op. cit., p. 107.

<sup>59</sup> PALMER, Richard E. op. cit., p. 107.

para manter a cientificidade de sua teoria, teve que se afastar e superar alguns pressupostos idealistas de Hegel que dominavam as teorias historicistas da época.<sup>60</sup>

Dilthey abandona a concepção metafísica de Hegel da história como manifestação do espírito absoluto, e passa a defender que a realidade histórica seria uma expressão da vida. Como a vida seria relativa, podendo ser expressa de diversas maneiras, a própria experiência humana também assumiria aspectos de relatividade.

Dessa forma, superando o pensamento de Hegel, Dilthey converte um problema ontológico e metafísico - que buscava responder qual o sentido da história - em um problema epistemológico, metodológico-científico – como compreender o homem em sua historicidade.

Nesse sentido, leciona Palmer:<sup>61</sup>

Dilthey percebeu verdadeiramente a inconsistência epistemológica da pretensão à <<objectividade>> da <<escola histórica>> alemã, encarando-a como uma mistura acrítica das perspectivas idealista e realista. A experiência concreta, histórica e viva tem que ser o ponto de partida e o ponto de chegada das *Geisteswissenschaften*.

Sem embargo do êxito, ou não, de Dilthey na formulação de sua teoria, este certamente foi o primeiro autor a pensar as teses de Schleiermacher, traçando uma clara divisão entre as ciências da natureza e do espírito, somando-se a isso uma consciência histórica.

Consolidou-se a transferência da hermenêutica para a historiografia, sob o argumento que não somente as fontes históricas chegam até nós como textos, mas também a própria realidade histórica é, em si mesma, um texto que deve ser compreendido, e não explicado tal qual ocorre nas ciências naturais.

---

<sup>60</sup> Hegel é considerado o primeiro grande filósofo moderno a pensar o homem como um ser histórico, rompendo um padrão que consistia numa ontologia baseada no esclarecimento nas essências imutáveis e universais do homem e da natureza. Contudo, apesar da inclusão hegeliana da historicidade na filosofia ter sido uma inovação relevante, conduziu a um discurso histórico predominantemente filosófico-metafísico, e não científico. Tal conclusão se deve ao fato de Hegel ter adotado um modelo metafísico de compressão que resultava na narração da história, partindo-se de padrões não-históricos. Quando Hegel, ao responder o questionamento sobre o sentido da história, atribuindo-o como a realização do espírito absoluto, pensa a história de forma a-histórica, pois tal discurso é organizado nas bases de uma filosofia idealista, que certamente não se adequava às exigências de um discurso científico moderno. Afinal, como o próprio Gadamer afirma “há muitas formas de pensar a história a partir de um padrão fora dela própria.”

<sup>61</sup> PALMER, Richard E. op. cit., p. 105.

Nessa linha, preciosas são as lições de Rodolfo Viana Pereira <sup>62</sup>:

Desse modo, a grande contribuição de DILTHEY foi situar a possibilidade de compreensão, ainda que limitada ao âmbito das Humanidades, dentro da História e não fora dela, divergindo daqueles que achavam ser possível importar os métodos das Ciências Naturais – então considerados *explicativos/descritivos*, portanto *aistóricos* – para a interpretação objetiva dos fenômenos vivenciais, imersos no mundo histórico.

Dilthey criticava as formas de pensamento naturalísticas, na medida em que aplicavam a causalidade à tarefa de compreender a vida interior do homem, pois a dinâmica da vida do homem era o conjunto complexo de cognição, sentimento e vontade, não podendo sujeitar-se às normas da causalidade e à rigidez de um pensamento mecanicista e quantitativo.

O objetivo das ciências humanas não poderia ser a compreensão da vida em termos de categorias exteriores a ela mesma, mas a partir de categorias intrínsecas, derivadas da própria vida. <sup>63</sup>

Quanto ao círculo hermenêutico, Dilthey também introduziu um enfoque diferenciado, tal qual fez Schleiermacher. Manteve a circularidade entre as partes e o todo. Contudo, passou a afirmar que tal circularidade também existiria entre as parte e o todo da vida de cada um.

Nessa linha, Palmer <sup>64</sup> afirma:

Um evento ou uma experiência podem alterar de tal modo as nossas vidas que aquilo que anteriormente tinha significado pode deixar de o ter e que uma experiência passada aparentemente sem sentido pode tornar-se retrospectivamente significativa. O sentido do todo determina a função e o sentido das partes. E o sentido é algo histórico; é uma relação do todo e das partes encarada por nós de determinado ponto de vista, num determinado tempo, para uma dada combinação de partes. Não é algo acima ou fora da história mas a parte de um círculo hermenêutico, sempre historicamente definido.

Para Dilthey, portanto, o sentido seria sempre contextual. O significado seria sempre histórico. A interpretação de determinado texto coloca-se sempre na situação em que o intérprete encontra-se, ou seja, no seu contexto histórico e social.

---

<sup>62</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. Hermenêutica Filosófica e Constitucional. 2ª edição. Belo Horizonte: DelRey, 2007, p. 16.

<sup>63</sup> PALMER, Richard E op. cit., p. 109.

<sup>64</sup> Ibid., p. 124.

De forma um tanto paradoxal, apesar de Dilthey combater o cientificismo hegemônico da época, sua busca por um conhecimento objetivamente válido para as ciências humanas não deixava de ser uma expressão do ideal científico.

Sem embargo dessa crítica, que tornou a teoria de Dilthey irrealizável, seu projeto desempenhou relevante papel para o avanço da hermenêutica. Com Dilthey, a hermenêutica tornou-se a base dos estudos humanísticos, introduzindo a questão da autoconsciência histórica de forma inovadora, vindo a influenciar os pensamentos de Heidegger.

### *2.1.3. Martin Heidegger e sua fenomenologia hermenêutica:*

Heidegger, na primeira metade do século XX, assume relevante posição na construção de uma nova concepção de hermenêutica, na medida em que, seguindo a linha de seus sucessores, encontrava-se determinado a delimitar um conhecimento anterior à objetividade da ciência.

Interessante ressaltar, nas palavras de Jean Grodin<sup>65</sup>, que:

[...] O pensamento mais importante, como hoje o podemos constatar claramente, foi, sem dúvida, introduzido em 'Ser e Tempo', [...]

Muitos dados depõem, pois, a favor da idéia de que a hermenêutica específica de Heidegger deva ser buscada nas primeiras preleções. Pois delas brotaram notáveis impulsos para o desenvolvimento da hermenêutica posterior, sobretudo da gadameriana.

O mérito de Heidegger se deve ao fato de ter conduzido a hermenêutica efetivamente para o centro da reflexão filosófica.

Nas palavras de Gadamer,<sup>66</sup>

A fenomenologia hermenêutica de Heidegger e a análise da historicidade da pre-sença buscavam uma renovação geral da questão do ser e não uma teoria das ciências do espírito ou uma superação das aporias do historicismo. Esses eram meros problemas atuais que permitiam demonstrar

---

<sup>65</sup> GRODIN, Jean. Introdução à hermenêutica filosófica. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999, p. 158.

<sup>66</sup> GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 346.

as conseqüências de sua renovação radical da questão do ser. Mas graças precisamente à radicalização de seu questionamento pôde sair do labirinto em que se haviam deixado apanhar Dilthey e Husserl com suas investigações sobre os conceitos fundamentais das ciências do espírito.

Para tanto, sob uma hermenêutica da faticidade, Heidegger fundamenta que a faticidade da existência deveria representar a base ontológica do questionamento fenomenológico.

Ou seja, Heidegger repensou a fenomenologia de Edmund Husserl, que fora construída como sendo uma revelação da consciência, fazendo-a assumir a função de revelar o ser, em toda sua faticidade e historicidade. Tal método fenomenológico de revelação do ser foi chamado por Heidegger de 'hermenêutica'.

Heidegger busca, com sua nova hermenêutica da faticidade, uma forma de compreender aquilo que se encontra por detrás da elocução, ou seja, por trás das palavras que expressam o pensamento. Essa nova forma de compreensão, Heidegger chama de 'existencial'.

Afirma que a compreensão decorre do próprio modo-de-ser-no-mundo, na medida em que *"a compreensão (ou o entender) de algo significa menos um 'modo de conhecimento' do que um 'situar-se' no mundo."*<sup>67</sup>

Esse existencial humano irá dirigir a pré-compreensão que o homem tem sobre o mundo. Ou seja, a compreensão humana se orienta a partir de uma pré-compreensão que emerge da situação existencial, e que delimita cada tentativa do ato inicial de interpretação.

Essa pré-estrutura da compreensão é dividida por Heidegger entre o 'como hermenêutico' e o 'como apofântico'. No primeiro tem-se a realização de uma pré-compreensão interpretativa elementar das coisas, derivada do próprio existencial humano. No segundo, reflete-se a expressão dos fenômenos que se exprimem em locuções ou enunciados.

Na hermenêutica tida por tradicional, a interpretação funcionava como um meio para a compreensão. Ou seja, a interpretação assumia uma função

---

<sup>67</sup> GRODIN, Jean. op. cit., p. 160.

claramente mediadora. Buscava-se, em primeiro lugar, interpretar o objeto, para, após, compreendê-lo.

Em Heidegger há uma verdadeira inversão nessa configuração da estrutura interpretativa. Primeiro se compreende, para, somente depois, se interpretar. Afinal, como seria possível interpretar-se algo, sem que o interprete possua um existencial de pré-compreensão daquele objeto? Como poderia ser realizado aquele projetar de sentidos, se o intérprete não pré-compreender o objeto? Nesse sentido, a primeira tarefa de qualquer interpretação deve ser a de trazer à consciência a própria pré-estrutura da compreensão, o que delimita uma maior transparência no processo interpretativo.

Nas palavras de Jean Grodin, *“a interpretação quer ajudar a pré-compreensão a ser transparente.”*<sup>68</sup>

#### A hermenêutica de Heidegger<sup>69</sup>

[...] objetiva relevar o que estava escondido: não constitui uma interpretação de uma interpretação (que é em que consiste a explicação de texto) mas sim um acto primário de interpretação que faz com que a coisa saída de seu esconderijo.

A hermenêutica passa a ser vista como uma ontologia da compreensão. Heidegger supera claramente seus antecessores. Schleiermacher havia procurado a chave da compreensão nas condições comuns a todo o diálogo, o que era feito pelo processo divinatório; Dilthey tentará encontrar a compreensão na autoconsciência histórica do homem. Heidegger, por sua vez, efetua um salto hermenêutico, ao defender que a compreensão é a fenomenologia do ser, no contexto existencial.

Heidegger também recepciona a idéia de círculo hermenêutico, que ocorre, contudo, entre a interpretação e a compreensão, ou seja, entre a interpretação e as pré-concepções que se alimentam. *“É essa idéia do*

---

<sup>68</sup> GRODIN, Jean. op. cit., p. 165.

<sup>69</sup> PALMER, Richard E. op. cit., p. 134.

*conhecimento – como articulação de uma pré-compreensão (Vorversatändnis) originária – que Heidegger chama de círculo hermenêutico”.*<sup>70</sup>

Ou seja, Heidegger explora as implicações do círculo hermenêutico no que se refere a estrutura ontológica de toda a compreensão e interpretação.

Gadamer, como se verá, operará uma releitura lingüística dos conceitos hermenêuticos propostos por Heidegger no campo de sua ontologia.

Apesar da clara inspiração na hermenêutica da faticidade heideggeriana, Gadamer será o maior protagonista no campo da hermenêutica, ao efetivar uma aproximação entre historicidade e linguagem, inaugurando, assim, a hermenêutica filosófica.

## 2.2. HANS-GEORG GADAMER: A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Hans-Georg Gadamer, filósofo alemão, durante seus 102 anos de vida, dirigiu suas preocupações em desenvolver um estudo sobre uma hermenêutica ligada ao campo das interpretações dos objetos culturais.

Discípulo de Heidegger, crítico de Kant e Hegel, e seguidor de Dilthey, o filósofo de Heidelberg teve como principal trabalho seu livro ‘Verdade e Método’, em que fez uma clara crítica ao predomínio do método como única forma de conhecimento possível, instituindo, dessa forma, uma nova hermenêutica filosófica baseada na ontologia da linguagem.

Gadamer reconhece a importância do método para as ciências, contudo não concorda com seu caráter de universalidade e fundamento último de validade para o conhecimento, na medida em que as Ciências do Espírito são marcadas pela compreensão que o homem tem de si mesmo.

---

<sup>70</sup> STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 196.

Logo, a pretensa exterioridade, pureza ou imparcialidade exigida do sujeito cognoscente, outrora trazida pelo método científico, não se adéquam às Ciências do Espírito.

Nesse sentido, Gadamer afirma que *“a hermenêutica é, pois, algo mais do que um método das ciências ou o distintivo de um determinado grupo de ciências. Designa, sobretudo, uma capacidade natural do ser humano”*.<sup>71</sup>

Gadamer dedicou-se, em especial, à investigação sobre o modo como se interpreta as obras de arte. Mas porque tal predileção pela arte, e não os textos jurídicos ou bíblicos, que também foram objetos de análise de Gadamer?

Não foi sem motivo que iniciou o primeiro dos três capítulos de seu livro ‘Verdade e Método’ com uma análise da hermenêutica a partir das experiências artísticas. Tal escolha teria sido estratégica, na medida em que era mais aceitável reconhecer-se, inicialmente, o relativismo na interpretação nas obras de arte, do que em outras áreas do conhecimento humano.<sup>72</sup>

Gadamer, de certa forma, procurou demonstrar que se o método não poderia assegurar uma interpretação correta das obras de arte, por que o seria em outras áreas de conhecimento? Demonstrava-se, com isso, que o método não possuiria a universalidade anunciada pela racionalidade iluminista.

A segunda parte de ‘Verdade e Método’, Gadamer reserva para efetuar sua crítica sobre a instância legitimadora do método nas ciências do espírito e discutir o fenômeno da compreensão.

Na terceira parte, se dedica a fundamentação de sua hermenêutica filosófica.

---

<sup>71</sup> GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método II: complemento e índice. 4ª ed. RJ: Vozes, 2009, p. 350.

<sup>72</sup> COSTA, Alexandre Araújo. op. cit., p. 138.

2.2.1. Subtilitas intelligendi, explicandi e aplicandi – uma superação necessária:

No decorrer da história, a hermenêutica tradicional sempre cindiu o ato de interpretar. Inicialmente, interpretava-se a lei, para que dela se extraísse o seu correto significado e alcance. Então, aplicava-se por meio da subsunção a norma ao fato.

O caso concreto só entrava em cena no apagar das luzes, ou seja, no momento de aplicação da norma. Norma está que, inclusive, já havia sido 'interpretada' anteriormente. O caso concreto não participa efetivamente no processo de compreensão, sendo mero figurante no teatro chamado 'interpretação jurídica'.

Este modo de se compreender / interpretar o direito não se adéqua a um modelo de Estado Democrático de Direito, que, institucionalizando valores morais, objetiva implementar ideais de vida boa a seus cidadãos. O caso concreto não pode ficar relegado a segundo plano no processo de compreensão / interpretação do direito.

O sentido atribuído, na presente pesquisa, à expressão 'Estado Democrático de Direito' se vincula ao pensamento adotado por José Luis Bolzan de Moraes e Lenio Streck, quando afirmam que o Estado Democrático de Direito é um 'plus' normativo em relação ao Estado Social, na medida em que, normativamente, cria o ônus ao Estado em cumprir as promessas de modernidade não cumpridas.<sup>73</sup>

Saúde, educação, cultura, segurança não são meras exortações programáticas feitas pelo Constituinte Originário, a depender da boa vontade (em sua conveniência e oportunidade) da Administração Pública na implementação de tais direitos.

Tais promessas, institucionalizadas na Constituição, possuem força normativa suficiente para gerarem um ônus positivo estatal, que, por certo, não pode

---

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz, DE MORAES, José Luis Bolzan. Ciência Política e Teoria do Estado. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

passar despercebido na compreensão do fenômeno jurídico, principalmente pelo Poder Judiciário.

Logo, essa forma positivista de interpretar e aplicar o direito se mostrou adequada ao modelo de Estado Liberal, pois em tal modelo o Direito se mostrava alheio às questões sociais.

O caso concreto, fértil em problemas sociais, era relegado unicamente ao momento de aplicação da norma, produto de interpretações feitas abstratamente.

O fato social, portanto, não era levado em consideração no processo interpretativo, afinal isto poderia 'contaminar' a pureza da ciência do direito.

Theodor Viehweg, com sua Tópica Jurídica, a muito já criticava interpretações jurídicas feitas alheias ao problema.

Da mesma maneira que a criação da lei tem como fonte os fatores sociais, a interpretação deve encontrar no caso concreto, e não abstratamente no método, a luz para uma resposta adequada. Dito de outra forma: na medida em que o Direito é uma ciência prática, a interpretação não pode se realizar a revelia do problema que pretende solucionar.

O juiz, quando interpreta a lei, encontra-se vivenciando o problema, ou inserido em uma tradição histórica que vivencia o problema. Dessa forma, não há método que possa 'purificar' tal perspectiva histórica.

Nessa linha, são esclarecedoras as lições de Margarida Lacombe Camargo<sup>74</sup>, ao afirmar que:

Os problemas jurídicos são problemas nossos, facilmente compartilhados conforme tradições e vivências culturalmente compartilhadas. Com isso queremos dizer, juntamente com Gadamer, que o proceder interpretativo não se dá em etapas como antes se predendia *subtillitas intelligendi*, a compreensão; *subtillitas explicandi*, a interpretação; *subtillitas aplicandi*, a aplicação; mas de forma única. Aplicar, portanto, significa compreender a si mesmo. Quem compreende algo, compreende a si mesmo nele.

Dessa forma, o processo de compreensão, outrora dividido em 'compreender', 'interpretar' e 'aplicar', não pode persistir em um Estado Democrático

---

<sup>74</sup> CAMARGO, Margarida Lacombe. A nova hermenêutica in: Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pág. 354.

de Direito. O próprio círculo hermenêutico, na concepção adotada por Gadamer, elimina essa possibilidade de cisão, conforme se demonstrará em item próprio.

Vale lembrar, que a fusão entre a subtillitas intelligendi e subtillistas explicandi já havia ocorrido desde a hermenêutica romântica de Schleiermacher, ao considerar que a interpretação não seria um ato posterior e complementar à compreensão.<sup>75</sup>

Gadamer <sup>76</sup>, contudo, vai além, ao afirmar que “*na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete*”. Um processo unitário de compreensão englobaria não somente a compreensão e interpretação, mas também, a aplicação.

Vale as esclarecedoras palavras de Gadamer, ao discorrer que:<sup>77</sup>

[...] se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação -, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar.

Por outro lado, a hermenêutica filosófica é sempre um processo de compreensão e atribuição de sentido ao objeto interpretado, no caso, o texto jurídico. Tal atribuição de sentido deve, num Estado Democrático de Direito, levar em consideração as promessas ou compromissos firmados na própria Constituição.

Pode até parecer, mas o processo de atribuição de sentido não é arbitrário, na medida em que encontra no próprio texto e na autoridade tradição os limites hermenêuticos necessários.

Não se vive num ‘estado de natureza hermenêutico’<sup>78</sup>, em que todos podem dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. O enunciado lingüístico (texto) – que é considerando um evento por refletir os fatos sociais de seu tempo e da tradição – é o teto hermenêutico que o intérprete deverá se guiar na atribuição de sentido.

---

<sup>75</sup> GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. I. op. cit. p. 406.

<sup>76</sup> Ibid., p. 406-407.

<sup>77</sup> Ibid., p. 408.

<sup>78</sup> A expressão é de Lenio Streck.

Portanto, “os textos jurídicos devem ser interpretados juridicamente e compreendidos historicamente”<sup>79</sup>, na medida em que o jurista tem a compreensão do significado dos signos lingüísticos que o texto enuncia (‘como apofântico’), mas o conteúdo normativo é determinado de acordo com o caso concreto para o qual a norma deve ser aplicada, levando-se em conta a situação hermenêutica em que o intérprete se encontra (‘como hermenêutico’).

Conforme afirma Margarida Lacombe Camargo<sup>80</sup>, “o juiz, na visão de Gadamer, exerce uma função mediadora ao tentar reconhecer o significado jurídico da lei intermediando-a com o presente, e não o significado histórico do momento de sua promulgação”.

Portanto, Gadamer supera Schleiermacher ao se contrapor a idéia de congenialidade, por não acreditar que a hermenêutica objetive reviver a vontade do autor, mas, pelo contrário, serve para intermediar o passado com o presente.

Nesse sentido, afirma Gadamer<sup>81</sup>:

É completamente errôneo fundamentar a possibilidade de compreender textos na pressuposição da “cogenialidade” que uniria o criador e o intérprete de uma obra. Se fosse assim, as ciências do espírito estariam em maus lençóis.

### 2.2.2. *Círculo hermenêutico e a pré-compreensão:*

A idéia de círculo hermenêutico, tal como defendida por Gadamer, remonta à ontologia heideggeriana. Contudo, a filologia e teologia já defendiam uma forma de círculo hermenêutica sob um aspecto meramente formal, ao afirmar que o intérprete deveria lidar, no processo interpretativo, com o todo e as partes do texto, respeitando, dessa forma, uma relação circular formal, da qual o intérprete sempre ficaria de fora.

---

<sup>79</sup> GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 485.

<sup>80</sup> CAMARGO, Margarida Lacombe. op. cit., p. 355.

<sup>81</sup> GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 410.

Somente no século XIX, Schleiermacher incorpora um aspecto subjetivo ao círculo hermenêutico, ao defender a capacidade divinatória do intérprete. Porém, Schleiermacher não incluiu o intérprete na estrutura do círculo hermenêutico, mantendo, ainda, a separação sujeito-objeto, respeitando, dessa forma, os preceitos cientificistas de neutralidade da época.

Heidegger, como visto, traz o intérprete para dentro do círculo hermenêutico, fazendo com que este passe a integrar o próprio processo de compreensão. A descrição do círculo hermenêutico trazida por Heidegger mostra que a compreensão de um texto se encontra constantemente determinada pelo movimento de concepções prévias da pré-compreensão. O círculo hermenêutico não é de natureza forma-objetiva, nem, muito menos, subjetivo, na medida em que concebe o processo de compreensão como um movimento da tradição e do intérprete.<sup>82</sup>

O círculo hermenêutico, portanto, não se resume mais a uma relação entre o todo e as partes, mas passa a incorporar o próprio intérprete e o objeto como núcleos centrais dessa circularidade.

Tal circularidade se mostra eminentemente constitutiva, relacionando a pré-compreensão histórica do intérprete e a própria interpretação. Trata-se, portanto, de um círculo hermenêutico ontológico.

Gadamer, seguindo a viragem ontológica de Heidegger, descreve o círculo hermenêutico da seguinte maneira:<sup>83</sup>

Quem quiser compreender um texto, realiza, sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.

---

<sup>82</sup> GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 388.

<sup>83</sup> Ibid., p. 356.

Gadamer reconhece que todo processo de compreensão inicia-se com um projetar de sentidos, tal qual lecionava Schleiermacher. Contudo, diverge deste ao negar o caráter divinatório da compreensão, na medida em que a hermenêutica teria um viés claramente constitutivo de sentido, e não meramente reproduzidor da vontade do autor.

A teoria sugerida por Gadamer se mostra inovadora na medida em que busca desmistificar e assumir os preconceitos, não como pontos negativos no processo de compreensão, mas como pontos de apoio legítimo da interpretação jurídica, reconhecendo-os como inevitavelmente determinantes.

Contudo, fica a indagação: como o intérprete, no processo de compreensão, saberá diferenciar os preconceitos produtivos, que tornam possíveis a compreensão, daqueles que conduzem a verdadeiros mal-entendidos?<sup>84</sup> A rigor, o intérprete, inserto no jogo da interpretação, pois faz parte deste jogo, não logrará um lugar privilegiado para observar de forma isenta seus preconceitos, classificando-os entre virtuosos, ou não.

Tal seleção, garantidora de um processo de compreensão correto, se realizará, conforme lições de Gadamer, por meio de dois princípios hermenêuticos: a distância temporal e a suspensão dos prejuízos.

A distância temporal terá papel fundamental nesse processo de compreensão. Gadamer<sup>85</sup> ensina que

Cada época deve compreender a seu modo um texto transmitido, pois o texto forma parte do todo da tradição na qual cada época tem um interesse objetivo e onde também ela procura compreender a si mesma.

[...]

O tempo já não é, primariamente, um abismo a ser transposto porque separa e distanciam, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. [...] trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, em cuja luz nos é mostrada toda a tradição.

Esses preconceitos e opiniões prévias que povoam a consciência do intérprete não se encontram à sua livre disposição. Da mesma forma, conforme já

---

<sup>84</sup> GADAMER, Hans-Georg. op cit., p. 391.

<sup>85</sup> Ibid., p. 392-393.

dito, o intérprete não se encontra numa posição privilegiada para poder escolher, de antemão, os preconceitos produtivos, separando-os, daqueles outros que obstam uma correta atribuição de sentido. Caberá à distância temporal tal sensível papel, qual seja, afastar eventuais preconceitos inautênticos.

A distância temporal permite distinguir os verdadeiros preconceitos, sob os quais o intérprete efetivamente desenvolve o processo de compreensão, daqueles falsos preconceitos, que produzem unicamente mal-entendidos hermenêuticos. Contudo, Gadamer<sup>86</sup> afirmará que *“enquanto [o intérprete] está em jogo, é impossível fazer com que um preconceito salte aos olhos” (acréscimo nosso).*

Então, como solucionar tal impasse? Deverá o intérprete se abrir para que a autoridade da tradição o interpele. Este ‘se abrir’, ‘se tornar receptivo’ exige que o intérprete suspenda por completo todos os seus preconceitos, o que, para Gadamer, é feito por meio de uma pergunta. Conclui-se: *“a função principal da pergunta é abrir e manter abertas possibilidades”*<sup>87</sup>.

Logo, as pré-compreensões, mesmo que inicialmente equivocadas, são tidas por positivas, na medida em que a interação entre o intérprete e o texto, mediante a autoridade da tradição, irá produzir, com base no círculo hermenêutico, as devidas correções de sentido, que serão garantidas pela distância temporal e suspensão dos prejuízos.

Não se mostra necessário, e nem desejável, que o intérprete esqueça-se de todas as suas opiniões prévias, buscando uma pretensa neutralidade, que, como visto, é impossível. O que se exige é a simples abertura por parte do intérprete para que o texto lhe diga algo. Afinal, *“quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”*.<sup>88</sup>

Obvio que o texto, por si só, nada dirá ao intérprete. O que Gadamer expressa com tal metáfora é que, em geral, o que faz o intérprete se aperceber de um projetar de sentido inautêntico é o *“choque que um texto nos causa – seja*

---

<sup>86</sup> GADAMER, Hans-Geog. op. cit., p. 395.

<sup>87</sup> Ibid., p. 396.

<sup>88</sup> Ibid., p. 358.

*porque ele não faz nenhum sentido, seja porque seu sentido não concorda com nossas expectativas”*.<sup>89</sup>

Por tal razão, Margarida Lacombe Camargo<sup>90</sup> afirma:

[...] não apenas temos sempre uma expectativa de sentido que nos abre para o texto, como quem quer compreender pergunta alguma coisa para o texto, tornando-se acessível às respostas que o mesmo pode oferecer. Sem a pergunta não há resposta, pois o texto não fala por si. E quem não possui pré-compreensão não pergunta.

Observa-se, portanto, que somente o ‘choque que o texto causa’ ao intérprete, em decorrência da ausência de sentido ou da divergência deste com as expectativas de projeções de sentidos inautênticos, é que gerará as condições de possibilidade para que o intérprete ‘pergunte’ ao texto. Somente assim, “*o intérprete se abrirá para a alteridade do texto e o deixará falar*”.<sup>91</sup> Mas para que isso ocorra, o intérprete deve se manter ‘receptivo’ ou ‘aberto’, ou seja, seus prejuízos devem estar suspensos, somente assim as perguntas surgirão.

Tal pergunta, contudo, somente é possível pela pré-compreensão, que por sua vez se funda na tradição. À tradição é dado o papel de interpelar o intérprete, sugerindo perguntas ao texto.

Descrevendo o papel da tradição no processo de compreensão do fenômeno jurídico vale a transcrição das lições de Margarida Lacombe Camargo:<sup>92</sup>

Se queremos uma democracia, não há como deixarmos de nos aproximar das normas de direito fundamental sem interpretá-las com esse fim. Se vivenciamos um Estado Constitucional, não há como deixarmos de interpretar suas normas sem a perspectiva liberal. Mas se vivemos numa sociedade desigual, também não há como deixarmos de reconhecer no Direito um instrumento de transformação social.

Dito de outra forma, não há como se ignorar a historicidade na qual a sociedade e o próprio intérprete se encontram inseridos. Essa historicidade, essa tradição, determinará o processo de compreensão, sendo de suma importância a autoconsciência do intérprete sobre sua situação de ‘ser-no-mundo’

---

<sup>89</sup> GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 357.

<sup>90</sup> CAMARGO, Margarida Lacombe. op. cit., p. 360.

<sup>91</sup> Ibid., p. 361.

<sup>92</sup> Ibid., p. 362.

(autoconsciência histórica), até para que seus preconceitos inautênticos sejam afastados do processo de compreensão.

A compreensão, portanto, ocorre levando-se em conta a tradição, que permite esse estranhamento entre o presente e o passado. Nesse estranhamento que ocorrerá a fusão de horizontes e todo o processo de compreensão. Ou seja, “o acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontenverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmo.”<sup>93</sup>

Desta forma, o intérprete do Direito, possuidor de uma consciência histórica, pois se encontra inserido numa tradição, não atua à margem do passado ou do que a cultura lhe mostra, mas conforme o que suas experiências e vivências permitem.<sup>94</sup>

### 2.2.3. *Hermenêutica e linguagem:*

Gadamer fundamenta a hermenêutica como um processo lingüístico, ou seja, claramente influenciado pela filosofia da linguagem. A linguagem seria o ‘locus’ hermenêutico em que ocorre o fenômeno da compreensão.

Não seria possível a compreensão direta e imediata das coisas, pois o homem somente tem acesso a elas mediante a linguagem. Com a linguagem, portanto, o homem representa o real.

Nesse sentido, Gadamer ensina que “[...] não somente o mundo é mundo apenas na medida em que vem à linguagem, mas a linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo.”<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Posfácio”. Verdade e consenso. op. cit., p. 429.

<sup>94</sup> CAMARGO, Margarida Lacombe. op. cit., p. 364.

<sup>95</sup> GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 643.

Dessa forma, “a linguagem não pode ser vista como um mero instrumento cujo objetivo seja ligar uma subjetividade ilhada (homem) a uma objetividade isolada (coisa)”.<sup>96</sup>

Gadamer, adotando claramente o paradigma da filosofia da linguagem, transporta a linguagem para um papel fundamental no processo de compreensão, na medida em que o mundo que se releva ao homem é o que se encontra na linguagem. Nisso que se fundamente a universalidade da hermenêutica gadameriana, uma vez que tudo o que pode ser compreendido pelo homem é linguagem.

Lenio Luiz Streck, de forma incisiva, afirma que:<sup>97</sup>

[...] devemos suspeitar da distinção grega entre aparência e realidade: dizer que tudo é um construção social é afirmar que nossas práticas lingüísticas estão tão unidas a outras práticas sociais que nossas determinações da natureza, como a de nós mesmos, serão sempre uma função de nossas necessidades sociais; por outro lado, dizer que toda a apreensão é uma questão lingüística equivale a afirmar que não temos conhecimento do tipo que Bertrand Russel, na tradição do empirismo britânico, chamou de “conhecimento direto”. Desse modo, [...] todo conhecimento é conhecimento a partir de descrições que resultam adequadas para nossos propósitos sociais correntes.

Neste ponto, importa ressaltar, que a pretensão de validade ora afirmada não é da hermenêutica gadameriana, mas sim da linguagem, encarada hermeneuticamente.<sup>98</sup>

#### 2.2.4. *Unidade do ato de interpretar e compreender:*

O Direito, influenciado pelos padrões de racionalidade científico-positivistas, sempre buscou tratar o fenômeno interpretativo em partes. Importando-se os mesmos critérios metodológicos de cisão dos objetos para análises científicas,

---

<sup>96</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. op. cit., p. 50.

<sup>97</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) crise. op. cit., p. 162.

<sup>98</sup> GRODIN, Jean. op. cit., p. 201.

o fenômeno interpretativo passou a ser cindido em técnicas ou métodos específicos, a saber: interpretação literal, lógica, teleológica, histórica, sistemática,...

Tais concepções, contudo, não sobrevivem à idéia de giro lingüístico, muito menos ao paradigma filosófico da linguagem.

Conforme visto nos capítulos anteriores, o intérprete jurídico leva para o processo de interpretação todo seu horizonte de pré-compreensões, ou seja, todos os seus pré-conceitos. Desta forma, quando interpreta / compreende um texto jurídico, o faz dentro de seu momento histórico, social e político, bem como, dentro do que a tradição a ele legou, ou seja, com base na situação hermenêutica em que se encontra.

O texto, modernamente, não é visto apenas como um enunciado lingüístico, mas, acima de tudo, é um evento, por refletir o momento histórico de sua criação. Será a fusão desses horizontes (passado e presente) que produzirá a compreensão e atribuição de sentido ao texto.

Quando se interpreta, leva-se em consideração o texto (enunciado lingüístico), na medida em que este, por ser um evento, delimita a moldura dentro da qual o sentido será atribuído, sendo desnecessário cindir-se falar-se em 'interpretação literal', como uma instância autônoma do processo de compreensão.

Apesar do texto não trazer sua correta interpretação, nem tal interpretação ser produto da racionalidade metódica de um sujeito solipsista, não há um 'grau zero' na atribuição de sentido, na medida em que o próprio texto (evento) e a autoridade da tradição já delimitaram a moldura a partir da qual o intérprete iniciará sua compreensão sobre determinado enunciado lingüístico.

Ademais, pelo fato do intérprete estar no mundo, carrega para o processo de interpretação toda historicidade da qual faz parte e encontra-se inserido. Nessa medida, toda interpretação encontra-se necessariamente condicionada pelo horizonte histórico do qual o intérprete faz parte. Falar-se em 'interpretação histórica', portanto, se mostra uma redundância, na medida em que todo processo de compreensão é historicamente condicionado.

Outrossim, a circularidade hermenêutica, mesmo que formalmente concebida como na hermenêutica filológica, já previa uma abordagem sistemático no processo de compreensão, ou seja, a atribuição de sentido deveria respeitar uma circularidade entre o todo e as partes. Desta forma, despidianda e, até mesmo, inconveniente dar autonomia a uma instância interpretativa dita sistemática.

Logo, observa-se que o intérprete quando compreende um texto, o faz levando-se em consideração seus enunciados lingüísticos; o contexto da obra na qual aquele enunciado encontra-se inserido; sua tradição e horizonte histórico; integrando, necessariamente, o processo de compreensão, em decorrência do círculo hermenêutico conforme concebido por Gadamer.

Não há, portanto, como se interpretar / compreender utilizando-se paradigmas que não passaram pela necessária filtragem realizada pelo giro lingüístico-ontológico ocorrido na contemporaneidade.

Dessa forma, cindir a compreensão de um texto em diversas técnicas de interpretações (literal, lógica, teleológica, histórica, sistemática, ...) se mostra uma contradição quando se compreende a hermenêutica como filosofia, como ser-no-mundo.

#### *2.2.5. A morte do legislador racional:*

A figura do legislador racional ainda povoa o pensamento do jurista brasileiro, apesar de tal instituto estar intimamente vinculado ao modelo positivista de se pensar o direito.

Desde os bancos acadêmicos, até os mais elaborados acórdãos dos Tribunais Superiores, sempre se ouvem as afirmativas: 'não existem palavras inúteis na lei'; 'o legislador pretende...'; 'a intenção do legislador é ...'; 'a mens legislatoris'.

Tais brocados se fundamentam num equivocado modo de pensar o direito, ainda vinculados ao modelo positivista tão arraigado no senso comum teórico dos juristas brasileiros.

A figura do legislador racional é uma forma metafísica encontrada pelo positivismo para trazer uma maior coerência, racionalidade e autoridade ao texto legal, ou melhor, a quem atribui sentido ao texto legal. Afinal, quem ousaria discordar da interpretação dada pelo próprio legislador, que a tudo sabe e tudo vê?

Por certo que o legislador racional efetivamente não existe, mas se trata de uma construção doutrinária que, funcionando com uma metalinguagem, ou seja, um terceiro-metafísico presente no mundo jurídico, com a função de dar um sentido racional ao caos legislativo do sistema positivo vigente. O legislador racional, portanto, é uma figura positivista-epistemológica, com a única função de dar solução as aparentes contradições do sistema.

Tercio Sampaio Ferraz Jr.<sup>99</sup>, conceituando a figura do legislador racional, assim leciona:

Para entender essa peculiaridade da língua hermenêutica (LH), temos de fazer referência a um pressuposto importante da hermenêutica [clássica], quando interpreta: o *legislador racional*. Trata-se de uma construção dogmática que não se confunde com o legislador normativo (o ao juridicamente competente, conforme o ordenamento) nem com o legislador real (a vontade que *de fato* positiva normas). É uma figura intermédia, que funciona como um terceiro metalingüístico, em face da língua normativa (LN) e da língua realidade (LR). (*acréscimo nosso*)

A figura do legislador racional, ainda muito adotada no direito brasileiro, se mostra quase uma figura mítica, pois se caracteriza por ser singular; permanente; único; consciente; finalista; onisciente; onipotente; justo; coerente; onicompreensivo; econômico; operativo e preciso, ou seja, trata-se de um verdadeiro Deus!<sup>100</sup>

Apesar da diversidade e multiplicidade de vontades que participam no processo legislativo, bem como da diversidade de entes com competências legislativas, continua-se a defender a existência de uma *mens legislatoris*, ou seja, uma vontade única do legislador.

A complexidade social vivida na modernidade, bem como a própria inflação legislativa, não derrubou a equivocada idéia de que o Legislador, na

<sup>99</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 245.

<sup>100</sup> NINO, Santiago. Introducción al análisis del derecho. Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 331.

produção de uma lei, teria conhecimento de todo ordenamento jurídico e de todos os fatos e condutas sociais, nada lhe escapando, importando na conclusão de que quando uma lei é editada, o legislador sempre teria uma intenção, justeza e coerência, não havendo palavras inúteis na lei.

Essa falácia meta-jurídica, criada pelo positivismo jurídico, não pode sobreviver num Estado Democrático de Direito, nem, muito menos, ao giro lingüístico e à hermenêutica filosófica defendida nesta pesquisa. Pois, se esse terceiro-metafísico não existe no mundo real, quem lhe dá voz ou encarna sua personalidade na realidade jurídica? Por certo, a voz do legislador racional será do sujeito solipsista da modernidade, resolvendo discricionariamente os eventuais conflitos que os pseudo hard cases tragam à comunidade jurídica.

É verdade que na atribuição de sentido a um texto jurídico legal, o intérprete deve levar em consideração o contexto em que tal norma foi criada, muitas vezes se socorrendo, inclusive, dos debates legislativos. Contudo, não há, verdadeiramente, uma mens legislatoris, muito menos uma mens legis, a ser considerada. O que há, é a fusão de horizontes entre o passado, produto do contexto social e histórico em que o texto foi criado, e o presente, decorrente do próprio existencial do intérprete e do caso concreto em que se busca compreender aquele enunciado lingüístico.

O texto – como evento que é – não traz consigo uma vontade ínsita a si mesmo, nem a vontade de quem o criou. Tais fatores não estão no texto, mas no próprio horizonte histórico do intérprete, fazendo parte do processo de compreensão, não como um método para se chegar cientificamente à verdade, mas como um modo-de-ser-no-mundo, pois ninguém vive fora de sua tradição.

Nesse passo, a figura do legislador racional se mostra desnecessária e indesejável, figurando como um resquício positivista, muitas vezes utilizado, na atualizada, como forma de violência simbólica contra aqueles que se dispõem a pensar o novo, rompendo com tradições inautêntica não recepcionadas pela Constituição vigente.

**CAPÍTULO 03**  
**(PÓS) POSITIVISMO, (NEO) CONSTITUCIONALISMO E ESTADO**  
**DEMOCRÁTICO DE DIREITO:**  
**AS BASES DO (RE) PENSAR A TEORIA DO DIREITO**

Na atualidade, é comum escutar nos meios acadêmicos, nos discursos políticos, e mesmo nos meios de comunicação as expressões pós-positivismo, neoconstitucionalismo e, principalmente, a preferida de todos, Estado Democrático de Direito.

Tais expressões são utilizadas normalmente como força de argumento, em todos os contextos possíveis. Restam, por vezes, resumidas a meras expressões retóricas, em que, ao mesmo tempo, carregam forte significação e, paradoxalmente, são destituídas de qualquer sentido, numa verdadeira anemia significativa.

É verdade que a doutrina especializada ainda não logrou determinar um sentido unívoco a tais expressões. Contudo, isso não permite que o intérprete as utilizem a seu prazer.

Sem embargo, pós-positivismo, neoconstitucionalismo e Estado Democrático de Direito traduzem, ao menos sob o aspecto negativo, um rompimento paradigmático com os modelos que os antecederam; este será o posicionamento aqui adotado. Dessa forma, se mostra relevante compreender os paradigmas anteriores (positivismo, constitucionalismo clássico e Estado de Direito liberal e social) para se traçar, mesmo que por exclusão, o que são estes novos paradigmas.

### 3.1. A CRISE DE PARADIGMA NA TEORIA DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO:

Na atualidade, também chamada por alguns como ‘época contemporânea’, vive-se no direito uma nova era do constitucionalismo: o neoconstitucionalismo.

Contudo, o que seria esse neoconstitucionalismo? Seria uma nova roupagem dada ao constitucionalismo clássico? Ou um ruptura com esse antigo

modelo? Compreender o correto sentido desse momento neoconstitucional se mostra imprescindível neste passo da pesquisa.

Esquece-se que a idéia de constitucionalismo contemporâneo não nasceu pronta e acabada, fazendo parte de uma 'história institucional' do próprio direito. Sem embargo da diversidade de sentidos, ou mesmo da diversidade de neoconstitucionalismos existentes<sup>101</sup>, esse novo momento paradigmático será delimitado, ao menos nesta pesquisa, sob um enfoque de exclusão, ou seja, como um rompimento com o constitucionalismo clássico.

Desta forma, se faz imprescindível ter em vista a história do constitucionalismo, pois somente compreendendo a evolução do pensamento constitucional é que se poderá compreender com correção o constitucionalismo contemporâneo.

### *3.1.1 Breve história do constitucionalismo:*

Como antecedentes remotos do constitucionalismo pode-se apontar os antecedentes clássicos Gregos e Romanos, os quais o presente trabalho não se irá deter.

Mostra-se relevante investigar a evolução do pensamento constitucional em suas origens próximas, entendida como sendo as experiências políticas e doutrinárias ocorridas na Europa medieval, consubstanciada no legado medieval, bem como na consciência política do Ocidente.

Duas são as principais características desse legado medieval: o renascimento e a ascensão da burguesia. Tais fatores criaram as condições férteis

---

<sup>101</sup> A rigor, verifica-se uma convergência de amplas posições jusfilosóficas e políticas se intitulando neo-constitucionais. Não é tarefa simples definir-se o que vem a ser neoconstitucionalismo, talvez porque não exista efetivamente um único neoconstitucionalismo, mas diversos. C.f. CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Editorial Trotta, 2003. Entendendo-se, contudo, que o neoconstitucionalismo é um marco de ruptura paradigmática, a presente pesquisa trilhará um caminho inverso, qual seja, delimitar posturas que não sejam neoconstitucionais, se preocupando, desta forma, em sedimentar as principais características dos paradigmas anteriores ao neoconstitucionalismo (constitucionalismo clássico; positivismo jurídico; Estado Liberal e Social).

para o início de diversas crises que atingiram o Estado Moderno, as quais propiciaram o nascimento da idéia de constitucionalismo.

Ponto que se mostra relevante é o fato da impossibilidade de se compreender a evolução do pensamento constitucional sem uma abordagem, mesmo que superficial, da evolução do Estado.

Entre as diversas facetas da crise do Estado Moderno, as revoluções burguesas são uma das principais fontes do nascimento do pensamento constitucional. Estas objetivaram instaurar uma nova ordem – liberal e constitucional – em determinadas nações que serviram de modelo para o resto do mundo.

As revoluções inglesa, norte-americana e francesa, modelos paradigmáticos para os outros Estados, possuem características bem peculiares. Apesar de cada Estado desenvolver sua identidade constitucional, formando, portanto, sua própria teoria da constituição, não se pode olvidar que tais revoluções, devido a importância que tiveram em sua época, serviram de modelos a partir do qual os Estados passaram a desenvolver as bases de seu próprio constitucionalismo.

Não obstante cada uma dessas revoluções burguesas possuam características típicas e peculiares, todas se aproximam na medida em que apresentam um significado comum: a implantação de uma ordem racional e burguesa em formas liberais.<sup>102</sup> Nesse mesmo contexto o positivismo jurídico encontrará férteis terrenos para seu desenvolvimento.

Contudo, as revoluções burguesas não foram as únicas enfrentadas pelo medievo. O Iluminismo, revolução intelectual ocorrida no ocidente no século XVIII, veio para enfrentar as idéias tradicionais da época referentes a Deus, a existência do homem e do universo. O Iluminismo objetivava estimular a luta da razão contra a autoridade estabelecida pela tradição cultural ou institucional.

As idéias iluministas fomentaram as revoluções burguesas, em especial a francesa, bem como a Revolução Industrial.

---

<sup>102</sup> SALDANHA, Nelson. Formação da teoria da constituição. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 32.

Tanto as revoluções burguesas, quanto a revolução intelectual iluminista, serviram de substrato para o nascimento do liberalismo, vetor inicial do pensamento constitucional moderno.

Três são os elementos, na sociedade medieval, que se mostraram relevantes no contexto de formação do pensamento constitucional: o cristianismo, as invasões bárbaras, o feudalismo.<sup>103</sup>

Tal contexto demonstra uma ordem um tanto precária, na medida em que as invasões bárbaras descentralizaram o poder central dos povos, bem como estimularam as regiões invadidas a afirmarem-se como unidades políticas independentes.

Por sua vez, o feudalismo desenvolve-se sob características basicamente patrimoniais e organiza-se sob feição militar, fragmentando, ainda mais o poder estatal em grandes feudos. O senhor feudal detinha o poder econômico, político, militar, jurídico e ideológico sobre seus servos. Militarmente, cabia ao senhor feudal proteger seu território, incluindo sua população. Esse era o contexto em que se dava o Estado Absolutista.

O medievo, portanto, é marcado por uma permanente instabilidade política, econômica e social; conflito e distinção entre o poder espiritual e temporal; clara fragmentação do poder, distribuído entre os nobres, clero, reinos e corporações; e sistema jurídico basicamente consuetudinário.

Contudo, com o desenvolvimento do mercantilismo, considerado como época de transição entre o feudalismo e o capitalismo, os reis passaram a concentrar maior poder político, devido ao enfraquecimento da nobreza feudal. Outro importante fator para o nascimento do Estado Absolutista foi o fortalecimento da burguesia urbana que devido a organização estatal feudal e a instabilidade institucional via suas práticas comerciais limitadas.

O apogeu do Estado Absolutista centralizador do poder, contudo, provocará as condições sócio-culturais para o nascimento do constitucionalismo

---

<sup>103</sup> STRECK, Lenio Luiz, MORAES, José Luis Bolzan de. op. cit., p. 24.

clássico, ou seja, como fórmula de limitação do poder, até então ilimitado, do Estado.

Nesse contexto é que a idéia de constitucionalismo nasce, atrelada à imagem de uma antítese ao Estado Absolutista-despótico. O constitucionalismo clássico objetiva, portanto, impor limites ao Estado Absoluto.

Desta forma, para que determinado documento jurídico fosse considerado como Constituição não bastava que regulasse a organização estatal, era imprescindível que vedasse, ou, ao menos, limitasse o Estado monárquico despótico, absolutista. Agregava-se, portanto, à noção de Constituição uma idéia de cunho marcadamente liberal.<sup>104</sup>

### 3.1.2 A idéia de Lei Fundamental:

Nos primeiros passos do constitucionalismo moderno nasce a idéia de lei fundamental como forma de limitação do poder do Estado, ao menos no que se refere a sua auto-organização.

Nesse sentido leciona Nelson Saldanha<sup>105</sup>:

A idéia essencial do constitucionalismo moderno se acha na submissão da ação estatal a uma norma positiva que deve vincular a existência mesma dos poderes e garantir a subsistência de previsões e certezas para o convívio com o poder. [...]

Podemos tomar a este conceito como uma origem relativamente próxima da noção de constituição, e, portanto, tomar sua validade – que norteou comportamentos em cortes parlamentares, por exemplo – como um dos momentos iniciais do pensamento constitucional moderno.

Essa noção de lei fundamental gerou, inicialmente, certa dicotomia entre as leis, pois havia as ‘leis do rei’ e ‘leis do reino’, sendo que as primeiras, por serem fundamentais, nem mesmo o monarca poderia alterar; já as ‘leis do reino’ destinavam-se aos súditos em geral.

---

<sup>104</sup> AVELINO, Pedro Buck. Constitucionalismo: definição e conceito. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC, 2007, p. 10.

<sup>105</sup> SALDANHA, Nelson. op. cit., p. 33.

Observa-se que as ditas ‘leis do rei’ davam ao Estado, ao menos em seu substrato normativo, a estabilidade devida que a própria monarquia soube cultivar. Ressalte-se, portanto, o caráter conservador da idéia de lei fundamental. Contudo, as matérias objeto das ‘leis do reino’ se referiam unicamente a organização do Estado, objetivando a conservação da monarquia.

Sem embargo, a crítica de Nelson Saldanha<sup>106</sup> se mostra pertinentes, ao afirma que

Há que se ponderar, porém [...] que a consideração de “leis do reino”, naqueles séculos, não significou propriamente uma limitação concreta nem funcional ao poder do rei [...]. Significou, antes, um pensamento objetivo e expresso a respeito da existência de normas referentes à estrutura do Estado – mais ou menos o que hoje se denominaria “normas de organização”.

Observa-se, portanto, que o poder do rei jamais foi absoluto, haja vista que as leis do reino lhe limitavam a atuação no que se referia a organização estatal monárquica.

Outro importante legado deixado pelo medievo foi a idéia de ‘direito de resistência’, entendido com sendo o direito conferido ao povo de se insurgir contra um monarca tirano, entendido como tal aquele que quebrasse sua parte de deveres em face do pacto fundamental que o unia com o povo.

Preciosas são as palavras de André Copetti<sup>107</sup>, ao afirma que

O constitucionalismo aconteceu como uma resposta civilizatória a manifestações de abuso de poder. E o que hoje encontramos positivado nas Constituições contemporâneas (sistema positivo de direitos fundamentais, regras de organização e limitação do poder, mecanismos de garantia processual etc.) são técnicas de controle e organização do exercício do poder e mecanismos de garantia dos indivíduos frente a possíveis abusos de poder por parte de agentes políticos.

Como exposto linhas acima, tem-se três revoluções burguesas como modelos clássicos que serviram de paradigma para as revoluções constitucionais no resto do mundo. São elas: o modelo Inglês; o norte-americano e o francês. Tais experiências, de certa forma, deram início ao que hoje denominamos de Estado

---

<sup>106</sup> SALDANHA, Nelson. op. cit., p. 35.

<sup>107</sup> SANTOS, André Leonardo Copetti. Elementos de Filosofia Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32.

Constitucional. Tais revoluções, cada qual a sua maneira, instauraram uma ordem liberal-burguesa, que serviu de modelo para o mundo nas últimas gerações.

### 3.1.3 A Revolução inglesa:

A Revolução Inglesa objetivou recolocar antigas práticas que vinham desde o medievo, contudo, rompendo com o modelo absolutista e implementando um novo modelo que interessava de sobremaneira à burguesia.

A questão nodal na revolução inglesa era a posição do rei em relação ao direito e a outros fatores de ordenação. O fato histórico mais importante da história constitucional inglesa na Idade Média são as Cartas, em especial a de 1215 (*Magna Carta Libertatum*).

A Magna Carta foi assinada em decorrência de uma série de lutas dentro da sociedade feudal, expressando o poder dos barões e a necessidade em que se viu o rei de pactuar com esses barões.

Observa-se, portanto, que a Magna Carta é expressão de um mundo feudal. É a primeira vez que o poder do monarca encontra limites, apesar da afirmação de direitos ainda se dar em um contexto de privilégios de determinada classe, fundados no esquema feudal.

Já no final do século XVII, em 1688, Locke inicia o pensamento liberal contemporâneo, e a Revolução Gloriosa implanta o Estado Constitucional. Na Revolução Gloriosa há a adaptação de velhos usos medievais, agora voltados ao novo princípio liberal. O monarca tem seu poder, outrora absoluto e ilimitado, cerceado por um sistema de controle parlamentar, comprometido com os novos direitos individuais.

Portanto, são dois os grandes estágios da experiência constitucional inglesa: a Magna Carta e na Revolução de 1688. Na primeira, de 1215, vigia um esquema feudal; limitação do poder monárquico; e afirmação de direitos em um contexto ainda de privilégios. Na segunda, ocorreu a generalização burguesa de

direito com uma extensão maior para o alcance do conceito das liberdades e uma concepção mais democrática das relações entre vontade popular e exercício do porte; a instituição do parlamentarismo.

Importa ressaltar, ainda, que a revolução inglesa não foi, ao contrário da francesa, uma tentativa de recomeço. Não houve um rompimento com hábitos e o passado. O modelo constitucional britânico ficou sendo em grande medida o mesmo que na Idade Média, na medida em que a “Constituição” é a própria ordem vigente, comandada pelo parlamento que é integrado pelo rei e pelas duas casas.

A questão do Poder Constituinte é simplesmente ignorada na realidade britânica, na medida em que sua Constituição é não-escrita (costumeira), pois não consiste em um texto único e codificado, promulgado como um todo e em data certa.

Desta forma, o constitucionalismo inglês é uma exceção às tipologias correntes, pois não há uma Constituição escrita; da mesma forma, não há um Poder Constituinte Originário; acrescenta-se, ainda, o fato de que a revolução burguesa inglesa procurou manter as praxes seculares e os hábitos institucionais medievais.

#### *3.1.4 A Revolução norte-americana:*

A Revolução norte-americana, ao contrário da inglesa, traz questões bem peculiares e setoriais, na medida em que o povoamento do território que iria corresponder ao que hoje se conhece como Estados Unidos da América do Norte foi feito pelos ingleses, basicamente. Com o tempo, contudo, as colônias prosperaram e se rebelaram contra a metrópole.

Sob o ponto de vista norte-americano, a luta contra a metrópole equivalia à luta contra o poder absoluto que os britânicos haviam outrora desenvolvido. Ocorre, então, a guerra de independência das colônias que veio a instituir uma experiência revolucionária clássica da burguesia ocidental.

Verifica-se, portanto, que essa luta das colônias contra a metrópole caracterizou a revolução americana que culminou, em 1787, com a instituição do

federalismo e do presidencialismo, bem como a promulgação da primeira constituição escrita no sentido contemporâneo.

### 3.1.5 A Revolução Francesa:

A Revolução francesa se mostrou o modelo de experiência revolucionário-constitucional de maior influência no mundo. Isto se deu, pois, a França se encontrava em seu apogeu e no cerne do continente europeu.

Os componentes da Revolução francesa se universalizaram de modo especial, se apresentando como exemplar modelo para o mundo.

Duas são as origens para a Revolução de 1789: uma de ordem econômica e outra de ordem intelectual.

O luxo na corte e o empobrecimento dos nobres, somado à falta de trabalho em Paris, foram fatores relevantes de ordem econômica que motivaram a Revolução. Na linha intelectual, tem-se a influência do liberalismo inglês, somado ao racionalismo.

Portanto, a situação política e cultura da França se mostrou propícia para a eclosão da Revolução francesa. Acrescente-se, ainda, que no liberalismo francês, mais do que no inglês, houve uma maior devoção sobre a natural limitação do Estado, fundada na ordem natural e no direito natural.

Pela primeira vez, no meio de uma revolução aparece a idéia de pouvoir constituant (Poder Constituinte), com abade Sieyès, o que trouxe importância especial à revolução francesa.

Comentando esse importante momento histórico, Nelson Saldanha afirma o seguinte:<sup>108</sup>

Note-se que, àquela época, somente no bojo da experiência francesa poderia nascer o conceito de poder constituinte, porquanto ele realmente fundia a concepção francesa dos poderes, corporificada no texto famoso de

---

<sup>108</sup> SALDANHA, Nelson. op. cit., p. 78.

Montesquieu, com a idéia de nação e a radical generalidade dos atos nacionais.

Desde logo, [...] ficou assente que o fato de os poderes outros serem constituídos os colocava abaixo da constituição; somente o poder constituinte estaria acima da constituição, não só como origem sua mas também como seu fundamento.

Contudo, a idéia de Poder Constituinte trazida pela revolução francesa veio acompanhada de outro problema, relacionado à teoria da soberania, na medida em que ser titular do Poder Constituinte reflete no próprio exercício da soberania estatal. Nessa linha, houve flagrante evolução na teoria da soberania. Enquanto no absolutismo a soberania pertencia ao rei - bem como na monarquia temperada admitia-se tanto a soberania do rei, quanto a do reino -, na revolução francesa pretendia-se instaurar a soberania do povo, pois este é que seria o titular do Poder Constituinte.

No Brasil, o início do pensamento constitucional também teve suas peculiaridades: calcado em um liberalismo de certa forma ingênuo e em um constitucionalismo retrógrado.

Para o interesse do presente trabalho, pode-se dividir a história do Brasil em três fases: a primeira, desde o descobrimento até a proclamação da independência, época em que o Brasil era uma colônia, motivo pelo qual não havia Constituição, o que perdurou cerca de 322 anos; no período subsequente, que durou cerca de 62 anos, vigeu a monarquia; somente com a proclamação da república, que já perduram cerca de 100 anos, é que o Brasil implementou efetivamente o pensamento constitucional moderno e, subsequente, contemporâneo.

Fica a pergunta: Por que o Brasil demorou tanto para ter uma Constituição? Dois são os fatores. O primeiro, a grande desproporção entre a extensão de terra e litoral, e a pequenez numérica dos povoadores. O segundo, a ausência de um pensamento sobre a coisa pública.

A primeira Constituição brasileira foi a Constituição outorgada de 1824, em que claramente instituía a figura do poder moderador, que recebera fortes críticas de Frei Caneca, ao afirmar, parafraseando Sièyes, que só a nação poderia constituir-se, e como o monarca não é nação, não poderia criar constituição.

Esse é o contexto que geraram as condições para o nascimento de um pensamento constitucional clássico, objetivando limitar o poder absolutista do monarca, ou seja, do próprio estado.

Observa-se que tal modelo de constitucionalismo se adéqua quase que perfeitamente ao modelo de Estado Liberal, em que o direito é visto unicamente sob seu viés ordenador e limitador de ingerências estatais nos direitos de primeira geração das classes dominantes, diga-se, burguesia.

Tal modelo de Estado / Constitucionalismo, por certo, não se adéqua ao atual contexto social vivido na contemporaneidade. Como se verá, o neoconstitucionalismo denota uma ruptura com tal concepção de direito e de Estado.

### 3.2. NEOCONSTITUCIONALISMO: QUE TIPO DE CONSTITUIÇÃO NECESSITAMOS?

Como visto, o Estado de Direito nasce, em seu viés clássico, na forma de Estado Liberal, apresentando características típicas do liberalismo, das quais se destaca o privilegiamento das liberdades negativas, através de uma regulação restritiva da atividade estatal.

No modelo de Estado Liberal, a lei se mostra como uma ordem geral e abstrata, objetivando, tão somente, regular negativamente a ação social, na medida em que buscava, tão somente, o não-impedimento de seu livre desenvolvimento. Para tanto, a lei se valia, como instrumento básico, da coerção, através da aplicação de sanções para as condutas contrárias ao direito<sup>109</sup>.

O direito, no modelo de Estado Liberal, possuía um viés meramente ordenador, com enfoque no direito de liberdade, em que o pólo de tensão entre os Poderes encontrava-se focado no Legislativo, na medida em que cabia a este dizer a lei.

---

<sup>109</sup> BONZAN DE MORAES, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p.102.

O modelo de Estado Liberal não se mostrou plenamente satisfatório e eficaz. A burguesia, como nova classe econômica, rompe com a tradição e se institui como classe dominante. Contudo, a estrutura fundamental necessita ser preservada, o que gera um novo processo de embate entre a burguesia e a classe operária, está última ávida por maiores mudanças no sistema.

O modelo fabril passa por um processo de urbanização, o que faz gerar novas situações, antes inexistentes: problemas de saneamento, saúde, segurança pública. Nesse contexto, surge um novo embate entre a burguesia e as novas pretensões do proletariado fazendo com que o Estado evolua do modelo liberal para um Estado Social de Direito.

Importante ressaltar, contudo, que ambos os modelos (liberal e social) tem por conteúdo jurídico o próprio ideário liberal. No modelo social há o agregamento da questão social, na medida em que traz para pauta de discussão problemas típicos do desenvolvimento das relações de produção e conflitos próprios de um modelo industrial-desenvolvimentista.

A ordem jurídica, então, busca limitar o Estado, fundada não somente por um conjunto de garantias, mas em prestações positivas que objetivam um equilíbrio não atingido pelo Estado Liberal. A lei, além da função típica do Estado Liberal (ordem geral e abstrata), passa a assumir também uma segunda função: mecanismo de facilitação de benefícios, buscando, portanto, privilegiar a promoção das condutas sociais.

No Estado Social, o problema da função promocional do Direito aparece como uma das novas técnicas de controle social. No Welfare State tem-se um direito promovedor, em que o foco de tensão entre os Poderes estatais está direcionado ao Executivo, na medida em que cabe a este implementar políticas públicas objetivando reduzir as desigualdades sociais.

Vale repetir, os modelos de Estado Liberal e Social se aproximam na medida em que ambos possuem conteúdo jurídico próprio do ideário liberal, bem como tem como finalidade comum a adaptação social.

No Brasil, a doutrina é relativamente tranqüila em afirmar que não houve, efetivamente, a fase do Estado Social. Ou seja, o momento sócio-político do

Welfare State foi indevidamente usurpado pelas classes altas, com o intuito de se auto-favorecerem. O fosso social aumentou ainda mais, gerando uma maior demanda por medidas básicas do Estado, em detrimento dos necessitados.

Nesse contexto é que foi promulgada a Constituição Republicana de 1988. Sob um cunho marcadamente programático e dirigente, a Constituição, institucionalizando valores morais vigentes na sua época, trouxe as promessas não cumpridas no Brasil, país em que a modernidade efetivamente se mostrou tardia.

A adoção do constitucionalismo dirigente se mostra como remédio profilático aos séculos de abandono e descaso dos Poderes Legislativo e Executivo. A Constituição, com sua força normativa, passa a constituir obrigações positivas aos Administradores Públicos e ao próprio Legislativo, conformando sua liberdade de atuação dentro dos parâmetros constitucionais.

Os princípios da proibição da proteção deficiente (Untermassverbot) e da proibição do excesso (Übermassverbot), facetas do próprio princípio da proporcionalidade, passam a ser vistos como instrumentos limitadores da atuação dos Poderes Constituídos.

O Direito, alheio às questões morais, não se mostrou auto-suficiente na tarefa de evitar as atrocidades trazidas pelas Guerras Mundiais. Muito pelo contrário, muitas vezes, o próprio direito foi o fundamento de validade na violação dos direitos fundamentais.

Daniel Sarmento, atrelando o paradigma neoconstitucional ao contexto sócio-cultural, afirma:<sup>110</sup>

Para compreender melhor o neoconstitucionalismo, vale percorrer, de forma sintética e panorâmica, o processo histórico que ensejou o seu advento. Esta trajetória corresponde a fenômenos que ocorreram na Europa Ocidental, a partir do segundo pós-guerra, e que se reproduziram mais tarde, com nuances próprias, em países do Terceiro Mundo como Colômbia, Argentina, México, África do Sul, Índia e o próprio Brasil.

[...]

Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direito, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie,

---

<sup>110</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 116-117.

como ocorra no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.

Apesar dos modelos de pensamento constitucional, em seu nascedouro, terem como foco principal o pensamento liberal da época e a idéia de limitação do poder absolutista, estes revelam, também, da sociedade nas quais foram pensados.

Nesse sentido, a sociedade brasileira pugna pelo amadurecimento de uma teoria da constituição própria, bem como de uma nova teoria do Estado em que se rediscuta verdadeiramente o papel do Estado Contemporâneo e do próprio Constitucionalismo, isso tudo em um contexto não-utópico ou importado de países europeus, mas adequado à realidade brasileira, de gigantescas desigualdades sociais e corrupção do aparelho estatal.

Verifica-se, portanto, que a evolução do pensamento constitucional moderno, apesar de ter como fonte os três modelos de revoluções burguesas, deve verdadeiramente encontrar sua real identidade constitucional, com base em sua tradição e promessas de um futuro melhor. Não há como importar de forma acrítica modelos de constitucionalismos de outros contextos sociais.

Neste momento, Teoria do Estado e Teoria da Constituição se aproximam, pois o Estado Democrático de Direito se utilizará do constitucionalismo dirigente e programático nascido do segundo pós-guerra, para implementar seu projeto político-social.

### 3.3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – ENTRE O PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO:

A Constituição Republicana de 1988, em seu preâmbulo<sup>111</sup> e no artigo 1º<sup>112</sup>, anuncia a instituição de um Estado Democrático de Direito. Mas, o que vem a

---

<sup>111</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]” (grifo nosso)

ser efetivamente o Estado Democrático de Direito? Será um novo paradigma, com características próprias que o diferencie dos outros modelos de Estado (social e liberal)? Ou será um novo nome dado ao Estado Social? Ou, uma retomada ao Estado Liberal, agora sob uma feição neoliberal?

A definição do que vem a ser o Estado Democrático de Direito irá influenciar de sobremaneira o presente trabalho, na medida em que determinará o papel assumido pelo Estado na implementação dos direitos fundamentais.

Observa-se, portanto, que ao assumir uma postura procedimental, ou substancial, estar-se-á, indiretamente, estabelecendo a definição do papel do Estado Democrático de Direito.

O presente capítulo trilhará, portanto, esse caminho: definir, inicialmente, o que efetivamente é o Estado Democrático de Direito, para, somente depois, adentrar o tema sobre a dicotomia entre procedimentalismo e substancialismo.

### *3.3.1 O que é o Estado Democrático de Direito?: por uma teoria do Estado adequada à realidade brasileira.*

Como observado nos capítulos anteriores, o Estado de Direito nasce, em seu viés clássico, na forma de Estado Liberal-capitalista, objetivando assegurar as liberdades negativas das classes dominantes, através de uma regulação restritiva da atividade estatal.

A burguesia, como nova classe econômica, rompe com a tradição e se institui como classe dominante. Contudo, a estrutura fundamental necessita ser preservada, o que gera um novo processo de embate entre a burguesia e a classe operária, esta última havida por maiores mudanças no sistema.

---

<sup>112</sup> “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos.” (grifo nosso)

O modelo fabril passa por um processo de urbanização, o que faz gerar novas situações, antes inexistentes: problemas de saneamento, saúde, segurança pública. Nesse contexto, surge um novo embate entre a burguesia e as novas pretensões do proletariado. O Estado, então, evolui do modelo liberal para um Estado Social de Direito.

No modelo social há o acréscimo da questão social, na medida em que traz para pauta de discussão problemas típicos do desenvolvimento das relações de produção e conflitos próprios de um modelo industrial. A ordem jurídica, então, busca limitar o Estado, fundada não somente por um conjunto de garantias, mas em prestações positivas que objetivam um equilíbrio não atingido pelo Estado Liberal.

A lei, além da função típica do Estado Liberal (ordem geral e abstrata), passa a assumir também uma segunda função: mecanismo de facilitação de benefícios, buscando, portanto, privilegiar a promoção das condutas sociais. Ressalte-se que no Estado Social, o problema da função promocional do Direito aparece como uma das novas técnicas de controle social.

No Welfare State, tem-se um direito promovedor, em que o foco de tensão entre os Poderes estatais está direcionado ao Poder Executivo, na medida em que cabe a este implementar políticas públicas objetivando reduzir as desigualdades sociais.

A Constituição de 1988, contudo, instituiu um Estado Democrático de Direito, entendido como uma nova concepção de Estado. O Estado Democrático, antes de ser um sinônimo de Estado Social, é um novo modelo de Estado.

No Estado Democrático de Direito há um plus que agrega características novas aos modelos anteriores, denotando, sim, neste ponto, um rompimento paradigmático.

Ao núcleo liberal (presente fortemente no Estado Liberal), agregado à questão social (do modelo de Estado Social) incorpora-se efetivamente a questão da igualdade, como sendo um conteúdo próprio e mínimo a ser buscado. Neste momento, o Direito ganha importância fundamental, pois no Estado Democrático o Direito deixa de ter cunho meramente ordenador, para atuar como instrumento de transformação social do status quo.

O Estado Democrático de Direito nasce, portanto, com a finalidade precípua de efetivar as promessas de modernidade não cumpridas pelos modelos anteriores. Mais do que uma continuidade dos modelos anteriores, representa uma ruptura, na medida em que, utilizando-se de textos constitucionais compromissórios e dirigentes, representa as condições de possibilidades para a transformação da realidade social.

Nesse sentido, porém com outra nomenclatura, Bonavides<sup>113</sup> leciona:

Cada revolução daquelas intentou ou intenta tornar efetiva uma forma de Estado. Primeiro, o Estado Liberal; a seguir, o Estado socialista; depois o Estado social das Constituições programáticas, assim batizadas ou caracterizadas pelo teor abstrato e bem-intencional de suas declarações de direitos; e, de último, o Estado social dos direitos fundamentais, este, sim, por inteiro capacitado da juridicidade e da concreção dos preceitos e regras que garantem estes direitos.

Como já dito linhas acima, Teoria do Estado e Teoria da Constituição se mostram intimamente vinculadas, pois o Estado Democrático de Direito se utilizará do constitucionalismo nascido do segundo pós-guerra para implementar seu projeto político-social.

Concebe-se, portanto, para os fins pretendidos por este trabalho, que o Estado Democrático de Direito é um plus normativo do Estado Social, na medida em que o direito passa a ser visto como instrumento de transformação social, objetivando alcançar o ideal de 'vida boa' trazido pela modernidade.

Tal concepção importará grandes reflexos no papel a ser atribuído ao Poder Judiciário.

No Estado Liberal o foco de tensão entre os poderes se encontrava no Legislativo, na medida em que a este cabia editar as leis; no Estado Social o foco de tensão encontrava-se no Poder Executivo, pois a este competia implementar as medidas administrativas promovedoras da redução das desigualdades. Tal trama também se alterará no Estado Democrático de Direito, na medida em que o pólo de tensão se deslocará sensivelmente para o Poder Judiciário, que será chamado a decidir, por meio da Jurisdição Constitucional, questões outrora afetas somente aos outros poderes.

---

<sup>113</sup> BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 8ª ed. SP: Malheiros, 2007, p. 29.

Tal mudança deve ser atribuída a nova ordem trazida pela Constituição Republicana de 1998. Esta, ao instituir o Estado Democrático de Direito, se comprometeu claramente (art. 3º da CRFB) em resgatar as promessas não cumpridas pela modernidade.

Sabedora das deficiências em se atribuir tal responsabilidade preponderantemente ao Poder Legislativo (no modelo liberal de Estado), bem como ao Executivo (fase do Welfare State), a Constituição optou por atribuir ao Judiciário um papel mais ativo na implementação desse ideal de 'vida boa', fazendo com que o juiz deixasse de ser, portanto, um mero agente na manutenção do status quo, a beneficiava as classes privilegiadas.

O Judiciário deixa de apreciar somente lides meramente individuais e privatistas, passando a se preocupar efetivamente com direitos fundamentais segunda e terceira dimensões.

O papel do Judiciário fica muito mais sensível em um país de modernidade tardia como o caso brasileiro, pelo fato da constante inércia dos Poderes Legislativo e Executivo na implementação de políticas públicas.

É nesse contexto, pós-positivista / neo-constitucionalista, que nascem as teorias procedimentalistas e substancialistas. Antes de diferenciá-las, necessário se faz traçar alguns pontos em comum entre tais teorias.

Em tempos de neoconstitucionalismo surge uma importante pergunta a ser respondida: Qual o papel da jurisdição constitucional em um Estado Democrático de Direito? Para responder tal questão é que nasceram as teses procedimentais e substanciais.

Ambas se aproximam na medida em que buscam superar a insuficiência do positivismo jurídico, fundado no sistema de regras, bem como resolver a incompletude dessas regras. Buscam, também, solucionar os chamados casos difíceis (hard cases). Pretendem resolver a inefetividade dos textos constitucionais compromissórios e dirigentes, tudo isso sem cair no decisionismo e discricionariedade do juiz, característica típica do positivismo jurídico.

Tanto procedimentalismo, quanto substancialismo partem do mesmo pressuposto: o modelo Democrático de Estado. Na teoria do direito, tais modelos privilegiam o enfoque da indeterminabilidade do direito e a discussão da relação entre direito, moral e política.

Contudo, procedimentalismo e substancialismo se diferenciam, na medida em que cada uma opta por paradigmas diferentes, adotando, de um lado, uma concepção formal ou procedimental de democracia, e, de outro, a concepção material ou substancial.

### 3.3.2 O procedimentalismo:

Certo é que há procedimentalismos e Procedimentalismos. Não se pretende neste trabalho tecer profundas considerações sobre as diversas matizes da teoria procedimental, o que, por si só, demandaria uma pesquisa a parte. Busca-se, apenas, traçar os principais contornos de cada teoria, para se firmar, ao final, a adoção de uma delas como paradigma.

Somente a título acadêmico, utilizar-se-á como modelo de análise a teoria procedimental do filósofo alemão Jürgen Habermas, devido a sua importância e repercussão.

Habermas é claro ao afirmar que “o *paradigma procedimental do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático.*”<sup>114</sup>

Nas palavras de Lenio Luiz Streck,<sup>115</sup>

Habermas critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo direito. O paradigma procedimentalista pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal / formal / burguês e o do Estado Social de Direito, utilizando-se, para tanto, da interpretação da política e do direito à luz da teoria do discurso. Parte da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do Direito. Assim,

---

<sup>114</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 183.

<sup>115</sup> STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 41.

para Habermas, no Estado Democrático de Direito compete à legislação política a função central.

Habermas inicia sua crítica ao substancialismo, ao questionar a teoria construtiva de Dworkin, lançando o seguinte questionamento: <sup>116</sup>

No entanto, ainda não foi resolvida a seguinte questão: de que modo tal prática de interpretação, que procede construtivamente, pode operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de direito, em que a justiça lance mão de competências legisladoras (o que faria soterrar a ligação estrita que deve haver entre a administração e a lei)?

A teoria procedimental, portanto, busca dar um maior enfoque à regra majoritária (democracia), tendo em vista a falta de legitimidade democrática da jurisdição constitucional, na medida em que esta seria uma vontade contramajoritária. Por esse motivo, propõem a procedimentalização da Constituição, que passaria a prever apenas os procedimentos que garantam a adoção democrática de decisões coletivas.

Habermas, então, faz uma interpretação procedimental da Constituição, ao defender que esta não deve ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, com a finalidade de impor determinada forma de vida sobre a sociedade, muito pelo contrário, deve apenas determinar procedimentos políticos, ou seja, as condições processuais da gênese democrática das leis. Habermas deixa claro, portanto, certa aversão ao dirigismo constitucional. <sup>117</sup>

Como consequência dessa leitura procedimental da Constituição, Habermas repele claramente qualquer tipo de ativismo judicial. Em 'Direito e Democracia', faz uma única ressalva ao que chama de 'jurisprudência constitucional ofensiva', ao afirmar que <sup>118</sup>

Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexó interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (offensiv) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente.

---

<sup>116</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 297.

<sup>117</sup> Ibid. p. 326;

<sup>118</sup> Ibid., p. 347;

Ou seja, para Habermas, a única hipótese legítima de jurisdição constitucional 'ofensiva' seria para assegurar a participação no procedimento democrático e a forma deliberativa de formação política da vontade e opinião.

Contudo, faz severas críticas a invasão da política e da sociedade pelo direito – 'invasão de sistemas' de Nikolas Luhmann – lecionando que <sup>119</sup>

Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. [...] o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor.

Nessa linha, o papel do Tribunal Constitucional se resume apenas à função de examinar os conteúdos de normas controvertidas no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Ou seja, ao Tribunal Constitucional caberia somente o dever de proteger o sistema de direitos que possibilita o exercício da autonomia do cidadão.<sup>120</sup>

Habermas faz severas críticas ao controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo Tribunal Constitucional, afirmando que<sup>121</sup>

É sempre útil considerar se o reexame desta decisão parlamentar também poderia dar-se na forma de um autocontrole do legislador, organizado em forma de tribunal, e institucionalizado, por exemplo, numa comissão parlamentar que inclui juristas especializados.

[...]

De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial.

Habermas pretende superar o paradigma positivista utilizando uma interpretação da distinção entre política e direito à luz de sua teoria do discurso. Para tanto, se utiliza da distinção entre discurso de justificação (ou fundamentação, que seria um discurso prévio) e discurso de aplicação.

---

<sup>119</sup> HABERMAS, Jürgen. op. cit., p. 347;

<sup>120</sup> Ibid., p. 326;

<sup>121</sup> Ibid., p. 300/301;

Com tal cisão (discurso de justificação e discurso de aplicação) Habermas pretende desonerar o judiciário na aplicação do direito, na medida em que é no discurso de justificação que ocorreria o agir comunicativo.

O modelo procedimentalista, segundo o próprio Habermas, tem por contexto o mundo ocidental, em especial o das sociedades do capitalismo avançado (países europeus, EUA e Canadá), na medida em que sua teoria pressupõe uma sociedade equânime, o que possibilitaria a formação das condições indispensáveis para o agir comunicativo.

Diante disso, fica o questionamento: Como compatibilizar uma leitura procedimental da Constituição, quando esta expressamente assume uma postura dirigente? Como realizar o discurso de fundamentação, quando os atores deste discurso são tão dispares sócio-economicamente que inviabiliza o agir comunicativo, que fica suplantado pelo agir estratégico das classes dominantes? E, por fim, como compatibilizar o procedimentalismo com um país de modernidade tardia como o Brasil, em que efetivamente não houve a implementação do Estado Social?

É verdade que a tese procedimentalista é sedutora, ao criar utopicamente um ambiente de participação comunicativa em que todos os cidadãos possam interagir na formação da vontade política, legitimando, assim, o chamado discurso de justificação e, desonerando, por consequência, o discurso de aplicação efetuado pelo judiciário.

Contudo, o procedimentalismo não responde – e nem poderia responder, pois fora criado para países de capitalismo avançado – como implementar esse agir comunicativo em ambientes de extrema desigualdade, bem como em ‘democracias delegatárias’<sup>122</sup>, observadas tipicamente nas transições de regimes autoritários para governos eleitos democraticamente, em que não há efetivamente uma participação democrática do cidadão na formação da vontade política.

O cidadão, nesse contexto, se manifesta somente no momento do voto, ocasião em que ‘delega’ a tomada de decisões por todo o restante do

---

<sup>122</sup> A expressão é de O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? In: *Novos Estudos Cebrap*, n. 31, out/91, p.25 e segs. *Apud* STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p 26.

mandato. Nesse tipo peculiar de democracia, em que claramente o Brasil se enquadra, a delegação prevalece sobre a representação.

Outra questão que se mostra sensível, frente a tentativa de se importar acriticamente a teoria procedimental de Habermas para a realidade brasileira, é a pretensão de se procedimentalizar a Constituição de 1988, que tem forte cunho dirigente e compromissório. Como defender uma leitura procedimental das promessas descritas no art. 3º da Constituição, frente aos milhares de cidadãos brasileiros que não possuem o mínimo necessário para sua existência?

Em contraposição, como defender uma função meramente procedimental da jurisdição constitucional, limitada a garantir a participação dos cidadãos nos procedimentos democráticos, na medida em que a esmagadora parte da classe média e baixa não sabem, sequer, seus direitos básicos de participação popular?<sup>123</sup>

Parece que a teoria procedimental se mostra inconciliável com a concepção de Estado Democrático de Direito adotada linhas acima. Vai-se além, o procedimentalismo se mostra incompatível com a realidade sócio-cultural brasileira, na medida em que reforça a exclusão na participação da vontade política dos cidadãos menos favorecidos.

Não está a afirma que o procedimentalismo seja um paradigma ruim, mas, apenas, que tal modelo se mostra inadequado, ao menos atualmente, à realidade brasileira.

Acrescente-se, ainda, que a cisão, feita por Habermas, entre discurso de justificação e discurso de aplicação retoma o metafísico esquema do sujeito-objeto, já superado pelo giro lingüístico-ontológico operado por Heidegger. Vale lembrar, que não há mais como se sustentar cisões entre teoria e prática; interpretação e aplicação; justificação e fundamentação.

---

<sup>123</sup> Isso para se dizer o mínimo. Senão, vale observar o caso peculiar que se instalou no Estado do Rio de Janeiro em que verdadeiras milícias, criadas em comunidades carentes, utilizaram seu poder de coerção para elegerem seus representantes nas diversas instâncias do legislativo, não obstante a intervenção da Força Nacional de Segurança.

### 3.3.3 O substancialismo:

Conforme constata Fábio Oliveira<sup>124</sup>, tanto a teoria procedimental quanto a teoria material rejeitam qualquer fundamento metafísico ou jusnaturalista.

As teorias substancialistas, ao contrário, dão maior ênfase à regra contramajoritária, sem, contudo, ignorar a importância dos procedimentos de participação democrática.

Em países de modernidade tardia há a necessidade de posturas positivas do judiciário, no intuito de fazer valer as cláusulas dirigentes insculpidas na Constituição Republicana. O direito é visto, portanto, como instrumento de implementação do ideal de 'vida boa' e transformação da sociedade.

Nessa linha, Lenio Luiz Streck é enfático ao afirmar que Habermas não reconhece o verdadeiro papel do Estado Democrático de Direito. A legitimidade do Judiciário em adotar posturas positivas adviria da própria Constituição, tendo em vista que esta claramente se compromete na persecução de determinados fins.<sup>125</sup>

Com isso, Lenio Luiz Streck, pretendendo dar uma resposta substancialista à questão, propõe como solução a utilização de sua hermenêutica filosófica.

Aduz que na contemporaneidade há uma tríplice questão que movimenta a teoria jurídica pós-positivista. A primeira seria como se interpreta o direito? A segunda, como se aplica o direito? A terceira, se há condições de se obter uma resposta constitucionalmente correta?

Importante ressaltar que tais questionamentos surgem em um contexto de crise de efetividade da constituição e de indeterminabilidade do direito, problemas que assumem relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, na medida em que a dogmática jurídica ainda é refém de um positivismo exegético-

---

<sup>124</sup> OLIVEIRA, Fábio. A teoria do Direito e da Constituição: entre o procedimentalismo e o substancialismo. In: *Quaestio iuris*, n. 5/252. Rio de Janeiro: UERJ, 2007, p. 25.

<sup>125</sup> BONZAN DE MORAES, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 165.

normativista, bem como não superou o paradigma filosófico vinculado ao esquema sujeito-objeto.

Atualmente, o direito assume um caráter hermenêutico e como conseqüência há um sensível deslocamento do pólo de tensão entre os poderes do Estado para o Judiciário. Isto, devido a impossibilidade do legislativo, por meio da lei, antever todas as hipóteses de aplicação. Como conseqüência, há um aumento de demandas por direitos fundamentais, bem como o constitucionalismo invade a liberdade de conformação do legislador.

Tudo isso gera uma maior demanda no poder judiciário, em especial da jurisdição constitucional, em decorrência da própria natureza assumida pelo constitucionalismo compromissório do segundo pós-guerra.

Com o aumento das demandas no poder judiciário e sua conseqüente postura ativista, surge a necessidade de se impor limites ao poder hermenêutico dos juízes, como forma de controle democrático de aplicação judicial da lei.

Observa-se, portanto, que não se defende na presente pesquisa um ativismo judicial irrestrito e irresponsável vinculado com paradigmas subjetivistas, mas, pelo contrário, uma atividade judicial legitimada objetivamente pela Constituição, o que é alcançado, na proposta desta pesquisa, pela hermenêutica filosófica.

Há que se ressaltar que tanto as teorias procedimentais, quanto as substanciais pretendem ser pós-positivistas, na medida em que rompem com o chamado paradigma do sujeito solipsista, bem como com a discricionariedade judicial.

Logo, qualquer postura ativa do judiciário que tenha como foco a discricionariedade do interprete retoma o positivismo, ao contrário de romper com o mesmo.

Qualquer dos paradigmas adotados (procedimental ou substancial) não pode ignorar que a Constituição Republicana de 1998, ao instituir um Estado Democrático de Direito, pretendeu romper com o velho modelo positivista de direito e com o modelo de Estado Liberal individualista.

É que no modelo liberal de Estado (mesmo com o posterior agregamento da questão social) não havia espaço para o mundo prático no direito. Os conflitos sociais não eram assuntos jurídicos, mas, sim, de política. Com o advento do neoconstitucionalismo houve claramente uma publicização dos interesses privados.

Acrescente-se que paralelamente à adoção dos paradigmas neoconstitucional e pós-positivista ocorreu na filosofia uma evolução paradigmática.

A superação da filosofia da consciência, em que prevalecia o esquema sujeito-objeto, para a filosofia da linguagem, em que passa a valer a relação intersubjetiva, não pode ser ignorada pela ciência jurídica. O método perde a importância que outrora possuía; o locus da compreensão passa a ser o 'modo-de-ser-no-mundo' e a faticidade.

Lenio Luiz Streck critica a teoria procedimental de Habermas ao afirmar que<sup>126</sup>

A teoria do discurso de Habermas desloca o problema da atribuição de sentido para uma contrafática situação ideal de fala, cuja função é a de servir de justificação prévia ao procedimento de adequação entre faticidade e validade (superando a tensão entre fato e norma)

É que as teses procedimentais se mostram insuficientes, pois em países de modernidade tardia como o Brasil há a necessidade de uma Teoria da Constituição adequada à realização das promessas não cumpridas pela modernidade, o que somente se efetivará com uma atuação interventiva da jurisdição constitucional.

Habermas, ao contrário, propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta em qualquer conteúdo substantivo, mas em procedimentos que assegurem a formação democrática da vontade geral; é a noção procedimental de Constituição.

Parece uníssono o entendimento que em tempos de pós-positivismo deve-se combater qualquer discricionariedade do intérprete, diga-se, do judiciário na prestação jurisdicional. Para isso é que as teorias procedimentais e substanciais

---

<sup>126</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.10/11.

vieram, cada qual fincando suas bandeiras paradigmáticas, seja a ação comunicativa, no caso de Habermas; seja a ontologia existencial, no caso de Streck.

Contudo, no contexto brasileiro, a Constituição Republicana de 1988, ao instituir o modelo democrático de Estado de Direito, claramente revelou um rompimento paradigmático. É fato que o Constituinte Originário firmou compromissos a serem perseguidos por tal modelo de Estado (art. 3º da CRFB). Adotou, portanto, as características de uma Constituição dirigente e programática como forma de vincular e tolher a liberdade de conformação do Poder Constituinte Derivado e dos Poderes Constituídos, como se já soubesse que posteriormente nasceriam inúmeros argumentos para lhe retirar eficácia, transformando-a em uma 'mera folha de papel'<sup>127</sup>.

Essa é a história institucional do constitucionalismo brasileiro, que culminou com a Constituição Republicana de 1988. Qualquer outro tipo de interpretação é mera retórica para desvirtuar-lhe o verdadeiro sentido. As pretensões da doutrina em efetuar uma leitura procedimental da Constituição se mostram equivocadas, na medida em que tentam conciliar o inconciliável!

É óbvio que se mostra importante garantir-se a participação dos cidadãos no processo democrático de formação da vontade geral. Contudo, não se pode reduzir o papel do judiciário a esta única garantia, ao menos na realidade brasileira.

Há que se reconhecer salutar posturas positivas (ativas) por parte do judiciário, no intuito de garantir determinados princípios substanciais previstos expressamente na Constituição. Vale ressaltar que tais princípios não se encontram em uma ordem supra-positiva, ou mesmo metafísica, mas, sim, na própria Constituição. Esses princípios não são ditados por uma moral coletiva atemporal, ou mesmo por uma moral individual (no caso, pela moral do próprio julgador).

A Constituição, nesta linha, foi feliz, pois institucionalizou os valores morais necessários a consecução do ideal de vida-bom. Direito e moral, nesse contexto, são co-originários.

---

<sup>127</sup> A expressão é de Fernando Lassale.

Portanto, ao se defender uma leitura substancial da Constituição, e, em consequência, uma postura substancial do judiciário e da própria jurisdição constitucional, não se está defendendo posturas discricionárias / arbitrárias do judiciário-intérprete na aplicação do direito, mas, sim, que o direito assuma seu papel cogente-normativo na realização das promessas feitas pela Constituição.

Afinal, a própria história se incumbiu de mostrar que, no Brasil, os outros Poderes (Legislativo / Executivo) foram pródigos em utilizarem a máquina estatal para favorecer interesses privados.

A dogmática jurídica brasileira, antes de tentar desvirtuar o papel da Constituição, procedimentalizando-a, deveria reconhecer seu conteúdo dirigente e levar a sério a discussão sobre o real papel do direito em tempos de pós-positivismo.

## CAPÍTULO 4

### ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO: UM ESTADO DE NATUREZA HERMENÊUTICO

#### 4.1. A CRISE DO JUDICIÁRIO: ONDE ESTÁ O PROBLEMA?

O presente capítulo inicia-se com um questionamento: onde está o problema? Ao contrário do que possa parecer, não se pretende nestas linhas responder, ou mesmo, solucionar o problema da crise do judiciário, o que seria, senão uma utopia, uma tarefa para uma outra pesquisa específica. Pretende-se, pelo contrário, criticar a análise simplista feita pela dogmática jurídica, ao afirmar, muitas vezes, sem qualquer respaldo científico, que a crise do judiciário encontra-se unicamente no processo, reflexo da demora na prestação jurisdicional.

Diz-se, quase como uma verdade sabida, ou mesmo um fato notório a dispensar qualquer tipo de demonstração probatória, que o Judiciário está em crise.

Mas o que seria esse tão propalado estado de crise? Ou melhor, será que na sociedade contemporânea é possível viver um período sem crise? As medidas a serem buscadas como solução devem objetivar acabar com a crise, ou saber conviver com ela?

Certo é que na sociedade contemporânea a única constante que se pode afirmar com absoluta certeza, é a própria incerteza do porvir. O estado de crise seja da sociedade e seus valores, seja do sistema político, ou do próprio judiciário, faz parte da própria noção de sociedade contemporânea.

Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto leciona:<sup>128</sup>

A crise, para esse tipo de organização social moderna, de estrutura societária móvel, é, então, uma constante que já se insere na própria noção e expectativa de normalidade. Ao contrário das sociedades antigas e medievais, rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta de sua própria transformação. [...] a conclusão é que tudo que é permanente em uma sociedade como a nossa é mutável, capaz de incorporar mudanças para garantir sua permanência, de adquirir novos

---

<sup>128</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. "Prefácio". In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. O Poder Judiciário e(m) crise. RJ: Lumen Juris, 2008, p. xi.

sentidos no *dever* de gramáticas de práticas sociais cada vez mais complexas.

Ou seja, a complexidade das relações sociais vigentes em uma sociedade contemporânea importa sua própria fluidez e instabilidade, sendo estas as condições para a solução de tais problemas sociais.

A sociedade contemporânea enfrenta um paradoxo: sua própria instabilidade, seu estado de crise, é necessária solução para a multiplicidade de questões a serem resolvidas. Esse estado de crise vivido pela sociedade, apesar de ser permanente, alimenta sua própria transformação, servindo como matéria-prima fértil para a (re) construção da sociedade.

Há que se enforçar o aspecto positivo desse estado contínuo de crise, sem, contudo, adotar-se um viés fatalista, mas, pelo contrário, abordando-se seu caráter construtivo e reacionário.

Nesse contexto, o Judiciário enfrente a sua crise, tal qual, como visto, toda a sociedade. A crise do Judiciário, contudo, se mostra mais sensível e dolorosa para a sociedade, pois no momento em que o cidadão mais necessita do Estado, para compor um conflito, este lhe falta.

As décadas de estudo, para não se dizer séculos, no campo do direito processual, parecem ter afastado ainda mais o direito das práticas sociais.

Preciosas são as críticas de Barbosa Moreira <sup>129</sup>, ao afirmar que:

O trabalho empreendido por espíritos agudíssimos levou a requintes de refinamento a técnica de direito processual e executou sobre fundações sólidas projetos arquitetônicos de impressionante majestade. Nem sempre conjugou, todavia, o risco inerente a todo labor do gênero, o de deixar-se aprisionar na teia das abstrações e perder o contato com a realidade cotidiana. A fascinante sutileza de certas elaborações parecia ter contrapartida mais admirável no ocasional esquecimento de que nem tudo devia resumir-se num exercício intelectual realizado sob o signo da "arte pela arte" ou, se preferir, da "ciência pela ciência".

Não há menoscar os frutos de tão nobre fadiga. Sente-se, porém a precisão de aplicar com maior eficácia à modelagem do real às ferramentas pacientemente temperadas e polidas pelo engenho dos estudiosos. Noutras palavras: toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca. Pois a melancólica verdade é que o extraordinário

---

<sup>129</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *In*: Revista de Processo, Vol. 31, São Paulo: RT, p. 199.

progresso científico de tantas décadas não pôde impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação, por assim dizer universal, com o rendimento do mecanismo da justiça civil.

Não está a se retornar à velha discussão da autonomia do direito processual frente ao direito material. O que se ressalta é a própria instrumentalidade do direito processual, senão de todo direito, frente às necessidades sociais, isso em um momento em que as demandas judiciais crescem vertiginosamente, devido à total ausência do Estado na implementação das promessas trazidas pela Constituição de 1988. Vale lembrar que a autonomia do direito processual se realiza em relação ao direito material, mas não em relação à realidade social.

Mas, senão a mais importante, a principal questão sobre a crise do judiciário se refere em determinar quais os motivos da falência do sistema judiciário brasileiro. Retorna-se, portanto, à pergunta: onde está o problema?

O senso comum teórico dos juristas brasileiros responde esse questionamento de forma um tanto simplista e não-científica, ao apontar a demora na prestação jurisdicional e a redução do grande número de processos como solução para todos os males. Para tanto, se utilizam remédios que tangenciam a própria limitação ou restrição do acesso à justiça.

Contudo, mais uma vez vale citar os ensinamentos de Barbosa Moreira<sup>130</sup>, ao lecionar que

Todos se queixam da demora dos processos no Brasil, mas, se você pergunta quanto duram em média, ninguém sabe dizer. Então, fica tudo na base do impressionismo. É uma neblina através da qual não se consegue ver a realidade.

[...]

E as estatísticas judiciárias que existem, muitas vezes de acesso não muito fácil, nem sempre são confiáveis. Elas nem sempre são elaboradas de acordo com os requisitos técnicos. A estatística é uma ciência, lecionada em nível superior, em faculdades. Não é qualquer pessoa que pode realizar essa tarefa. É preciso haver uma metodologia de boa técnica; caso contrário, o resultado não tem valor científico. Então resulta nisto: as pessoas opinam com base numa experiência personalíssima, que não tem valor científico. Você deve conhecer pessoas que dizem “A Justiça no Brasil é lentíssima, os processos duram uma eternidade; eu tenho uma tia que tem um processo que durou 20 anos”. Isso não tem o menor valor científico,

---

<sup>130</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Judiciário ontem e hoje. Entrevista, Revista Forum, nº 10, Amaerj. In: <<http://www.amaerj.org.br/index.php?option=content&task=view&id=200>>

pode haver outra tia cujo processo durou dois meses ou 20 dias. Esses são exemplos anedóticos, aos quais não se deve dar a menor atenção, porque eles não revelam coisa alguma da realidade.

Por certo que as críticas de Barbosa Moreira são dirigidas a aqueles que afirmam, sem qualquer fundamento teórico-científico, que a crise do judiciário se deve unicamente ao elevado número de processos e, por conseqüência, à demora na prestação jurisdicional.

A grande quantidade de processos, evidentemente, influencia na crise do judiciário. Contudo, sem uma pesquisa séria, imparcial e científica se torna impossível afirmar que tal fator é a única, ou a mais importante causa da crise.

O que assombra é que todas as medidas legislativas e administrativas desenvolvidas buscam remediar essa suposta doença que assombra o Judiciário: o elevado número de processos. A dogmática jurídica se utiliza de estranha 'patologia jurídica' na determinação do mau que assombra o judiciário. Ministra-se o remédio (reformas processuais) ao doente (Judiciário), sem que antes se tenha levado a efeito todos os exames necessários à identificação da doença.

A crise do judiciário, como visto, é reflexo de um estado de crise mundial, decorrente da própria sociedade contemporânea. A sobrecarga do Judiciário, não se deve, a rigor, unicamente a uma crise do processo, mas a um conjunto de fatores que refletem nossa própria realidade social: crescimento da população frente à impossibilidade fática do correspondente crescimento do Judiciário; leis materiais ultrapassadas que são sistematicamente violadas, ou seja, o direito material não mais consegue evitar os conflitos; aumento das demandas em decorrência da não implementação de normas da Constituição.

A única certeza que se tem, sem uma pesquisa estatística séria sobre o assunto, é que o elevado número de processos é um dos fatores da crise do judiciário, mas não se pode apontar que ele seja o principal fator, nem, muito menos, que com a sua redução o problema estará sanado.

Outro aspecto relevante a ser abordado é que as estatísticas sobre o tema, quando existem, se limitam a uma análise quantitativa, simplesmente ignorando o aspecto qualitativo da prestação jurisdicional.

Busca-se, unicamente, no contexto da crítica de Barbosa Moreira, enumerar a quantidade de processos, sem se preocupar com a qualidade da prestação, ou seja, a duração do processo, o número de laudas de uma sentença, a qualidade da fundamentação realizada pelos juízes.

Afinal, por mais letrado que o magistrado seja, mesmo que detentor do dom da prosa e do verso, se mostra improvável que ele consiga explicitar as razões de seu convencimento em alguns poucos parágrafos.

No direito estadunidense a análise estatística do processo passa tanto pelo aspecto quantitativo, quanto qualitativo. Busca-se, com isso, determinar a qualidade da prestação jurisdicional. Há verdadeira análise sobre os temas decididos; quantidade de laudas nas decisões; pontos que foram tratados como obiter dictum, diferenciando-os do tema principal. Há, portanto, verdadeira pesquisa estatística sobre os precedentes judiciais, buscando-se, assim, uma maior integridade do sistema jurisprudencial.

No Brasil, contudo, tais pesquisas, quando existem, se resumem a enumerar processos protocolados e julgados, o que prejudica de sobremaneira a constatação de problemas sistêmicos na máquina administrativo do Judiciário e, por conseqüência, a busca por soluções corretas.

#### 4.2. A EQUIVOCADA SOLUÇÃO QUE AINDA PAIRA NO IMAGINÁRIO DA DOGMÁTICA JURÍDICA: AS REFORMAS PROCESSUAIS

Sem embargo da crítica sobre a ausência de uma pesquisa quantitativa séria, somada a uma análise qualitativa da prestação jurisdicional, o senso comum aponta como causa da crise do judiciário a demora, alto custo e inefetividade da prestação jurisdicional.

Na década de 40, a quantidade de processos distribuídos no Supremo Tribunal Federal alcançou a média de 1.500 processos por ano, contra 770

julgamentos, na mesma época. No ano de 2000, tal demanda alcançou cerca de 100 mil processos por ano, chegando-se em 2006 a 160 mil processos protocolados.<sup>131</sup>

Visando solucionar tal problema, o legislador, orientado pelo imaginário jurídico brasileiro, vem há tempos implementando reformas processuais sem, contudo, ser realizada profunda pesquisa no intuito de se detectar os reais fatores da dita crise do judiciário.

Como uma das soluções mágicas, como se fosse possível realizar uma alquimia jurídica, sempre se buscou a vinculação sumular como solução para todos os males, o que foi efetivamente alcançado com a Emenda Constitucional 45, de 2004. Contudo, desde a Revisão Constitucional de 1993, o Relator, então Deputado Nelson Jobim, tinha como mote de seu discurso a implementação das súmulas vinculantes, o que efetivamente, na época, não vingou.

Antes mesmo da Revisão Constitucional de 1993, o Legislador Ordinário editou a Lei 8.038/1990, instituindo normas procedimentais para os processos de competência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. De forma um tanto inovadora, veio a prever no art. 38<sup>132</sup> a possibilidade do Relator do Recurso Extraordinário ou Recurso Especial negar seguimento a tais recursos que contrariassem, nas questões de direito, súmula do respectivo tribunal.

No ano de 1995, foi editada a Lei 9.139, alterando o Código de Processo Civil, em especial o artigo 557<sup>133</sup>. Tal reforma objetivou facultar ao relator negar seguimento ao recurso que fosse contrário à súmula do respectivo Tribunal ou Tribunal Superior.

---

<sup>131</sup> Dados obtidos no site do STF, *in*: <[http://www.ibge.gov.br/seculoxx/arquivos\\_xls/palavra\\_chave/justica/supremo\\_tribunal\\_federal.shtm](http://www.ibge.gov.br/seculoxx/arquivos_xls/palavra_chave/justica/supremo_tribunal_federal.shtm)>

<sup>132</sup> Art. 38, Lei 8.038/38 - O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

<sup>133</sup> Art. 557, CPC, com redação atribuída pela Lei 9.139/95 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior

Em 1998, nova alteração é empreendida no artigo 557<sup>134</sup> do Código de Processo Civil, agora pela Lei 9.756. As reformas anteriores teriam entrado no gosto do senso comum teórico dos juristas brasileiros, fazendo com que esta nova alteração permitisse que o relator negasse seguimento ao recurso que fosse contrário à ‘jurisprudência dominante’, bem como que o relator pudesse, nas hipóteses em que a decisão recorrida estivesse em confronto com súmula ou jurisprudência do tribunal, dar imediato provimento ao recurso.

Mas afinal, o que seriam as tais ‘jurisprudências dominantes’ senão reflexo de uma retórica do intérprete para negar seguimento à recursos, fulminando antecipadamente a pretensão dos recorrentes? Quantos julgados seriam necessários para se estabelecer tal ‘jurisprudências dominantes’? De que Tribunais tais julgados deveriam ser emitidos?

Não há verdadeiramente uma resposta à tais perguntas que não caia na vala comum da discricionariedade do juiz. Ou seja, o instituto das ‘jurisprudências dominantes’, na realidade, é mais um cláusula de fechamento, utilizada por um modelo positivista de se pensar o direito, em que se confere ao Juiz a discricionariedade de decidir casuisticamente a existência, ou não, de ‘jurisprudências dominantes’.

Em 2004, realizada a reforma do judiciário, inclui-se na Constituição da República o art. 103-A<sup>135</sup>, adotando-se expressamente o instituto da Súmula Vinculante, que terá sua análise e crítica em capítulo específico.

No ano de 2006, a Lei 11.276, seguindo a linha das reformas meramente quantitativas, vem a alterar o parágrafo primeiro do art. 518 do Código de Processo Civil, proibindo que o juiz receba a apelação quando a sentença estiver

---

<sup>134</sup> Art. 557, CPC, com redação atribuída pela Lei 9.756/98 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

<sup>135</sup> Art. 103-A, CRFB - O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

em conformidade com Súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Trata-se da instituição da Súmula Impeditiva de Recurso.

Ainda em 2006, a Lei 11.227, acrescenta o artigo 285-A<sup>136</sup> no Código de Processo Civil, instituindo verdadeiro desastre hermenêutico, criou a malfadada “Sentença Liminar”, ou seja, instituto que permite que o juiz, dispensada a citação, proferir sentença de improcedência com base em caso idêntico anteriormente decidido no Juízo.

Instituiu-se, então, uma bizarra hipótese de precedente criado pelo próprio juiz, que com isso fulminaria processos futuros. Tal odioso instituto se mostra um tanto paradoxal, na medida em que exige como requisitos a existência de um ‘caso idêntico’ e que a decisão seja de improcedência total. Porém, o que são casos idênticos, se cada caso é um caso, hermeneuticamente falando?

Já em 2008, a Lei 11.672, incluindo o artigo 543-C no Código de Processo Civil, cria o instituto dos Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça.

As reformas, portanto, apostam num equivocado protagonismo judicial, em que os juízos colegiados substituem juízos monocráticos, em uma espécie de processo avocatório por meio do qual os Tribunais usurpam as a liberdade e autonomia dos juízes de primeiro grau.<sup>137</sup>

Tais reformas, que certamente não pararão por aqui, buscam apenas uma efetividade meramente quantitativa. As súmulas vinculantes, impeditivas, persuasivas, as ‘jurisprudências dominantes’, ‘sentenças liminares’, ‘recursos repetitivos’ são verdadeira violência simbólica<sup>138</sup>, que objetivam constranger a classe jurídica que ousar, ao menos, pensar em se comportar contrariamente ao que os Tribunais decidem.

---

<sup>136</sup> Art. 285-A, CPC - Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

<sup>137</sup> STRECK, Lenio Luiz. A crise de paradigma do Direito no contexto da resistência positivista ao (neo) constitucionalismo. In: SARMENTO, Daniel (org.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. RJ: Lumen Juris, 2009, p. 220/221

<sup>138</sup> BORDIER, Pierre. O poder simbólico. Trad. Fernando Tomaz. 11ª ed. RJ: Bertrand Brasil, 2007, p. 211.

Limitações quantitativas como as implementadas até o momento, atuam unicamente negando o próprio acesso à justiça, e não o implementando. Chegar-se-á ao ponto, citando Lenio Luiz Streck<sup>139</sup>, em que o advogado que sustentar tese contrária às ditas jurisprudências dominantes será autuado por “*crime de porte ilegal da fala*”.

Relevante ressaltar que o que menos se discute no próprio meio acadêmico e nos momentos pré-reformas é a legitimidade das Instâncias Superiores na aplicação de tais institutos, bem como a própria qualidade das decisões jurisdicionais.

Ao contrário, o que mais se propõe e se implementa são institutos que vinculam ou restringem a análise de recursos, cerceando-se, com isso, o próprio exercício do direito de ação; cite-se, como exemplo, o instituto da ‘sentença liminar’.

Neste momento, se mostra relevante responder a uma indagação: que tipo de juízes temos em nosso Estado Democrático de Direito?

François Ost<sup>140</sup>, de forma um tanto inovadora, classifica os juízes em Júpiter, Hercules e Hermes.

Utilizando-se tal classificação, sem embargo de eventuais divergências de sentido com o autor, somado ao pensamento de Boaventura de Sousa Santo<sup>141</sup>, ter-se-ia que o Juiz Júpiter seria aquele típico juiz do modelo de Estado Liberal, tido como ‘boca da lei’, intimamente vinculado com um paradigma da filosofia clássica - ou seja, da metafísica clássica – na qual o ato de interpretar busca procurar a verdade ou essência contida no texto legal, que a tudo responde adequadamente.

O Juiz Hercules, típico de um modelo de Estado Social, caracteriza um momento conhecido como ‘ditadura dos juízes’, intimamente ligado ao paradigma da filosofia da consciência, em que o juiz (sujeito solipsista) é quem diz a interpretação

---

<sup>139</sup> STRECK, Lenio Luiz. O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da Justiça. in: <[http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=17&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=17&Itemid=40)>, acesso em: 10.07.09., p. 17.

<sup>140</sup> OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: DOXA, nº 14, ano 1993, p. 169-194.

<sup>141</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. in: Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº 30.

correta de um texto, posto ser ele o possuidor da autoridade da fala para construir racionalmente a resposta correta para o caso.

O Juiz Hermes, por sua vez, está ligado ao modelo de Estado dito Democrático, inserido, nas palavras de Peter Häberle <sup>142</sup>, numa ‘sociedade aberta dos intérpretes da Constituição’, fundada em um modelo dialógico.

Tal modelo de Juiz encontra-se intimamente ligado ao paradigma da filosofia da linguagem, em que a resposta constitucionalmente adequada ao caso é produto da linguagem, construída pela intersubjetividade das partes.

Parece que, no contexto das súmulas vinculantes; súmulas Impeditivas, jurisprudências dominantes, sentenças liminares, ou seja, das reformas processuais realizadas, o atual modelo de justiça, infelizmente, se afasta do desejado Juiz Hermes.

Aproxima-se, contudo, do Juiz Hercules, pois se institui verdadeira ‘ditadura dos Tribunais Superiores’, em que o correto e único sentido admitido é aquele construído pelos Tribunais, em verdadeira violência simbólica ao resto da classe jurídica. Somente os Tribunais têm a fala autorizada do direito. Muitas vezes, até substituindo o próprio papal da doutrina.

Por outro lado, também se aproxima do modelo de Juiz Júpiter, na medida em que as Instâncias Inferiores (Juízes de primeiro grau) são tidas, unicamente, como ‘bocas das súmulas e jurisprudências dominantes’, tendo como única função declara o sentido produzido pelos Tribunais.

Em um Estado que pretende ser Democrático de Direito, não se pode admitir que a Justiça se comporte como Juízes Júpiter ou Juízes Hercules, mas somente como Juízes Hermes.

---

<sup>142</sup> HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2002.

#### 4.3. SÚMULA VINCULANTE: REMÉDIO AMARGO OU DOCE VENENO?

Relevante para a abertura do presente capítulo a indagação de Evandro Lins e Silva sobre o instituto da súmula vinculante, a qual ele mesmo responde<sup>143</sup>:

Que são as "súmulas vinculantes" senão uma repetição dessa força obrigatória que se quer dar às decisões sumuladas pelos tribunais superiores?

Para os não iniciados, para o público em geral, diremos: Súmula foi a expressão de que se valeu Victor Nunes Leal, nos idos de 1963, para definir, em pequenos enunciados, o que o Supremo Tribunal Federal, onde era um dos seus maiores ministros, vinha decidindo de modo reiterado acerca de temas que se repetiam amiudadamente em seus julgamentos.

Vale a ressalva feita nas citações do Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, que tal conceituação seria para os 'não-iniciados', ou seja, para o público em geral.

Isto porque, parafraseando Rui Barbosa, com certo tom de ironia, aos 'iniciados' as súmulas seriam como um 'novum crimen', qual seja, o crime de hermenêutica jurídica. Rui Barbosa, afirmando a tese da autonomia intelectual dos juízes, defendia que estes não se convertessem em espelhos inertes dos tribunais superiores.

Seria, então, a súmula vinculante um remédio amargo, porém necessário à profilaxia da maligna doença que atinge o judiciário? Ou seria um doce veneno ministrado pelo algoz, de forma insidiosa, objetivando levar a óbito a autonomia dos juízes?

O presente capítulo tomará como exemplo, para uma melhor análise do tema, a súmula vinculante nº 10, que traz em seu bojo o seguinte texto:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a

---

<sup>143</sup> LINS E SILVA, Evandro. Crime de hermenêutica jurídica e súmula vinculante. in: <<http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m05-011.htm>>. Acesso em 24 out. 08.

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Por uma leitura afoita de tal enunciado sumular, o interprete poderá se surpreender (e certamente se surpreenderá) por não lograr encontrar maiores digressões doutrinárias ou 'meta-respostas', com pretensões de resolverem profundas controvérsias jurídicas, que é o que grande parte da dogmática jurídica espera de enunciados com efeitos vinculantes.

Muito pelo contrário, o leitor, ao percorrer o texto da súmula vinculante nº 10, encontrará, a rigor, para sua completa frustração, uma reprodução da norma obtida do art. 97 da Constituição Republicana.

Dispõe o referido dispositivo constitucional:

CRFB, Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Então, se perguntará: para que serve a Súmula Vinculante nº 10, na medida em que o Poder Constituinte Originário editou o art. 97 da Constituição da República? Teria o Supremo Tribunal Federal (Poder Constituído) mais relevância jurídica que o Poder Constituinte Originário? Seria, então, mais grave violar-se uma Súmula Vinculante, do que uma norma da própria Constituição?

Talvez, por tal inconformismo com a clareza do texto da súmula, o interprete procurará aquele 'algo mais', frustrado por não ter 'reinventado a roda', afinal, para que serve uma súmula vinculante, senão para aclarar controvérsias jurídicas?

Buscará, então, a voluntas legis (vontade da lei), ou mesmo a voluntas legislatoris (vontade do legislador)<sup>144</sup> como forma de responder aos seus ocultos questionamentos, na medida em que não se satisfaz com a mera interpretação gramatical. Se utilizará, então, da interpretação lógica, teleológica, histórica e tantas

---

<sup>144</sup> Para uma análise crítica sobre a superação da dicotomia voluntas legis vs. voluntas legislatoris c.f. STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 98-102;

outras quantas a doutrina, ainda refém do positivismo exegético-normativista, puder imaginar.<sup>145</sup>

Certamente, a mais Alta Corte do País não perderia seu tempo editando uma Súmula Vinculante quando já há no texto constitucional dispositivo com clareza similar?!

#### 4.3.1 *Súmula Vinculante: um problema hermenêutico a ser solucionado*

O instituto da Súmula Vinculante, mesmo antes de sua instituição pela Emenda Constitucional número 45, sempre foi objeto de críticas pelos doutrinadores brasileiros.

Entre outros argumentos, sustenta-se que em países de civil law, tal qual o Brasil, haveria um impedimento constitucional, na medida em que nos termos do art. 5º, inciso II, a Constituição da República impõe-se que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Considerando-se que as Súmulas Vinculantes são um novo texto, com pretensões de abstração e generalidade, estaria, por assim dizer, violando o princípio da legalidade.<sup>146</sup>

No Brasil, portanto, somente a lei (em sentido genérico) seria capaz de impor obrigações, ao contrário de países da família comum law, em que a jurisprudência e a tradição efetivamente criariam obrigações jurídicas.

A rigor, não há grandes óbices para que o Brasil adote a vinculação de precedentes, como forma de trazer maior segurança e integridade às decisões do judiciário. Muito pelo contrário, a tendência é, cada vez mais, uma maior aproximação entre os sistemas do comum law e do civil law.

---

<sup>145</sup> A crítica é dirigida às teorias que buscam cindir o ato de interpretar, buscando no método uma pseudo-segurança em encontrar uma resposta metafisicamente correta.

<sup>146</sup> ROCHA, José de Albuquerque. Súmula vinculante e democracia. In: MOREIRA, Günter Frankenberg Luiz. Jürgen Habermas, 80 anos Direito e Democracia. RJ: Lumen Juris, 2009, p. 109.

Ressalte-se, contudo, que a adoção da vinculação de precedentes deve ter como principal finalidade a preservação da integridade do sistema e da segurança jurídica, e não a tão sonhada redução do número de processos, o que, nas palavras de Barbosa Moreira<sup>147</sup>, se mostra de duvidosa eficácia:

[...] a experiência dos Estados Unidos – vistos como o *habitat* por excelência dos ‘precedentes vinculantes’ – não confirma por inteiro, ao contrário do que às vezes se supõe, tão otimistas expectativas.

Contudo, se mostra equivocado e perigoso, a instituição da súmula vinculante nos moldes ora adotados no Brasil, ou ao menos, como vem sendo implementado pelo Supremo Tribunal Federal.

O uso indiscriminado da súmula vinculante, muitas vezes totalmente descontextualizadas dos precedentes que a motivaram, fazem do Supremo Tribunal Federal verdadeiro legislador<sup>148</sup>, o que não é desejoso em tempos de implementação de um Estado Democrático de Direito.

Lenio Luiz Streck<sup>149</sup> leciona que:

[...] No direito norte-americano, as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas, antes, são emanadas para solver as disputas entre os litigantes de um determinado processo.

[...] a autoridade do precedente vai depender e será limitada aos fatos e condições particulares do caso que o processo anterior pretendeu adjudicar. Na *comum Law*, não basta dizer, como se faz aqui, que a solução da controvérsia é x, com fundamento no precedente y, isso porque o precedente deve vir acompanhado da necessária justificação (contextualização). Ou seja, enquanto na *comum Law* o juiz necessita fundamentar e justificar a decisão, na *civil Law* praticada em *terrae brasiliis*, basta que a decisão esteja de acordo com a lei (ou com uma súmula).

A doutrina, em geral, aponta a stare decisis norte-americana e os assentos portugueses como inspirações estrangeiras à criação da vinculação sumular.

---

<sup>147</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos. *In*: Revista Dialética de Direito Processual, n. 27, p. 56.

<sup>148</sup> Parece ser esse o entendimento que os Poderes da República têm sobre o instituto da Súmula Vinculante: ser um ato normativo primário. Para tanto, basta uma singela pesquisa no site do Planalto <www.planalto.gov.br>, *link* <legislação>, veremos, então, o *link* <súmula vinculante>, entre os acessos às páginas <leis>, <decretos>, entre outros atos normativos. Tal singelo exemplo nos mostra o norte para o qual estamos seguindo: possivelmente uma “ditadura dos tribunais superiores”.

<sup>149</sup> STRECK, Lenio Luiz. *in*: Comentários à reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 153.

Os assentos portugueses consistiam em proposições gerais e abstratas cuja natureza era de verdadeira norma jurídica em sentido material, já que possuíam força obrigatória geral, nos termos do art. 2º do Código Civil Português. Contudo, em 1994 os assentos foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional Português, que lhe restringiu a força obrigatória somente ao próprio judiciário. Tal dispositivo foi efetivamente sepultado com a reforma ocorrida em 1995, que revogou o citado art. 2º.

O instituto da vinculação de precedentes (stare decisis) do direito norte-americano, porém, pouco se assemelha à súmula vinculante brasileira. Isto porque no direito norte-americano, devido a sua tradição, o que vincula são os precedentes e não um novo enunciado lingüístico criado pela Suprema Corte. No Brasil, diferentemente, o Supremo Tribunal Federal, motivado por alguns precedentes, cria um novo texto, com pretensões de vinculação geral e abstração.

Ressalte-se que, na maioria das vezes, o Supremo Tribunal Federal se utiliza de hipóteses casuísticas para consolidar seu posicionamento em uma Súmula Vinculante. Ou seja, do rol de precedentes supostamente utilizados na criação da Súmula, muitas vezes, somente o mais recente é que possui real pertinência, sendo os outros mera enumeração para caracterizar o dissídio jurisprudencial.

Isso tudo, somando ao contexto de nossa dogmática jurídica ainda ser refém de métodos interpretativos arcaicos herdados do positivismo jurídico exegético – normativista, cria as condições propícias e férteis para o nascimento de uma verdadeira ‘ditadura dos tribunais’. Afinal, atualmente vivemos em um sistema onde a lei não vincula, mas a súmula, sim!<sup>150</sup>

Repita-se: na stare decisis norte-americana o que vincula são os precedentes; no Brasil, ao contrário, é o enunciado da Súmula Vinculante.

Não se pode perder de vista, porém, que todo enunciado lingüístico é um novo texto, e como tal, necessitará ser interpretado / compreendido.

Neste ponto encontra-se o verdadeiro problema, pois a dogmática jurídica ainda não superou o paradigma interpretativo em que o método é utilizado

---

<sup>150</sup> A expressão é de Lenio Luiz Streck.

para se descobrir a essência da norma no texto; como se este contivesse alguma essência?!. Ou pior, o método é utilizado para que o interprete (sujeito solipsista) possa (re) construir racionalmente o verdadeiro significado da norma.

A única forma de se compatibilizar a súmula vinculante (que é um novo texto) com o direito brasileiro, de origem na família civil law, será utilizando-se a hermenêutica.

Como o enunciado da súmula é um novo texto; e como todo texto é um evento, na medida em que refletem (ou, ao menos, pretende / deveria refletir) os julgados / precedentes que o criaram, estes deverão ser o teto hermenêutico na atribuição de sentido ao novo texto criado pelo Tribunal.

Ou seja, objetivando trazer maior integridade e segurança ao sistema jurisprudencial, os precedentes necessariamente integram o círculo hermenêutica que constituirá o sentido à Súmula. Será, portanto, a fusão de horizontes entre os precedentes e o caso concreto que determinará o sentido do enunciado sumular.

Contudo, para que isso ocorra, necessário se faz que o Supremo Tribunal Federal utilize precedentes efetivamente relacionamento ao novo enunciado criado, sob pena da construção de sentido se mostrar efetivamente inviável ou inautêntica.

Repita-se: os precedentes devem ser o teto hermenêutico na atribuição de sentidos ao texto da súmula. O interprete, portanto, não poderá atribuir qualquer sentido à súmula, na medida em que esta deverá estar lastreada nos precedentes que a criaram.

Não há um grau zero na atribuição de sentidos ao texto sumular. Dito de outra forma e parafraseando Lenio Luiz Streck, não se pode atribuir qualquer sentido a qualquer enunciado sumular.<sup>151</sup>

O contexto em que tal enunciado foi criado, por refletir seus precedentes, participará, necessariamente, na construção do sentido. Acrescente-se, ainda, que o próprio texto sumular também limitará a atribuição de sentido, na

---

<sup>151</sup> A expressão é de Lenio Streck

medida em que as palavras já trazem, desde sempre, um significado atribuído pela situação hermenêutica em que o intérprete vive.

Ou seja, não poderá o interprete, frente a esse novo texto (da súmula) atribuir qualquer interpretação (sentido), pois deverá verificar a integridade dos precedentes que serviram de motivação para a criação da súmula e o próprio enunciado lingüístico da súmula.

Tal problemática não existiria se os pais da reforma do judiciário tivessem se aproximados mais do sistema norte-americano da stare decisis, bem como utilizando o instituto do distinguishing.

Determinado número de precedentes poderia receber força vinculante pelo Supremo e seria no caso concreto que as partes deveriam demonstrar a semelhança entre o precedente e o caso. Isto impediria a discricionariedade do interprete em atribuir sentidos inautênticos ao texto da súmula, ignorando por completo seus precedentes.

Um novo enunciado sumular, portanto, se mostra desnecessário e inconveniente, pois o que vincula não é o texto, mas seus precedentes.

#### *4.3.2 Os precedentes da súmula vinculante 10: o necessário teto hermenêutico*

Passa-se, então, a análise dos precedentes que motivaram a criação da Súmula Vinculante nº 10.

A súmula vinculante 10 é produto de 4 precedentes, a saber: AI 472897 AgR; RE 319181; RE 544246; RE 240096 e RE 482090. Não será analisado o teor do RE 482090, pelo fato do acórdão ainda estar pendente de publicação.

#### **AI 472897 AgR**

Trata-se de agravo regimental no agravo de instrumento nº 472897, oriundo do Estado do Paraná, em que o impetrado se insurgiu contra decisão do

Relator que conheceu e proveu Recurso Extraordinário (utilizando-se do disposto no art. 544, §4º, CPP) deduzido pela União.

Para tanto, o impetrado postulava o restabelecimento do acórdão emanado de órgão fracionário do STJ que teria ‘afastado’ a aplicação do art. 56 da Lei (ordinária) nº 9.430/96, sob o argumento que a mesma não poderia derogar isenção tributária concedida por lei complementar (a LC nº 70/91, no caso em espécie).

Sem pretensão de analisar o acerto (ou desacerto) do mérito da questão, ou seja, se há hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, uma coisa é fato: no caso em análise, uma Turma do STJ (órgão fracionário, portanto) deixou de aplicar determinada lei, sob argumento diverso extraído da Constituição, embora não tenha expressamente declarado tal norma inconstitucional.

Parece claro, senão cristalino, que, no caso em análise, a Turma do STJ efetuou controle de constitucionalidade, incider tantum, reconhecendo inconstitucional o art. 56 da Lei ordinária, embora não o tenha feito expressamente.

Contudo, utilizar os signos ‘deixar de aplicar’; ‘afastar’, ou qualquer outro que se queira inventar, não mudará a natureza do ato, que claramente se manifesta como declaração de inconstitucionalidade.

Desta forma, no caso em tela, o Relator Min. Celso de Mello assim se pronunciou<sup>152</sup>

Na realidade, essa Suprema Corte tem entendido equivaler, à própria declaração de inconstitucionalidade, o julgamento, que, sem declará-la, explícita e formalmente, vem a recusar aplicabilidade ao ato do Poder Público, sob alegação de conflito com critérios resultantes do texto constitucional.

E prossegue,

[...] o julgamento em questão – como resulta do próprio acórdão recorrido e é ressaltado pela União Federal – realizou-se em confronto com a exigência contida no art. 97 da Lei Fundamental, cuja observância é essencial em tema de declaração de inconstitucionalidade.

---

<sup>152</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 376.852/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, 18.09.07, Brasília, in < <http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=472897&classe=AI-AgR> >. Acesso em: 26 out. 2008.

Concluí afirmando que,

[...] a inconstitucionalidade de qualquer ato estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (Turma, Câmara ou Seção).

## RE 319.181

Trata-se de Recurso Extraordinário nº 319.181-1 originário do Distrito Federal, em que a recorrente (União) se insurgiu contra acórdão do TRF (1ª Região), que em sede de mandado de segurança concedeu à empresa fabricante de cigarros o direito de comercializar cigarros em embalagens com quantidade inferior a vinte unidades, contrariando vedação do decreto federal 2.637/98.

Assim se manifestou a seção do TRF, por ocasião da concessão do writ<sup>153</sup>:

A norma legislativa é interpretada pelo Judiciário dentro dos critérios da dogmática e observância dos princípios constitucionais [...]

Exigência do comércio de cigarros em embalagem de vinte unidades que não atende ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade com o texto constitucional que proclama a livre iniciativa da ordem econômica, dentro do princípio da livre concorrência (art. 170, IV da CF)

Desta decisão, foram opostos embargos de declaração, figurando como um dos argumentos a violação à cláusula de reserva de plenário. Os embargos, contudo foram rejeitados sob a seguinte fundamentação<sup>154</sup>:

Entendo que não tem razão o embargante, quando alega haver omissão quanto à reserva de Plenário.

O voto encaminhou-se no sentido de entender perfeitamente válido o posicionamento do Poder Executivo, ao dizer que o mesmo podia interferir para limitar, em todos os segmentos, a atividade industrial, desde que explicitasse no seu proceder a motivação da intervenção limitativa da vontade empresarial.

<sup>153</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 319.181/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, 21.05.02, Brasília, in <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=319181&classe=RE>>. Acesso em: 26 out. 2008.

<sup>154</sup> Ibid;

Não se quis dizer que o decreto aludido era inconstitucional mas, na hipótese, a FAZENDA não declinou quais os motivos, quais as conseqüências que adviriam caso fosse desobedecida a determinação do art. 272 do decreto em tela. Portanto, em nenhum passo a Turma julgadora considerou o mesmo inconstitucional, apenas o reparo que se fez foi a Administração não declinar do motivo da exigência ou finalidade indicativa.

Data maxima venia, se o afastamento de determinado ato normativo (no caso, o decreto federal) ocorreu devido a juízo de proporcionalidade / razoabilidade, bem como por afrontar a Constituição da República, nos dispositivos que consubstanciam o princípio da livre concorrência, não há como se sustentar que não se trata de controle de constitucionalidade.

Repete-se: o fato da Turma do TRF afirmar e reafirmar que não declarou a inconstitucionalidade do decreto, não altera a natureza do referido juízo que é de declaração de inconstitucionalidade. Afinal, o motivo da não aplicação do ato normativo federal foi o fato de violar a Constituição.

Nesse sentido se posicionou a Ministra Relatora Ellen Gracie ao proferir seu voto<sup>155</sup>:

[...] embora a Corte de origem tenha considerado que não houve declaração de inconstitucionalidade, não é isso que se depreende da leitura do voto condutor do acórdão proferido em sede de apelação, *verbis* [...]

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso, para cassar a decisão recorrida, a fim de que seja a questão de inconstitucionalidade submetida ao órgão competente.

## **RE 240.096-2**

Trata-se de Recurso Extraordinário nº 240.096-2, originário do Rio de Janeiro, em que a recorrente (INSS) se insurgiu contra acórdão do TRF (2ª Região) que afastou a aplicação das normas editadas para regulamentar o art. 201, § 2º, da Constituição da República.

O INSS interpôs embargos de declaração, opostos contra acórdão da apelação, que fora denegado.

Interessante notar os argumentos da decisão<sup>156</sup>:

---

<sup>155</sup> Ibid;

[...] ao argumento de que o acórdão deveria ter-se pronunciado, invocando, para isto, violação ao art. 97 da Constituição do Brasil, por não ter sido levada ao Plenário do Tribunal a questão da inconstitucionalidade das normas legais editadas para regulamentar preceito de ordem constitucional.

O erro do embargante consiste em concluir que o acórdão embargado declarou a inconstitucionalidade das normas editadas para regulamentar o art. 301, § 2º, da Constituição, pelo simples fato de ter aplicado a súmula 17 desta Egrégia Corte. Em momento algum o acórdão embargado fez referência à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. Ademais, este juiz não iria cometer a sandice de declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma federal alguma, por lhe faltar competência constitucional para tanto. (grifo nosso)

O que temos declarado é a inconstitucionalidade *incideter quantum* de determinadas normas, coisa essencialmente distinta de declaração de inconstitucionalidade, com fundamento no art. 97 da Carta Magna. É preciso que o embargante saiba disto, para não confundir as duas situações.

Não obstante a explicação apresentada no voto, os argumentos utilizados encontram-se totalmente equivocados.

É tranqüilo, até nos bancos universitários de graduação, que qualquer juiz ou tribunal pode efetuar controle de constitucionalidade, utilizando-se, para tanto, do controle difuso de constitucionalidade, pela via de exceção (também chamado de controle concreto). Outrossim, somente o STF e os Tribunais de Justiças Estaduais/Distrital é que podem efetuar controle concentrado de constitucionalidade, pela via de ação direta (também chamado de controle abstrato).

Em ambas as hipóteses, o juiz / tribunal declara a (in) constitucionalidade da norma. Há que se superar o imaginário jurídico que o juiz / tribunal, em sede de controle difuso, não declara a norma inconstitucional, mas afasta sua aplicação no caso concreto. Tal concepção, apesar de respeitosos posicionamentos em contrário, não encontra qualquer respaldo jurídico e científico.

Repita-se: em controle difuso, o juiz / tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e '*não estará cometendo nenhuma sandice*'. A diferença é que tal declaração não ocorre no dispositivo da sentença / acórdão, mas, sim, na fundamentação. Como consequência, não faz coisa julgada material.

---

<sup>156</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 240.096/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado em 30.03.99, Brasília, in <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=240096&classe=RE>>. Acesso em: 26 out. 2008.

Mostra-se claro que o magistrado do TRF, infelizmente, confundiu o controle difuso com o controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse sentido se posicionou o Relator Ministro Sepúlveda Pertence, ao ressaltar que:

Demonstra-o de logo a heterodoxia da afirmação do acórdão declaratório mesmo da não incidência do art. 97 da Constituição à “declaração *incidenter tantum* de determinada norma.

[...] dispensa demonstração que, ao contrário, a reserva de plenário e do quorum de maioria absoluta cogitados tanto se aplicam à declaração *principaliter* quanto à declaração *incidenter* de inconstitucionalidade das leis [...]

É inequívoco de sua vez que, no caso, ainda que não explícita, houve declaração de inconstitucionalidade de normas legais questionadas [...]

#### **RE 544.246-2**

Trata-se de Recurso Extraordinário nº 544.246-2 originário de Sergipe, em que a recorrente (União) se insurgiu contra acórdão de Turma do STJ.

No presente caso, o órgão fracionário do STJ entendeu ser inconstitucional o art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, na medida em que determinava a aplicação retroativa do art. 3º da LC 118/2005, o que, no entender da Turma, violaria a autonomia e independência dos Poderes (CRFB, art. 2º); a garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CRFB, art. 5º, XXXVI).

O Superior Tribunal de Justiça já havia consagrado entendimento segundo o qual o prazo prescricional para pleitear-se a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação seria de cinco anos, contados da homologação.

Contudo, o art. 3º da LC 118/05, interpretando os artigos 150, § 1º e 160, inciso I, do CTN, conferiu-lhes um sentido diferente do posicionamento adotado pelo STJ. Concluiu, portanto, o STJ que a aplicação da nova interpretação conferida pelo art. 3º da LC 118/05 somente teria eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que viessem a ocorrer a partir de sua vigência.

Porém, a mesma LC 118/05, em seu art. 4º, segunda parte, determinava expressamente a aplicação retroativa do art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados.

Os argumentos utilizados pelos Ministros da Turma do STJ indicam claramente a declaração incidental de inconstitucionalidade do dito art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, por suposta violação à Constituição da República.

Nesse sentido, o Relator Ministro Sepúlveda Pertence expressamente se manifestou, quando da análise do caso<sup>157</sup>:

A inaplicação dos dispositivos questionados da LC 118/05 a todos processos pendentes reclamava, pois, a declaração de sua inconstitucionalidade, ainda que parcial.

Foi o que fez, na verdade, o acórdão recorrido.

Não importa o precedente invocado da Primeira Seção do Tribunal *a quo*, EREsp 327043 tenha declarado incidir a lei nova nas ações propostas a partir de sua vigência.

O *distinguo* – dada a irretroatividade irrestrita preceituada nos arts. 3º e 4º da LC 118/ 05 – importou na declaração de inconstitucionalidade parcial deles, malgrado sem redução do texto.

Estou, pois, em que, assim decidindo – com fundamento em precedente da Seção e não, do Órgão Especial –, o acórdão recorrido contrariou efetivamente a norma constitucional da “reserva de plenário”, do art. 97 da Lei Fundamental.

O voto do referido Ministro se mostra peculiar em relação ao precedente anterior.

Não obstante reafirme que o órgão fracionário de tribunal não pode declarar a inconstitucionalidade – ou com preferem alguns, ‘afastar’, ou mesmo, ‘não aplicar’ – o voto inova na medida em que parece indicar a necessidade da reserva de plenário por ocasião de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto. Salvo melhor juízo, é o que indica parte do voto em que afirma que *“importou na declaração de inconstitucionalidade parcial deles, malgrado sem redução do texto”*<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 544.246/SE, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 15.05.07, Brasília, in <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=544246&classe=RE>>. Acesso em: 26 out. 2008.

<sup>158</sup> Ibid;

Contudo, há de se ressaltar que tal parte do voto parece ser suscitado na qualidade de obiter dictum, pois não seria questão principal na apreciação, mas mera opinião do julgador, o que não atribuiria força vinculatória ao precedente.

#### 4.3.3 O necessário trivial sobre controle de constitucionalidade:

Não obstante o tema controle de constitucionalidade já tenha sido um tanto explorado na doutrina brasileira<sup>159</sup>, parece, data máxima vênia, que ainda pairam alguns equívocos sobre o controle de constitucionalidade brasileiro.

Senão vejamos:

Ives Grandra Martins, em recente artigo intitulado ‘Impacto da Súmula Vinculante 10 do STF’<sup>160</sup> afirmou que:

[...] a redação ofertada pelo S.T.F. à Súmula Vinculante de n. 10 tem provocado perplexidade nos meios jurídicos e está a merecer, por parte do Pretório Excelso, maior explicação quanto ao seu conteúdo.

[...] pela literal interpretação do texto sumulado, a partir de sua edição, nenhum magistrado e 1ª e 2ª instâncias ou de Tribunais Superiores poderá decidir sobre questões que envolvam direta ou indiretamente inconstitucionalidades, a não ser que o plenário dos Tribunais declare o dispositivo inconstitucional.

Fica a pergunta: em que momento a súmula vinculante 10 cria tal restrição?

Em outro trecho, comenta:

A súmula 10 [...] não trata de declaração formal, mas de afastamento da incidência de norma inconstitucional, em controle difuso, com o que, de rigor, veda a qualquer magistrado de 1ª e 2ª instância ou dos Tribunais Superiores, monocraticamente ou em Câmaras e Turmas, decidir sobre qualquer questão que envolva a constitucionalidade de normas, para afastá-las.

<sup>159</sup> C.f.: MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de Constitucionalidade: estudos de direitos constitucionais. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: IBDC, 1999; MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004; BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, entre outros.

<sup>160</sup> MARTINS, Ives Gandra. Impacto da súmula vinculante 10 do STF, in: <[http://www.gandramartins.adv.br/art\\_detalhes.asp?id=289](http://www.gandramartins.adv.br/art_detalhes.asp?id=289)>. Acesso em: 26 out. 2008.

Data venia, se mostra inteiramente equivocada tal afirmação, na medida em que o art. 97 da Constituição Republicana, bem como a súmula vinculante 10, em nenhum momento cria restrição de tal natureza.

A vedação imposta se refere à declaração de inconstitucionalidade (escamoteada, ou não) efetuada por órgão fracionário de Tribunal. Nesta única hipótese é que se impõe a cláusula de reserva de plenário, ou seja, magistrados de 1ª instância sempre puderam, e continuaram podendo, declarar, por meio do controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Grandra Martins <sup>161</sup>, conclui, que:

O controle difuso é, portanto, fulminado pela Súmula. Os magistrados – se for esta a interpretação da Suprema Corte, que não creio – terão que se julgar incompetentes para decidir questões que envolvam, direta ou indiretamente, a alegação de incidência inconstitucional de norma. Os mandados de segurança passam a ser peças de arqueologia tributária, pois qualquer lesão a direito individual implica necessariamente uma inconstitucionalidade. As turmas e Câmaras de Direito Público perdem sua razão de ser, visto que, no que diz respeito principalmente ao direito público, o afastamento de normas quando sua incidência viola a Constituição – [...] – é matéria recorrente em suas decisões.

Pior ainda, o Supremo Tribunal Federal e os órgãos especiais dos Tribunais Federais e Estaduais do país, ficarão entulhados de processos, visto que para as matérias que, em controle difuso, foram levantadas questões constitucionais, todos os magistrados passarão a ser incompetentes para julgá-las.

Parece-nos claro que ocorreu certa confusão entre os métodos de controle difuso e concentrado nos comentários de Grandra Martins<sup>162</sup>. Ao contrário

---

<sup>161</sup> Ibid.

<sup>162</sup> Apesar do presente pesquisa não pretender explorar didaticamente o complexo tema de controle de constitucionalidade, mister se faz uma breve abordagem sobre as noções básicas de controle de constitucionalidade: O sistema de controle de constitucionalidade é classificado pela doutrina levando-se em consideração os seguintes sistemas: quanto à natureza do órgão que efetua o controle, este poderá ser político ou judicial; quanto ao momento de exercício do controle, será preventivo ou repressivo. O Brasil adotou um sistema de controle eclético ou misto, na medida em que possui, como regra, tanto o sistema político/preventivo, como o judicial/repressivo. Como especialização do controle judicial/repressivo, a doutrina prossegue classificando os métodos de controle, a saber: quanto ao número de órgãos que efetua o controle, este poderá ser difuso ou concentrado; já, quanto ao modo de arguição da inconstitucionalidade, será por via de exceção (também chamado de incidental, ou concreto) ou por via de ação (também conhecido por direto, ou abstrato). A diferença básica, que interessa ao presente estudo, repousa no fato de que o controle difuso de constitucionalidade é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência. Ou seja, o controle pode ser efetutado por qualquer juiz ou tribunal, desde que a constitucionalidade não seja o objeto do pedido, mas sim, a causa de pedir (ou, fundamento da causa de pedir). Para tanto, aplica-se o disposto no art. 97 da Constituição da República, que trata da tão (ou, nem tanto) conhecida cláusula de reserva de plenário. A cláusula de reserva de plenário tem aplicação em casos bem peculiares: somente quando a questão sobre a inconstitucionalidade de lei

do afirmado, a súmula vinculante 10 não fulmina o controle difuso, mas o preserva, ao reafirmar (e em nada inovar) a cláusula de reserva de plenário.

A ‘interpretação do Supremo’ parece clara nos precedentes que motivaram a criação do texto da súmula 10, ele repete tautologicamente o teor do artigo 97 da Constituição Federal, pelo simples fato do mesmo ser sistematicamente escamoteado pelos Tribunais e, ainda, mal compreendido pela dogmática jurídica.

Outra questão que se encontra superada e que a súmula 10 vem efetivamente sepultar é a idéia de que em sede de controle difuso de constitucionalidade o juiz ou tribunal somente afastaria a aplicação da norma reconhecida inconstitucional, pois a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser feita, efetivamente, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle direto e abstrato de constitucionalidade.

Tal afirmação é equivocada e desprovida de qualquer explicação jurídica. Qualquer juiz ou tribunal que deixar de aplicar determinada norma pelo fato desta não encontrar fundamento de validade na Constituição, estará efetuado controle de constitucionalidade. Portanto, afastar a aplicação da norma, nada mais é do que, de forma escamoteada, declará-la inconstitucional.

Repita-se: o fato da súmula ser um novo texto (enunciado lingüístico) gera a necessidade de uma nova interpretação, contudo o teto hermenêutico para tal interpretação deverá ser forçosamente os precedentes que a criaram.

Por tal motivo, qualquer outro sentido atribuído à súmula 10 que não aquele produto de uma síntese hermenêutica dos precedentes que a motivaram se mostra inautêntico e inconstitucional, pois cria nova norma geral e abstrata.

---

ou ato normativo, suscitada por via de exceção, for levada ao conhecimento do órgão fracionário do tribunal, este, acolhida a arguição, lavrará o acórdão, a fim de submeter a questão ao tribunal pleno ou ao órgão especial. Trata-se, na espécie, de cisão funcional de competência no plano horizontal, na medida em que ao Plenário (ou órgão especial) caberá se pronunciar sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, e ao órgão fracionário, depois, à vista do que houver assentado o Plenário, decidir o caso concreto. O Plenário (ou órgão especial) somente poderá declarar a inconstitucionalidade se lograr reunir a maioria absoluta dos votos. Esse é o teor do art. 97 da Constituição, nada mais, nada menos!

#### 4.3.4 *Interpretação conforme, declaração parcial de nulidade sem redução de texto e a cláusula de reserva de plenário:*

Perdeu o Supremo, valiosa oportunidade em melhor sedimentar sua jurisprudência no que toca a aplicação (ou não) da cláusula da reserva de plenário às técnicas de interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução do texto.

Há muito o Supremo firmou posicionamento no sentido da não aplicação da reserva de plenário nas hipóteses em que o órgão fracionário se utiliza da interpretação conforme a Constituição.

Como precedente o Supremo utiliza o RE 184.093-5/SP, de relatoria do Min. Moreira Alves, 1ª Turma, 29.04.97, que assim se expressa<sup>163</sup>:

[...] Note-se que no controle difuso interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o artigo 97 da Constituição, e isso, porque, nesse sistema de controle, ao contrário do que ocorre no controle concentrado, não é utilizável a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, por se lhe dar uma interpretação conforme à Constituição, o que implica dizer que inconstitucional é a interpretação da norma de modo que a coloque em choque com a Carta Magna, e não a inconstitucionalidade dela mesma que admite interpretação que a compatibiliza com esta.

Apesar de sermos partidários da tese de que tanto a interpretação conforme, quanto a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto não necessitam passar pela cláusula do full bench (reserva de plenário), merece críticas o fundamento utilizado pelo Supremo.

Pela argumentação do Ministro Moreira Alves, a não incidência da reserva de plenário se dá pelo fato da interpretação conforme não ser verdadeiramente declaração de inconstitucionalidade, bem como não ser utilizada a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto. Esse é o ponto que de equívoco no argumento.

---

<sup>163</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 184.093/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, 29.04.97 Brasília, in <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=184093&classe=RE>> . Acesso em: 26 out. 2008

A interpretação conforme enseja que se afirme a compatibilidade de uma lei com a Constituição, com exclusão expressa de outras possibilidades interpretativas reputadas inconstitucionais. Tal instituto, visto pelo lado positivo, reflete, sem dúvida, a preservação da norma. Mas, pelo lado negativo, tem um caráter invalidatório, sendo acertada sua equiparação a uma declaração de nulidade sem redução de texto, como fazem autores alemães.

Quando, portanto, o Judiciário condiciona a validade da lei a uma determinada interpretação ou declara que certas aplicações não são compatíveis com a Constituição está, em verdade, declarando a inconstitucionalidade de outras possibilidades de interpretação.<sup>164</sup>

Visto nessa ótica, tanto a declaração conforme, quanto a declaração parcial de inconstitucionalidade (ou nulidade) sem redução de texto são ‘faces de uma mesma moeda’, na medida em que são técnicas hermenêuticas de controle de constitucionalidade em que se busca preservar o texto da lei ou ato normativo objeto de controle, efetuando-se, para tanto, seja uma adição de sentido (no caso da interpretação conforme), seja uma exclusão de sentido (na hipótese de declaração parcial).

Tais técnicas não se sujeitam à cláusula da reserva de plenário pelo simples fato de não declararem o texto de leis ou atos normativos inconstitucionais, mas, sim, por trabalharem com adição de sentidos (normas) constitucionais, e por conseqüência, exclusão de sentidos (normas) inconstitucionais. Ou seja, verdadeiramente são aplicações concretas se sentidos à enunciados jurídicos – trata-se de hermenêutica.

Apesar do Supremo acertar em não exigir a reserva de plenário para a interpretação conforme, utiliza uma argumentação equivocada ao afirmar que “*a interpretação conforme não equivale a controle de constitucionalidade da norma*”. Muito pelo contrário, a interpretação conforme trabalha no plano normativo (sentido atribuído ao texto) e é técnica de controle de constitucionalidade, porém objetiva preservar o texto e não declará-lo inválido.

---

<sup>164</sup> BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6ª ed, São Paulo: Saraiva. 2004, pg. 171.

Há que se compreender, portanto, a diferenciação entre texto (enunciado lingüístico) e norma (sentido).<sup>165</sup>

Também se mostra equivocada a distinção feita pelo referido Ministro no sentido de que a interpretação conforme não seria técnica de controle de constitucionalidade. Tanto a interpretação conforme, quando a declaração parcial de nulidade sem redução do texto são técnicas de controle, na medida em que quando se interpreta conforme a Constituição, necessariamente se escolhe determinado sentido como constitucional, e por consequência considera-se os outros sentidos (normas), que não aquele escolhido, como inválidos (inconstitucionais).

Eventual distinção, ao menos para a análise do cabimento da reserva de plenário, se mostra desnecessária.

Infelizmente, não obstante a relevância do voto paradigmático do Ministro Moreira Alves (que é de 1996), a atual composição do Supremo vem sistematicamente repetindo literalmente o teor desse voto (como se fosse um pret a porte), sendo refratário a todas outras construções argumentativas, seja a favor ou contra a utilização da reserva de plenário nestas técnicas de controle.<sup>166</sup>

Outra questão não enfrentada pelo Supremo nos precedentes da súmula 10 é se a não-recepção pelo órgão fracionário do Tribunal de lei ou ato normativo anterior a Constituição necessita passar pela reserva de plenário?

Parece acertado o posicionamento que entende pela desnecessidade da reserva de plenário, e nesse sentido se posiciona a doutrina e jurisprudência.

É sabido que uma nova Constituição inaugura um novo fundamento de validade para o ordenamento jurídico, sendo certo que normas anteriores à Constituição, e que com esta conflitem, serão consideradas não-recepcionadas.

---

<sup>165</sup> Para um melhor aprofundamento sobre as diferenças entre texto e norma ver STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: Revista da faculdade de direito da Universidade de Lisboa, Vol. 46, n° 1, 2005.

<sup>166</sup> A favor da utilização da reserva do plenário ver APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade. Curitiba: Editora Juruá, 2008, pg. 41; contra, ver STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 670.

Nossa dogmática jurídica se consolidou no sentido que o efeito da não-recepção de uma lei ou ato normativo é sua revogação. Ou seja, norma não recepcionada considera-se revogada pela Constituição. A revogação trabalha no plano da vigência da lei, retirando a lei / ato normativo do ordenamento jurídico. Já a declaração de inconstitucionalidade trabalha no plano de validade: a lei / ato normativo inconstitucional continua existindo (é vigente), porém não é válida.

Concluí-se, portanto, que a não-recepção de determinada lei / ato não necessita passar pela reserva de plenário.<sup>167</sup>

#### 4.3.5 *Os debates no STF para a construção do texto da súmula vinculante 10:*

Compulsando as notas referentes aos debates entre os Ministros do STF para a aprovação do texto da Súmula vinculante nº 10, encontra-se valioso material sobre o texto a ser definido.

O texto inicialmente proposto possuiria o seguinte teor:

Viola a cláusula de reserva de plenário (Constituição Federal, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de norma, afasta a sua incidência no todo ou em parte.

Travou-se, então, debate para se decidir se o texto mais adequado seria a utilização do vocábulo 'norma', ou da expressão 'lei ou ato normativo'. Restando vencedora esta última tese, no intuito de privilegiar o texto constitucional.

Segue-se a íntegra dos debates<sup>168</sup>:

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Penso já ter sido distribuída a proposta de súmula que deliberamos na sessão anterior sobre a questão da reserva de Plenário. Houve aprovação, mas a Ministra Ellen Gracie, agora, nos submete essa proposta. Vou ler o texto (Questão de Ordem no RE 580.108): "Viola a cláusula de reserva de plenário (Constituição Federal, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal

<sup>167</sup> Nesse sentido ver na jurisprudência do STF, AI-AgR 582280 / RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, 12.09.06.

<sup>168</sup> Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe\\_172\\_2008.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_172_2008.pdf)>, p. 3/4.

que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de norma, afasta a sua incidência no todo ou em parte”.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, claro que podemos deixar de aplicar uma lei por ser também inadequada à espécie em termos de regência. Agora, no caso a premissa é única, a declaração - diria - “escamoteada” de inconstitucionalidade da lei. Penso que a percepção dessa premissa está na cláusula, embora não declare expressamente, ou seja, afasta, para aplicar a Constituição Federal, sem levar o incidente a órgão especial ou ao Plenário. Sendo esse o sentido, estou de pleno acordo. Presidente, apenas mais uma colocação, para que fique documentado, inclusive quanto ao meu ponto de vista. Aqui também não está apanhada a situação em que, em processo subjetivo, já houve a declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Supremo.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ou mesmo pelo órgão especial do Tribunal porque o CPC faz essa ressalva. O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Havendo decisão do próprio Tribunal, claro que não tem de ocorrer sucessivos incidentes.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Que são aquelas hipóteses em que a própria lei ressalva.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - Senhor Presidente, eu gostaria apenas, como autora da proposta, de sugerir uma pequena alteração, que me foi alcançada pelo colega Ministro Carlos Britto. Na redação que Vossas Excelências têm em mãos, quando se diz: “não declare expressamente a inconstitucionalidade de norma” substitua-se esse termo “norma” por “lei ou ato normativo do poder público”. Com isso estaremos reproduzindo o texto do art. 97 da Constituição. Acato essa ponderação do Ministro Carlos Britto, penso que enriquece a redação.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - E salvo equívoco, nada melhor do que uma proposta partindo da Presidente da Comissão de Jurisprudência.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - Então, a redação, ficaria a seguinte: “Viola a cláusula de reserva de plenário (Constituição Federal, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.”

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Presidente, eu não sei, mas faço uma ponderação. Eu penso que a proposta que está correta, porque, em ambos os casos, se trata de norma; pode não ser a lei toda, pode ser uma norma da lei; e, se for ato normativo, também é norma.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Para evitar aquela distinção: norma geral, norma concreta, norma individual, norma particular. E aí não. Estamos reproduzindo.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas aí Vossa Excelência vai ter outras leis e tal. Não é lei; não foi lei; foi só uma norma.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não. Leia o ato normativo. É o que diz a Constituição no art. 97. Pronto.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Penso que a proposta está certa e a Constituição que está errada.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Diz-se, na verdade, que essa inconstitucionalidade é de norma, e não de lei.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Já que estamos falando do art. 97, vamos homenagear a sua literalidade. Dá mais segurança.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Gostaria de ouvir o Vice-Procurador-Geral antes que nós tivéssemos a deliberação final.

O DR. ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS (VICEPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - Senhor Presidente, a Procuradoria-Geral manifesta-se favoravelmente à aprovação do verbete.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Quanto às emendas de redação, creio que depois poderemos fazer os ajustes devidos, se for o caso.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Seria a redação primitiva? É porque poderemos ter a limitação do artigo 97. A rigor, é possível poderemos ter como atacado apenas um artigo, um parágrafo, uma alínea.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ou, na verdade, nós temos às vezes só o significado: a declaração parcial sem redução de texto. Eu ouço o Tribunal sobre o assunto.

O SR. MINISTRO MENEZES DIREITO - Eu prefiro norma.

O SR. MINISTRO EROS GRAU - Eu estou de acordo com a Constituição.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, eu proporia uma alternativa intermediária: lei/norma, ou ato normativo, porque aí abrangemos um pedaço da lei e o ato normativo que, *stricto sensu*, não é norma.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Se o ato é normativo, porque ele contém norma; pode não ser tudo um ato normativo, pode ser uma norma do ato normativo.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Ministro Joaquim Barbosa?

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Com a Constituição, lei ou ato normativo.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - O Ministro Cezar Peluso?

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Eu, *data venia*, com a redação original.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, fico com o “substantivo próprio”.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Penso ser esta a posição: lei ou ato normativo.

Portanto, esta será a Súmula Vinculante nº10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Senhores Ministros, essa é a Súmula nº 10.

Observa-se que em determinada passagem o Ministro Marco Aurélio indaga:

- Seria a redação primitiva? É porque poderemos ter a limitação do artigo 97. A rigor, é possível, [...], poderemos ter como atacado apenas um artigo, um parágrafo, uma alínea.

E intervém o Ministro Gilmar Mendes:

- Ou, na verdade, nós temos às vezes só o significado: a declaração parcial sem redução de texto.

Contudo, apesar a intervenção do Ministro Gilmar, a questão sobre a declaração parcial sem redução de texto não foi efetivamente objeto de discussão pelos Ministros por ocasião da criação do texto da súmula, pois os mesmos se limitaram ao ponto referente à diferença entre as expressões 'norma' e 'lei ou ato normativo'.

Não obstante os Ministros não tenham se apercebido (ao menos pela leitura dos debates), caso houvessem adotado a redação da súmula substituindo 'lei ou ato normativo' por 'norma', de certo estariam expressamente determinando o respeito à cláusula de reserva de plenário nas hipóteses de declaração parcial sem redução de texto e de interpretação conforme. Contudo, não foi nesse sentido que caminhou o texto da súmula.

Concluí-se, portanto, que pela análise dos procedentes que originaram a edição da súmula vinculante, observa-se que versam sobre casos em que órgãos fracionários de Tribunais, apesar de não declararem expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, afastaram a aplicação desta (ou negaram aplicação) sob o argumento de violação da Constituição. Foi o que o Ministro Marco Aurélio chamou de "declaração de inconstitucionalidade escamoteada."

Ressalte-se o RE 544.246-2, em que o Ministro Relator Sepúlveda Pertence, por ocasião de seu voto, citou expressamente a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, dando a entender que tal hipótese também estaria abarcada pela cláusula da reserva do plenário. Contudo, tal conclusão não restou clara no acórdão lavrado do referido precedente.

O Supremo, por sua vez, seja na escolha dos precedentes, seja nas discussões para a determinação sobre o texto da súmula, perdeu valiosa oportunidade em melhor sedimentar sua jurisprudência no que toca às técnicas de interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução do texto e a (des) necessidade da cláusula da reserva de plenário.

A súmula vinculante 10, pelo fato de ser um texto, necessita ser interpretada. Forçosamente, os precedentes que a criaram são o teto hermenêutico na atribuição de sentido. Ressalte-se que a súmula vinculante 10 não vem 'dizer o não dito', mas apenas reafirma o teor do art. 97 da Constituição da República. Isto ocorre, pelo simples fato do art. 97 estar sendo sistematicamente violado.

A análise da Súmula Vinculante 10 se mostrou relevante para o presente trabalho na medida em que demonstra as complicações dogmáticas e interpretativas geradas pela interpretação de um novo enunciado lingüístico sem o seu respectivo teto hermenêutico, que são os seus precedentes.

A missão da súmula 10 é unicamente fazer cumprir o art. 97 da Constituição (cláusula da reserva de plenário), se mostrando, portanto, desnecessária.

Retrata um sistema anacrônico a lei e a Constituição não vinculam, mas a súmula, sim.

#### 4.4. O REAL PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: FUNÇÃO IMPLEMENTADORA DA CONSTITUIÇÃO.

O judiciário, nesse contexto, assume relevante papel, na medida em que tem a função de mediador entre a Democracia e o Constitucionalismo compromissório inaugurado em 1988. Acrescente-se, que a própria função do direito ganha relevo, pois deixa de ser mero instrumento das classes favorecidas, como forma de opressão das classes desfavorecidas, passando a ser encarado como um saber prático orientado a solução e concretização das promessas da modernidade institucionalizadas no texto constitucional.

Apesar das críticas dirigidas às Constituições dirigentes, tal qual é a Constituição de 1988, não há como se negar que as promessas nela contidas não foram realizadas, mas, pelo contrário, ainda hoje a inefetividade do texto constitucional assombra.

O Executivo e Legislativo parecem alheios à realidade social, bem como da própria força normativa da Constituição. Ainda encontram-se presos ao antigo discurso retórico tão conhecido na política brasileira.

Nesse contexto, o papel da jurisdição constitucional ganha relevância, pois seu papel é fazer prevalecer a Constituição, sem que com isso se adote uma postura ativista ou decisionista, ou seja, discricionária.

Certamente que ao Judiciário não cabe substituir o legislador, instituindo verdadeira 'ditadura dos juízes ou tribunais'. Pelo contrário, tem o compromisso de, no processo de compreensão do fenômeno jurídico, implementar as promessas consubstanciadas na Constituição.

Ou seja, acima da ultrapassada classificação entre legislador positivo ou negativo, ao judiciário cabe cumprir sua função implementadora da Constituição, sem, contudo, cair no decisionismo oportunista.

A Constituição, por sua vez, ao institucionalizar os valores morais do contexto sócio-cultural do qual o intérprete faz parte, reflete a própria tradição limitadora de indesejáveis discricionariedades no processo de compreensão do fenômeno jurídico.

Como visto nos capítulos anteriores, o intérprete do direito - nele incluído a figura do juiz - somente atribui sentido a um texto jurídico na aplicação de um caso concreto, daí a superação entre a cisão no ato de interpretar.

Nessa atribuição de sentidos, o intérprete leva para o processo de compreensão todo o horizonte de pré-compreensões que possui. Vale lembrar, que suas pré-compreensões podem ser autênticas ou inautênticas frente à tradição na qual ele encontra-se inserido. Neste ponto é que se mostra relevante o papel da Constituição. Pois, ao trazer as promessas não cumpridas pela modernidade, a

Constituição reflete o topo hermenêutico a eliminar qualquer pré-compreensão inautêntica.

O processo de compreensão, portanto, será sempre limitado pela autoridade da tradição na qual o intérprete encontra-se inserido, bem como pelo próprio texto a ser interpretado, considerado este como um evento e, não, apenas como um mero enunciado lingüístico.

Para cumprir essa nobre função, o Judiciário possui como instrumento a jurisdição constitucional, que no direito brasileiro, se mostra rica, ao conjugar tanto o controle difuso, quanto o controle concentrado de constitucionalidade. Ou seja, qualquer juiz, em qualquer processo, pode e deve efetuar controle de constitucionalidade. Isto, porque, em tempos de neoconstitucionalismo, prestar jurisdição é exercer jurisdição constitucional, na medida em que o fundamento de validade último é a Constituição.

Neste passo, não há qualquer contradição entre democracia e constitucionalismo, pois não é dado às maiorias eventuais violar direitos fundamentais. A vontade contra-majoritária da jurisdição constitucional não encontra maiores óbices frente a manifestação dos poderes constituídos, desde que tal jurisdição se pautar na autoridade do texto constitucional e na tradição por ele instituída.

## CONCLUSÃO

O projeto positivista para as ciências jurídicas se mostrou, sob diversas facetas, um equívoco, pois seus modelos demonstraram ser excessivamente teóricos, relegando a realidade para segundo plano.

A filosofia, outrora responsável por realizar indagações críticas e construtivas ao Direito, foi abandonada pelo positivismo. Kelsen se revele um grande exemplo desse abandono, pois, ao desenvolver sua teoria pura, reduziu as indagações filosóficas unicamente a aspectos epistemológicos, ou seja, preocupou-se, unicamente, com uma razão teórica.

Contudo, esse abandono filosófico não tardou para se mostrar insatisfatório. A falência da racionalidade cartesiano-positivista não logrou evitar as atrocidades das Grandes Guerras Mundiais. Seria necessário, então, que o direito fosse resgatado pela filosofia, fazendo com que novas indagações fossem reveladas à dogmática jurídica, não como mera questões científico-jurídicas, mas como uma nova forma de se pensar e compreender o real papel do Direito, qual seja, sua função de transformação social e realização do ideal de 'vida boa'.

Neste ponto, o direito deve ser sensível às evoluções paradigmáticas ocorridas na filosofia. A metafísica clássica, substituída posteriormente pela filosofia da consciência, não se mostram como suporte filosófico suficiente e legítimo a fundamentar esse novo modo de se pensar e compreender o Direito. A racionalidade cartesiana, não mais logrou trazer a ordem e estabilidade prometidas pelo método tecnicista.

Neste passo, a filosofia da linguagem se mostra como nova instância legitimadora do conhecimento, sendo necessário que a dogmática jurídica suplante a racionalidade cartesiana para assimilar o giro lingüístico ocorrido no âmbito da filosofia. A filosofia da linguagem passa a ser o novo paradigma da contemporaneidade.

O giro lingüístico sepulta o sujeito solipsista da modernidade. Neste contexto, não há mais como se sustentar cisões fundadas no esquema sujeito-

objetivo. Razão prática / razão teórica; fato / direito; justificação / fundamentação; interpretação / aplicação, são modelos ainda ligadas ao paradigma da filosofia da consciência, portanto, ao esquema sujeito-objeto.

Supera-se a concepção da linguagem como mero instrumento, interposta entre sujeito e objeto, passando-se a concebê-la como causa constitutiva tanto do pensamento, quanto do conhecimento, na medida em que a linguagem passa a ser condição de possibilidade do processo de compreensão e da própria totalidade do mundo.

A linguagem deixa, portanto, de ser mero instrumento com a finalidade de transportar essências ou pretensas verdades, para assumir o papel principal de lugar privilegiado em que o sentido acontece, 'locus' em que o homem representa o mundo.

Utilizando tal paradigma, a hermenêutica filosófica, criada por Hans-Georg Gadamer, e trabalhada no direito brasileiro de forma magistral por Lenio Luiz Streck, produz as condições de possibilidade para esse resgate do mundo prático ao direito.

Fundada no giro ontológico proporcionado por Martin Heidegger, Gadamer afasta o primado do método racionalista-cartesiano como instância legitimadora do conhecimento, superando-se a metafísica cisão entre sujeito-objeto. Neste passo, Gadamer fundamentará sua hermenêutica com base em princípios que garantirão uma resposta adequada no processo de compreensão: círculo hermenêutico, pré-compreensão, fusão de horizontes, consciência histórica, distância temporal e suspensão dos preconceitos.

Nessa linha, a hermenêutica deixa de ser vista como método, passando a ser filosofia. Hermenêutica, portanto, trata-se de uma capacidade natural do ser humano, de um existencial.

Superado, estão, portanto, a cisão no ato de se interpretar um texto jurídico. O círculo hermenêutico entre a pré-compreensão histórica do intérprete e a própria interpretação. Essa concepção derruba a cisão entre compreender (subtillitas intelligendi), interpretação (subtillitas explicandi) e aplicação (subtillitas aplicandi), medida em que o processo de compreensão ocorre de maneira unitária, frente a

concepção da pré-compreensão e do círculo hermenêutico. O sentido a ser atribuído a um texto jurídico (norma), só acontece quando o caso concreto se coloca para o intérprete. Por isso, que não se cindi aplicação e interpretação, na medida em que, pela circularidade hermenêutica, em toda aplicação tem-se um pouco de interpretação e compreensão.

Portanto, a adoção da hermenêutica filosófica derruba figuras metafísicas como a do legislador racional; das técnicas de interpretação literal, lógica, teleológica, histórica e sistemática; bem como torna inúteis as concepções de 'mens legis' e 'mens legislatoris'.

O texto jurídico não traz consigo uma vontade de quem o produziu, muito menos uma essência produto de uma instância metafísica. A norma, portanto, não se encontra no texto e, muito menos, na racionalidade de um intérprete solipsista, mas, sim, na atribuição de sentidos produto da fusão de horizontes entre a autoridade da tradição institucional do direito e o caso concreto.

A hermenêutica filosófica, portanto, por resgatar o mundo prático para o Direito, se mostra adequada e compatível ao paradigma neoconstitucional institucionalizado pela Constituição Republicana de 1988, ao criar um Estado Democrático de Direito.

Apesar de pairar certa anemia significativa quanto a expressão 'neoconstitucionalismo', adotou-se nesta pesquisa, uma atribuição de sentido de forma exclusiva, ou seja, neoconstitucional serão todos os paradigmas que rompem com o constitucionalismo clássico.

Nessa linha seguiu a construção do conceito de Estado Democrático de Direito, entendido nesta pesquisa como um plus normativo em relação ao Estado Social, na medida em que a Constituição Republicana de 1988, institucionalizando os valores morais de seu tempo, por meio dos princípios constitucionais, criou obrigações positivas aos Poderes Constituídos no intuito de efetivar as promessas não cumpridas da modernidade. Para tanto, o Constituinte se utilizou de um constitucionalismo programático e compromissório.

Nesse contexto, o Direito ganhou, por meio da jurisdição constitucional papel relevante na implementação desse ideal de 'vida boa', devendo-se, contudo, ter a cautela para não retomar posturas discricionário-positivistas.

Contudo, sem embargo dessa revolução copernicana ocorrida tanto na filosofia, quanto no Direito, a dogmática jurídica ainda propõe soluções que resgatam o paradigma positivista. Trata-se das reformas processuais implementadas objetivando remediar a crise instalada no Judiciário.

As causas da crise do Judiciário são apontadas pelo senso comum teórico dos juristas brasileiros de forma um tanto acrítica e não-científica. Dispensando pesquisas estatísticas ou científicas, a dogmática, em verdadeira alquimia jurídica, chegou à conclusão que a prestação jurisdicional seria demorada, devido ao grande número de processos.

Para tanto, em verdadeira experiência empírica, adotou-se como remédio, amargo, porém necessário, a restrição/limitação ao acesso à justiça.

Nesse contexto nasceram as reformas processuais, instituindo as súmulas vinculantes, súmulas impeditivas, sentenças liminares, jurisprudências dominantes, em verdadeiro retrocesso ao velho modo positivista de se pensar o direito.

Soluções desse nível buscam, apenas, uma limitação no acesso à justiça, como fórmula mágica para diminuir as demandas judiciais e, por consequência, a crise vivida no judiciário. Essa não parece ser a solução adequada.

## REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade. Curitiba: Editora Juruá, 2008;

AVELINO, Pedro Buck. Constitucionalismo: definição e conceito. Dissertação de mestrado. São Paulo: PUC, 2007;

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6 ed, São Paulo: Saraiva. 2004;

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968;

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007;

BORDIER, Pierre. O poder simbólico. Trad. Fernando Tomaz. 11 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007;

CAMARGO, Margarida Lacombe. A nova hermenêutica in: Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

COSTA, Alexandre Araújo. Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. Tese de doutorado. Brasília: UnB, 2008;

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica Jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007;

CUNHA, Paulo Ferreira da. Pensar o Direito II: da Modernidade à Postmodernidade. Coimbra: Almedina;

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010;

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8 ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009;

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I: trações fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 8 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007;

\_\_\_\_\_. Verdade e método II: complemento e índice. 4 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009;

GRODIN, Jean. Introdução à hermenêutica filosófica. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999;

GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. A retomada da filosofia pelo direito. In: A filosofia no direito e a filosofia do direito. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, nº 5. Porto Alegre: IHJ, 2007;

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2002;

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

\_\_\_\_\_. Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

\_\_\_\_\_. Pensamento Pós-Metafísico. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990;

LINS E SILVA, Evandro. Crime de hermenêutica jurídica e súmula vinculante. in: <<http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m05-011.htm>>. Acesso em 24 out. 2008;

MARCONDES, Danilo. Iniciando à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 11ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007;

MARTINS, Ives Gandra. Impacto da súmula vinculante 10 do STF, in: <[http://www.gandramartins.adv.br/art\\_detalhes.asp?id=289](http://www.gandramartins.adv.br/art_detalhes.asp?id=289)>. Acesso em: 26 out. 2008;

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de Constitucionalidade: estudos de direitos constitucionais. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: IBDC, 1999;

\_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Judiciário ontem e hoje. Entrevista, Revista Forum, nº 10, Amaerj. In: <<http://www.amaerj.org.br/index.php?option=content&task=view&id=200>>;

\_\_\_\_\_. Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos. in: Revista Dialética de Direito Processual, n. 27;

NEVES, Antônio Castanheira. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Coimbra: Coimbra Editora, 2003;

NINO, Santiago. Introducción al análisis del derecho. Buenos Aires: Astrea, 1980;

OLIVEIRA, Fábio. A teoria do Direito e da Constituição: entre o procedimentalismo e o substancialismo. In: *Quaestio iuris*, n. 5/252. Rio de Janeiro: UERJ, 2007;

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. in: *DOXA*, nº 14, ano 1993, p. 169-194;

PALMER, Richard E. Hermenêutica. Lisboa: Edições 70, 2006;

PEREIRA, Rodolfo Viana. Hermenêutica Filosófica e Constitucional. 2 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2007;

ROCHA, José de Albuquerque. Súmula vinculante e democracia. in: MOREIRA, Günter Frankenberg Luiz. Jürgen Habermas, 80 anos: Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

SALDANHA, Nelson. Formação da teoria da constituição. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000;

SANTOS, André Leonardo Copetti. Elementos de Filosofia Constitucional. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2009;

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. in: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, nº 30;

\_\_\_\_\_. Um discurso sobre as ciências. São Paulo: Cortez, 2003;

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

STEIN, Ernildo. A caminho de uma fundamentação pós-metafísica. Porto Alegre: Edipucrs;

\_\_\_\_\_. Aproximações sobre hermenêuticas. 2 ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004;

STRECK, Lenio Luiz, MORAES, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria do Estado. 6 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;

STRECK, Lenio Luiz; ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão, *et al.* Comentários à reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005;

STRECK, Lenio Luiz. A crise de paradigma do Direito no contexto da resistência positivista ao (neo) constitucionalismo. *in*: SARMENTO, Daniel (org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

\_\_\_\_\_. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. *in*: *Revista da faculdade de direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 46;

\_\_\_\_\_. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da constituição do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004;

\_\_\_\_\_. O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da Justiça. *in*: <[http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=17&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=17&Itemid=40)>, acesso em: 10.07.09;

\_\_\_\_\_. Verdade e consenso. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

\_\_\_\_\_. Verdade e consenso. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.