

A (RE)LEITURA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES EM FACE DE UMA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA CONTEMPORÂNEA

THE NEW UNDERSTANDING OF THE TRIPARTITION OF POWERS IN FACE OF A CONTEMPORARY DEMOCRATIC CONSTITUTION

Hilbert Maximiliano Akihito Obara¹

Professor da Pós-Graduação em Processo Civil e Direito Constitucional
(UNILASALLE, Canoas/RS, Brasil)

Patrícia Portela Quartiero²

Mestre em Direito (UNISINOS, São Leopoldo/RS, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional.

RESUMO: O presente trabalho tem objetivo crítico em relação ao sentido positivista-iluminista conferido à separação de poderes. A viragem linguística e a condição de possibilidade hermenêutica filosófica são autorizativas de uma releitura constitucional. O ser histórico, a temporalidade são impeditivos da crença no engessamento da significação textual. Tendo em conta a identificação de cada período à sua maneira, há a

pretensão de alcançar o desenho mais adequado na contemporaneidade para a atuação dos poderes do Estado, sobretudo do Judiciário. A análise, pelo procedimento metodológico de pesquisa e revisão bibliográfica, feita criticamente, à luz da hermenêutica, vista a partir da fenomenologia, tem por objetivo relacionar o discurso jurídico com os compromissos constitucionalmente democráticos incumpridos para sugerir uma nova postura judicial.

¹ Juiz de Direito (TJRS, Porto Alegre/RS, Brasil). Mestre e Doutor em Direito (UNISINOS, São Leopoldo/RS, Brasil). Professor da Graduação de Direito Civil e de Processo Civil (UNILASALLE, Canoas/RS, Brasil). *E-mail:* hmaobara@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5577266784113691>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4144-3620>.

² Assessora (TJRS, Porto Alegre/RS, Brasil). *E-mail:* patriciaquartiero@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3375555928880552>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1229-3050>.

ABSTRACT: *The present work has a critical objective in relation to the positivist-Enlightenment sense conferred to the separation of powers. The linguistic turn and a condition of philosophical hermeneutic possibility are authoritative for a constitutional rereading. Historical being, temporality, are impediments to descent in the plastering of textual meaning. Bearing in mind the identification of each period in its own way, the intention to achieve the most adequate design in contemporary times for the performance of the powers of the State, especially the Judiciary. An analysis, by the methodological procedure of research and bibliographic review, made critically, in the light of hermeneutics, seen from the phenomenology, aims to relate the legal discourse with the constitutionally democratic commitments not fulfilled to suggest a new judicial posture.*

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito Democrático; jurisdição constitucional; separação de poderes.

KEYWORDS: *Democratic Rule of Law; constitutional jurisdiction; separation of powers.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A separação dos poderes e a perspectiva contemporânea de uma jurisdição constitucional e democrática; 2 O pré-conceito constitucional e a (necessária) ruptura com a tradição inautêntica: o direito constitucional e as possibilidades de sentido; 3 A ultrapassagem da perspectiva positivista em face de um fim constitucional e democrático na condição de possibilidade hermenêutico-filosófica; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The separation of powers and the contemporary perspective of a constitutional and democratic jurisdiction; 2 The constitutional preconception and the (necessary) break with the inauthentic tradition: constitutional law and the possibilities of meaning; 3 Overcoming the positivist perspective in the face of a constitutional and democratic end in the condition of hermeneutic-philosophical possibility; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Cinco de outubro de 1988, um dia histórico para o país. Pairava no ar a promessa de um novo tempo com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, havia a renovação da esperança na construção de um país melhor, com mais respeito aos direitos e garantias dos brasileiros. Passadas três décadas daqueles tempos auspiciosos, a realidade evidencia que a promulgação de uma “nova” Constituição, que inseriu textualmente um Estado Democrático de Direito, não produziu a mudança de realidade esperada. Muitos dos direitos e garantias constitucionalmente insculpidos ainda estão distantes da concretização.

Na ótica da tripartição de poderes, do modelo liberal-burguês, o cidadão contempla uma Constituição que ostenta uma vasta gama de direitos e garantias, mas ainda fica no aguardo de sua plena concretização, (des)confiando (d)nos mecanismos da democracia representativa. Enredo em que surge o questionamento da perspectiva liberal-iluminista de divisão de poderes permanecer adequada para o momento atual, para a configuração do Estado Democrático de Direito brasileiro, especialmente quando o Judiciário tem acrescidas demandas envolvendo a efetivação constitucional desses direitos e garantias, sobretudo a respeito de políticas públicas, e, com elas, a discussão acerca dos limites de sua atuação.

No cenário da busca de uma ampliação da responsabilidade judicial, é ultrapassada a estrutura tripartite de poder do paradigma liberal-iluminista, sustentado filosoficamente na relação sujeito-objeto. Situação em que a atualidade, com pretensões constitucional e democrática, mostra-se incompatível com o papel do juiz como mero boca da lei ou como julgador solipsista de um Direito que pugna pela primazia da lei e da interpretação como instrumento extrator de significados. Assim, é instalada a busca de um modelo de jurisdição que vá além da paralisia legalista ao mesmo tempo capaz de impedir a insegurança do voluntarismo judicial.

O aumento de responsabilidades do Poder Judiciário, no desvelamento da legitimidade democrática, leva em conta as particularidades do contexto brasileiro de país periférico, em desenvolvimento, que não vivenciou o Estado de bem-estar social. Há um déficit social e um inadiável compromisso constitucional de efetivação das promessas democráticas de responsabilidade de todos, inclusive das instituições. Nesse resgate, o compromisso estatal não é só do Executivo ou do Legislativo, como a ótica rígida da separação de poderes fazia crer. A melhor roupagem jurisdicional está na capacidade subsidiária de lhes serem designadas políticas públicas, seguindo critérios rígidos.

Em tudo isso subjaz a interpretação conferida à separação de poderes, insculpida na Constituição de 1988, a busca por um pragmatismo necessário, por uma adequação à realidade e ao paradigma jurídico democrático. Nesse esforço, é esperado que as coisas se apresentem na tradição e na possibilidade de mudança, como resultado da construção histórica intermitente do jurídico, político e social e não sejam simplesmente representadas (pré-dadas), o que lhes daria uma generalidade supressora da singularidade.

O procedimento metodológico é baseado na pesquisa qualitativa e revisão documental bibliográfica. A condição de possibilidade hermenêutico-filosófica traz a reflexão e racionalidade crítica de temáticas constitucionais e sociais.

1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA DE UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA

A Constituição hodierna, vigendo desde 1988, inseriu, em seu texto, um Estado Democrático de Direito, porém, de fato, esse Estado ainda está longe da implementação, mormente pela ausência de efetivação de seus direitos e garantias. A edificação do conteúdo democrático, é forçoso admitir, imprescinde da existência de uma Constituição. Portanto, a base da construção da pesquisa está consubstanciada na centralidade e supremacia da Constituição, fundada na rigidez constitucional de um texto escrito com pretensão de se impor e nortear todo o ordenamento jurídico, com um órgão de cúpula no topo do sistema judiciário, com atribuição constitucional e primado hierárquico-normativo em relação aos atos do Poder Público (VERDU, 2004, p. 100-109).

A propósito, Bonavides (1985, p. 171) observa que o “princípio de sustentação do poder”, a “legitimidade”, após contribuir durante diversos séculos para a estabilidade de sistemas teocráticos, monárquicos e republicanos, permanece um conceito mal compreendido. A noção central, mormente na contemporaneidade, está plasmada na “identificação de governantes e governados, mediante convergência para o bem comum, alcançada através de modalidades democráticas de participação”. Ao que Höffe (2005, p. 179) acrescenta que “o simples Estado constitucional torna-se Estado constitucional democrático” a partir da ideia “de que o povo é o responsável pelo poder estatal”.

Segundo Bolzan de Moraes (2002, p. 67), a Constituição nada mais é (e justamente por isso representa muito) que um acordo de vontades políticas, “pacto fundante” desenvolvido em um espaço democrático que permite a consolidação histórica das pretensões sociais de um grupo, consolidando, hoje em dia, não apenas aquilo que diga respeito única e exclusivamente aos seres humanos individual, coletiva e difusamente, mas também diversos fatores e seres que influem na construção de um espaço e de ser-estar digno no mundo.

Por ser um a mais (“plus”), como salienta Bolzan (2002, p. 66-67), esse documento político representa um projeto transformador da sociedade, de forma que de sua vivificação dependerá a efetivação dos direitos dos cidadãos. E, como ressalta Miranda (1996, p. 77), ante a sua importância, “não basta que a Constituição outorgue garantias; tem, por seu turno de ser garantida”, fala que pressupõe eficácia, projetando, na perspectiva trabalhada, o Judiciário como fundamental elemento da persecução democrática (OBARA, 2020, p. 118).

A concretização constitucional passa, necessariamente, pela concepção de Estado e pelo empenho na implementação de sua melhor forma de funcionamento. É primordial a análise das repercussões decorrentes da adoção da estrutura tripartite de poder. Os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são tidos por independentes entre si e com funcionamento harmônico, conforme previsão constitucional (art. 2º, *caput*). A leitura clássica alcança a desconcentração de poder e a especialização de funções, ou seja, em princípio, nenhum poder interfere na atividade do outro; eles atuam separados e de modo independente. Essa é a práxis, entendida como conservação da tradição (GADAMER, 1997, p.422-423).

A premissa clássica da tripartição de poderes surge da influência iluminista, da configuração do Estado de Direito. No âmbito jurídico, o modelo dedutivo-subsuntivo de aplicação da lei ao caso concreto propiciava uma forma supostamente científica, técnica, isonômica e universalizante de configuração do Direito. Com a codificação, os intelectuais buscavam esgotar na letra da lei todas as hipóteses jurídicas, de modo a tornar desnecessário qualquer jurista, por não haver necessidade de interpretação ou qualquer outra tecnicidade para aplicar o código, ou seja, um direito à prova de juízes. Nessa linha de ideias, a exaustão descritiva seria apta a impedir qualquer interferência na aplicação das leis, respeitando a tese central de Montesquieu da separação de poderes, conforme Merryman e Perez-Perdomo (2009, p. 57):

Se a insistência na total separação dos poderes legislativo e judicial determinou que os códigos fossem completos, coerentes e claros, o espírito prevalecente de racionalismo otimista persuadiu seus seguidores de que era possível projetar uma legislação sistemática, que teria aquelas características até o ponto em que a função do juiz estaria limitada a encontrar o dispositivo

aplicável no código e lhe atribuir o significado óbvio no contexto do caso.

A origem da concepção de Estado de Direito, sobretudo na perspectiva da *civil law*, está vinculada ao império da lei. Quando os movimentos liberais impõem a codificação como meio para admitir exclusivamente respostas técnicas jurídicas, por meio de um artifício decorrente da interpretação subsuntiva, com aproximação do Direito às ciências exatas, tinham como pano de fundo um fito isonômico com aptidão para afastar as arbitrariedades dos detentores de poder estatal, especialmente do julgador. Com efeito, o paradigma liberal da cientificidade, codificação e isonomia da lei produziu uma construção social, política e jurídica ensejadora do fortalecimento dos direitos humanos, mas que, na tradição gadameriana, deve permitir reconstruções rumo ao percurso democrático (GADAMER, 1997, p. 436).

Na perspectiva da tradição gadameriana, deve ser retomada a questão central do Estado Democrático de Direito: a supremacia do sentido da Constituição. Na persistência do desvelamento do ser Constituição, há de ocorrer a identificação da tradição própria de um local e de uma época que nem sempre guardarão adequação às exigências presentes, que deve, desse modo, ceder espaço para o novo, para a matriz de outra tradição. No caso brasileiro, a Constituição ostenta uma vasta gama de direitos e garantias. Por outro lado, a conjuntura hodierna brasileira revela uma sociedade carente de realização de direitos, além de um cenário político que evidencia uma crise ética da sociedade. O descompasso referido está vinculado à conservação de um paradigma não mais adequado, sobretudo a respeito da ótica de separação dos poderes que conserva o juiz como mero boca da lei. Então, a realidade contemporânea exige novos caminhos que afastem os obstáculos para a efetivação dos direitos e garantias constitucionais (OBARA, 2020, p. 128-129).

A ultrapassagem crítica sugerida parte da *linguistic turn* e dos vetores de racionalidade hermenêutico-filosóficos. De fato, o ser humano recebe, inevitavelmente, como legado, a tradição, que é transmitida pela linguagem. Assim, a experiência hermenêutica está diretamente ligada com a tradição, não havendo como o homem ser separado dela. Nem mesmo é imaginável que as concepções transmitidas pela tradição sejam autorizativas sempre do mesmo resultado, na medida em que o círculo hermenêutico é impeditivo de

interpretações idênticas, em todos os tempos, dada a característica da finitude (GADAMER, 1997, p. 425).

Ignorando a viragem linguística e a hermenêutica filosófica, portanto, a despeito do decurso do tempo e das exigências de cada momento, desde o período iluminista, foi mantido, de regra, o mesmo limite semântico da concepção de separação de poderes. Ou seja, a não ingerência de um poder sobre os demais, apesar do conceito de tradição e de finitude que envolve a sociedade constituída de seres, em seu contínuo fluxo temporal. Em outra época, uma divisão de poderes rígida refletiu a consciência histórica do momento, com as peculiaridades que lhe eram exigidas, o que não parece ser mais justificável nesta época e neste momento histórico. A independência dos poderes, portanto, deve ser vista com a cautela de quem está sob o paradigma do Estado Constitucional, que induz à respectiva individualização e contextualização do conceito, com ajustamento à especificidade (OBARA, 2019, p. 197-225).

A atenção à vinculação historicista das compreensões dos institutos jurídicos é fundamental para a devida adequação ao presente, inclusive, com o estabelecimento de uma nova tradição de um tempo e local que já não são os mesmos. O Estado Democrático de Direito brasileiro, representado pelo paradigma do Estado Constitucional, ultrapassa a divisão clássica de poderes para primar pela integração, cooperação, copertença, entrosamento dos poderes, no intuito de dar concretude à democratização da sociedade e do Estado (OBARA, 2020, p. 129-131). Portanto, na falha ou omissão dos demais poderes, o Judiciário não pode ser omissor, sobretudo nos países periféricos, como o Brasil, onde os problemas sociais são ainda mais graves, exigindo a especificidade das respostas e do agir (STEIN, 2002, p. 67-68).

A atuação judicial democrática e constitucional permite excepcionalmente, segundo critérios rígidos, a implementação de políticas públicas (SILVA DE SOUZA, 2020, p. 145-186), mas é distanciada do arbítrio solipsista. A atuação judicial democrática privilegia o protagonismo da cidadania, em conformidade com a qualidade da pluralidade que corre na veia do Estado Democrático de Direito, a impelir à implementação dos direitos e garantias constitucionais. Todavia, o respeito aos interesses do povo também força os poderes públicos a atuarem em convergência para o bem comum. Nessa convergência, o Judiciário, na falha e/ou omissão dos outros poderes, é responsável por dar efetividade

ao texto constitucional, favorecendo a construção da realidade democrática, resgatando as promessas constitucionais ainda não atendidas.

Nesta esteira, a excepcional implementação de políticas públicas pelo Judiciário, como parte de seu novo papel fundamental na concretização constitucional, parte de um direito levado a sério, que consiste em buscar no próprio direito, sobretudo nas construções jurídicas anteriores e na jurisprudência (FERRAJOLI, 2006, p. 426-427), os critérios rígidos autorizativos da atuação judicial, sempre de acordo com a indispensável consideração da diferença ontológica (STEIN, 2002, p. 100), mas com o compromisso de um direito com coerência e integridade (STRECK, 2015, p. 117). Situação que não implica um aprisionamento ao passado e muito menos em solipsismo judicial, porque o direito é na condição de possibilidade hermenêutico-filosófica (OBARA, 2022, p. 429-432), mas, em seu plano apofântico, admitiria o procedimento dialético no jurídico, a trazer respostas temporais, sujeitas a aperfeiçoamento constante, com o que adquire capacidade para propiciar avanços dentro dos limites constitucionais e democráticos (OBARA, 2023, p. 37-38).

Assim, o Judiciário também pode e deve contribuir democraticamente, para discussão e debate, favorecendo a formação dos sentidos que vão romper barreiras de sentidos inautênticos da Constituição, viabilizando a efetividade de seu papel formador da sociedade, com os resgates sociais imprescindíveis para a concretização do novo, do fim democrático (OBARA, 2020, p. 127).

2 O PRÉ-CONCEITO CONSTITUCIONAL E A (NECESSÁRIA) RUPTURA COM A TRADIÇÃO INAUTÊNTICA: O DIREITO CONSTITUCIONAL E AS POSSIBILIDADES DE SENTIDO

O estudo do direito constitucional pode ter início com uma recusa, a recusa da definitividade, das barreiras, ao seu próprio objeto. Ou seja, na percepção da Constituição como um constante projeto, sempre em construção, rumo ao destino democrático. Os novos olhares têm a capacidade de ultrapassar o teto de sentido anterior para incrementar progressividade à Constituição. Nesse direcionamento, Canotilho (2000, p. 28) identifica o fenômeno na presença difusa do objeto do direito constitucional, ante a sua indeterminação. A imprecisão quanto ao objeto do direito constitucional é que autoriza a crítica e a ultrapassagem do velho, do senso comum, que reproduz o armazenamento de conceitos, em prol de novos sentidos. E, não raro, acontece, nesse cenário, de se

ter tido por ensinado aquilo que nunca se ensinou e se considerar aprendidas coisas jamais explicadas antes (CANOTILHO, 2000, p. 28).

A indevida manutenção do modelo antigo acontece porque, no afã de preencher respostas, a opção mais cômoda é a da repetição daquelas já construídas para um tempo e um lugar pretéritos, sem maiores questionamentos. Essa prática comum no Direito também é encontrada no constitucionalismo. É o desde-já-sempre. Ou seja, existe um senso comum teórico, que é a descrição de um objeto a partir da assunção da fala de um terceiro, que é reproduzida como se a descrição fosse do próprio intérprete. O quadro é representativo de uma crise de paradigma, na medida em que há um Estado Democrático de Direito e o entendimento do texto constitucional tem representado uma única possibilidade de sentido, independente de ser, ou não, adequada e eficaz a este sistema e a esta época. O intérprete continua preso ao criticado sentido comum teórico, reiterando a compreensão dada como se fosse originária de sua interpretação. Há a inautenticidade do sentido, pois olha o “novo”, o paradigma trazido pela Constituição de 1988, como velho, na medida em que não permite ao “novo” a visibilidade, ou seja, surgir nas suas diversas possibilidades de sentido. O óbice crítico a esse enredo, filosoficamente, está na autenticidade de sentidos da inevitabilidade do *dasein*. Para Heidegger (2004, p. 208), *sentido* “é aquilo que pode ser articulado na abertura da compreensão”, ou ainda, “é a perspectiva em função da qual é estruturado o projeto pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia. É a partir dela que algo pode ser compreendido como algo”. *Ente*, ou *ente* intramundano, por sua vez, para o filósofo, é, em geral, aquilo que é “projetado para o mundo, ou seja, para um todo de significância em cujas remissões referenciais a ocupação se consolida antecipadamente como ser-no-mundo” (HEIDEGGER, 2004, p. 208).

Na crítica jurídica à cegueira positivista, Streck (2009a, p. 290-291) afirma que o “novo” ainda não foi tornado visível, porque o jurista (ainda) trabalha/ opera na relação sujeito-objeto, com a (velha) interpretação metodológica (*Auslegung*), na perspectiva objetificante da linguagem como terceira coisa que se interpõe entre o intérprete e o objeto da compreensão. Há, pois, sustentado essa crise, o ignorar da linguagem, o obnubilamento do *dasein*, da originalidade compreensiva do homem. Nesses *standards* de racionalidade hermenêutico filosóficos, há rupturas paradigmáticas, são vencidas tanto a paralisia objetificante quanto a “certeza de si do pensamento pensante” (*Selbstgewissheit des denkenden Denken*), próprio da filosofia da consciência

(OBARA, 2020, p. 123-127). De forma que o Direito, entendido através de sua instrumentalização (dogmática jurídica), assume papel diverso a partir da viragem hermenêutica. A compreensão sobre determinado fenômeno, aqui representado pelo “novo”, para adquirir visibilidade, reclama a angústia do estranhamento (STRECK, 2009a, p. 294). Esse estranhamento suspende os pré-juízos, o que permite a inclusão da temporalidade (STRECK, 2009a, p. 292) na compreensão, determinando a substituição progressiva de juízos inautênticos por outros mais adequados àquele tempo e àquele local.

Os conceitos prévios, um dos conceitos fundamentais de Gadamer, direcionam continuamente a novos sentidos. No círculo hermenêutico, nos conceitos dos pré-juízos autênticos e inautênticos, é aberta a janela para a interpretação adequada à realidade, ao ser em seu momento histórico (GADAMER, 1999, p. 439/440). No direito não é diferente, pois os juristas devem adquirir a perspectiva crítica, a compreensão da oportunidade do florescimento do novo, de substituição progressiva das concepções, deixando o engessamento dos conceitos prévios pré-dados para a assunção de outros mais adequados.

Cabe ao intérprete, pois, sopesar os seus pré-juízos e opiniões prévias com o que o texto possa transmitir. Para Lenio Streck (2009a, p. 179):

A compreensão só alcança as suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que iniciam não são arbitrarias. Em razão desta circunstância, é importante que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, desde as opiniões prévias que lhe subjazem, senão que examine tais opiniões enquanto a sua legitimação, isto é, enquanto a sua origem e validade. Frente a todo o texto, nossa tarefa não é introduzir direta e acriticamente nossos próprios hábitos lingüísticos; contrariamente a isto, Gadamer reconhece como tarefa fundamental o conseguir a compreensão do texto apenas desde o hábito lingüístico do seu tempo ou do seu autor. Quem quer compreender um texto realiza sempre um projetar, acrescenta.

Gadamer (1999, p. 402) leciona:

A interpretação começa com conceitos prévios (pré-juízos) que serão substituídos por outros mais adequados. Justamente todo esse constante reprojeter, que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar, é que constitui o processo que Heidegger descreve. Quem procura compreender está exposto a erros de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que apenas devem ser confirmadas nas coisas, tal é a tarefa constante da compreensão.

A compreensão, os (novos) sentidos compartilhados têm no *dasein* a capacidade progressiva, de acompanhar, portanto, a linha do tempo.

O Direito, na percepção da viragem-linguística e condição de possibilidade hermenêutica filosófica, está atento aos sistemas econômicos e políticos (GOMES CANOTILHO, 2000, p. 27), mas não é mero instrumento dos mesmos (HOFFE, 2005, p. 40) ou de qualquer outro sistema que lhe seja externo. No ser, na inevitabilidade de sua atividade de interpretação, estão as normas provenientes do texto constitucional, está o constante desvelamento da Constituição (Constituir-ação), causando a ruptura com a tradição inautêntica. Dessarte, a Constituição deixa de ter um limite interpretativo alcançado para ser um caminho interminável a ser trilhado rumo ao aperfeiçoamento democrático.

3 A ULTRAPASSAGEM DA PERSPECTIVA POSITIVISTA EM FACE DE UM FIM CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO NA CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE HERMENÊUTICO-FILOSÓFICA

O paradigma criticado cria, no imaginário do jurista, a percepção de que a sua atividade como técnico, operador jurídico, é apenas reprodutiva de sentidos, quando a hermenêutico-filosófica demonstra, por meio da relação sujeito-sujeito, que os sentidos serão sempre do intérprete e que ele é produtor de sentidos. Assim, o jurídico vai além da coincidência com o texto escrito, e a Constituição pode ditar um rumo democrático (OBARA, 2020, p. 132-133).

A hermenêutico-filosófica desvela a metafísica do desejo positivista de fazer coincidir texto e norma, uma vez que o sentido é imanente ao intérprete.

Ou seja, não há significados intrínsecos ou escondidos no texto, os quais só poderiam ser descobertos pelo instrumento da interpretação. Na realidade, a hermenêutica é modo de ser, fusão de horizontes, é compreensão da facticidade de forma intersubjetiva (STRECK, 2014, p. 76-77). Desse modo, o círculo hermenêutico faz pressupor que, quando o texto legal vem ao jurista, ele já está interpretando, compreendendo, produzindo sentidos (STRECK, 2009a, p. 226).

Outro aspecto a ser refletido é o da introdução do subjetivismo no positivismo. Na medida em que vai sendo constatada a insuficiência gramatical do texto legal parece, ao positivismo, ser inevitável a inclusão do elemento moral como critério corretivo do direito. À vista disso, há uma inevitável imbricação positivista de objetivismo e subjetivismo. Ora o positivismo é rendido pela metafísica clássica pregando a objetividade da aplicação da lei e ora à metafísica moderna da filosofia da consciência. A propósito, Obara (2020, p. 124) observa:

O locus da resposta jurisdicional, da viragem linguística e da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, não está na aplicação por subsunção do fato ao texto legal, nem no desvelamento de significados escondidos no texto por meio de instrumentos de interpretação e muito menos no decisionismo despótico judicial. Os primeiros posicionamentos esbarram em óbice crítico filosófico de constituição do sentido e o segundo em um problema de justificação (validade) dos sentidos.

No início do século XX, houve a intensificação do poder do regulatório do Estado e o reconhecimento da insuficiência do modelo sintático de interpretação da codificação no combate à abertura do Direito. Streck (2014, p. 34) nota que:

Em princípio, as primeiras décadas do século XX viram crescer, de modo avassalador, o poder regulatório do Estado – que se intensificará nas décadas de 1930 e 1940 – e, também, a falência dos modelos sintático-semânticos de interpretação da codificação, que se apresentaram completamente frouxos e desgastados. O problema da indeterminação do sentido do direito aparece, então, em primeiro plano. É nesse ambiente

que aparece Hans Kelsen. Por certo, Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela jurisprudência dos conceitos. Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre – que favoreciam, sobremedida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do Direito.

O método no jurídico, desse modo, vem validar a admissão da moral e/ou a política e/ou outros elementos no Direito, revelando um imbróglgio muito complexo (DWORKIN, 2009, p. 22). Foi produzida uma gama variada de estratégias, como a analogia, a análise sistemática, a designação de entidades metafísicas como vontade da lei ou do legislador, instrumentos como princípios gerais de Direito, ideal de justiça, exigência social (DWORKIN, 2009, p. 110), entre outros, para justificar elementos extrínsecos no direito. Um exemplo marcante disso está na chamada hermenêutica metódica, em Dilthey, do final do século retrasado e início do século passado, onde há a busca de respostas universais e objetivas, por meio dos métodos interpretativos nas ciências humanas, muito próximo dos objetivos das ciências da natureza (VELEZ, 2006, p. 41). O modelo referido, ainda anterior ao da filosofia da consciência, continua sendo o comumente utilizado pela doutrina jurídica brasileira, abraçando a estagnação do descobrimento da vontade da lei para permitir a subsunção, pelo método hipotético-lógico-dedutivo, de modo a obstaculizar o objetivo constitucional e democrático, reforçando a crise do Direito, conforme observa Streck (2009a, p. 68):

O conjunto de técnicas trazidas pela expressiva maioria da doutrina tende a objetificar o Direito, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do Direito na sociedade, que faz soçobrar, com isso, a força normativa da Constituição. Isso sem falar na velha dualidade *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*, sobre a qual não é necessário desperdiçar energias

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

A concepção adotada é incompatível com métodos subsuntivos ou interpretativos para alcançar respostas jurisdicionais. A interpretação, a hermenêutica, é verdadeiramente condição de possibilidade, antecedente necessário de qualquer instrumento e produção científica, inclusive no Direito. Desde a estruturação ontológica da compreensão heideggeriana, a hermenêutica deixou de ser tida como instrumento do ser, por ser da essência do ser (STRECK, 2009a, p. 196). A interpretação perdeu seu caráter reducionista e instrumental extrator de sentidos imanentes do texto legal, como queria o positivismo primevo, onde o objetivo do jurista era de alcançar o “correto sentido” da lei, que trazia consigo a metafísica compreensiva. Inexiste, no texto legal, um sentido imanente a ser descoberto, pois não há sentidos possíveis sem o intérprete. Ou seja, diante da viragem linguística, a relação sujeito-objeto deve ser descartada, com o que a interpretação não retira o sentido da lei, do mesmo modo que não exterioriza um sentido transcendente dado por algo ou alguém (*v.g.*, espírito da lei ou vontade do legislador), passível de compartilhamento por transmissão integral do sentido do ente (OBARA, 2020, p. 125).

A interpretação como método é permissiva do fatiamento metodológico, pois tem o texto de forma objetivada. Para o positivismo, calcado na relação sujeito-objeto, há fases estanques de compreensão, interpretação e aplicação (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*). Nesse fatiamento, o positivismo aposta na obtenção de respostas *a priori*, esquecendo que, quando o intérprete pensa a respeito, já houve interpretação, normatização, aplicação (OBARA, 2020, p. 126). Portanto, o jurídico, fundado na condição de possibilidade hermenêutica filosófica, tem na interpretação uma fusão de

horizontes, em que o compreender já é, ao mesmo tempo, interpretar e aplicar, sendo, desse modo, um evento único (GADAMER, 1999, p. 460). De modo que as respostas dadas por meio dos métodos interpretativos, do fatiamento tratado, são baseadas em um fundamento vazio (STRECK, 2014, p. 412).

O positivismo defendia a aplicação do melhor método de interpretação para cada caso, com o que não se coaduna com a hermenêutico-filosófica (STRECK, 2015, p. 109/110). A linha positivista tem uma indefensável crença em um grau zero de sentidos do intérprete a permitir interpretações desvinculadas do sujeito e a validação de comparação de métodos interpretativos. Consequentemente, é inútil buscar justificativas de prevalências de métodos interpretativos, se em um determinado caso é melhor a interpretação autêntica, em outros a teleológica, a vontade da lei ou do legislador. A interpretação como método ou instrumento é incapaz de produzir o melhor sentido da lei ou de expor desejo de um ente súpereo transcendental em relação à lei. Na hermenêutico-filosófica, o desafio passa a ser de abertura, que o intérprete esteja receptivo ao que o texto tem a lhe transmitir de forma corretiva de suas opiniões prévias, formando novos e diversos pré-juízos, tendo em conta que a interpretação é condição de possibilidade e é fenomenológica (GADAMER, 1999, p. 405).

O Brasil é herdeiro da criticada visão positivista oriunda de um modelo liberal-burguês ultrapassado, preso à filosofia objetificante da linguagem, produtor de um direito que pugna pela primazia da lei e da interpretação como instrumento para buscar sentidos da lei. Comumente, há o apelo aos princípios, no plano apofântico, para buscar uma aproximação com a *práxis*, com a adoção de uma classificação distintiva de regras e princípios, atribuindo um maior grau de “subjetividade” ao segundo. Ou seja, as respostas jurídicas são inevitavelmente metafísicas, “onde os resultados, as respostas jurídicas, independem do sujeito ou, ao contrário, só dependem do sujeito” (OBARA, 2020, p. 123). No plano hermenêutico, a subjetividade, o sujeito, é indispensável para a interpretação, no pressuposto do ser-no-mundo (OBARA, 2020, p. 123). Tanto a lei quanto o princípio implicam antecipação de sentidos imanentes ao círculo hermenêutico, inviabilizando a atribuição de graus de “subjetividade”, pois há uma única subjetividade do intérprete no *dasein* (ser-aí/ser no mundo).

Os textos legais permanecem relevante para o Direito. Porém, o Direito não pode permanecer preso exclusivamente a eles, como na proposta positivista

atrelada à metafísica clássica. Da mesma forma, não pode ser desprezada qualquer relação entre palavra e significado para ser assumida uma postura solipsista, de índole metafísica moderna que acaba sendo nihilista (STEINER, 1997, p. 11). O artigo defende a recepção de um objetivo inesgotavelmente reconstrutivo da Constituição, antagônico a qualquer subjetividade arbitrária e devolvendo ao direito um solo firme, calcado, constitucionalmente, na normatividade do caso concreto (OBARA, 2020, p. 132-133).

A firmeza do solo no Direito implica reconhecer a sua autonomia. A dependência política positivista, que pode ser retratada no método interpretativo da vontade do legislador como critério para adjudicação de sentidos, do mesmo modo que a correção política, nos moldes do subjetivismo, acabou por produzir historicamente um déficit de implementação de direitos fundamentais. Então, o novo constitucionalismo, forjado no contexto histórico do século XX, ao mesmo tempo em que preserva a cooriginalidade do Direito e da política, também permite alcançar o objetivo político democrático (STRECK, 2009a, p. 74).

A construção racional humanística constitucional no Direito (dirigismo constitucional) encoraja à concretização do conteúdo constitucional democrático, obstando que o direito seja um mero instrumento político de uma odiosa e antidemocrática ditadura, ainda que composta por maiorias ocasionais, como servem de exemplos os modelos ditatoriais do período moderno (STRECK, 2009a, p. 66). É extraída disso a indeclinabilidade da autonomia, da blindagem do Direito, de modo a preservar seu conteúdo progressista e o contramajoritarismo, revelando uma tradição, no sentido gadameriano, a obstaculizar retrocessos sociais, ainda que politicamente e/ou economicamente desejáveis, sem descartar o intercâmbio dessas dimensões. A Constituição deixa de ser apenas texto legislativo para adquirir vivacidade (OBARA, 2020, p. 124-127), verdadeiramente constituir a sociedade, privilegiando o caráter ascendente do direito (OBARA, 2019, p. 222-223), atuando de forma conformadora do Direito, permitindo e tendo como bem-vindo o novo, de acordo com o desejado Estado Democrático de Direito (STRECK, 2009a, p. 72-74).

A linha assumida alça, em consequência, a outro patamar a jurisdição do modelo positivista, atado ao compromisso liberal-individualista, para uma jurisdição constitucional, intervencionista, acompanhando a mesma

perspectiva destacada da própria noção de Constituição compromissória e social. Conforme Streck (2009b, p. 73):

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

O Judiciário, nos tempos atuais, sobretudo na realidade brasileira, angaria cada vez mais compromissos democráticos, o que implica o dever de efetivação das promessas de modernidade que restaram incumpridas pelos demais poderes. Essa atuação depende de uma mudança de postura do Judiciário brasileiro e visa atender o núcleo textual constitucional dos direitos e garantias fundamentais individuais e sociais. A mudança de postura do Judiciário pregada, todavia, não pode resvalar para o solipsismo judicial, pois implicaria a abertura para que o Direito perdesse a sua blindagem contra predações externas, colocando em declínio o império do Direito, prejudicando a garantia de um caminho em prol de um futuro democrático. Do mesmo modo, não podem ser admitidas as teses formalistas e pragmatistas do Direito e da Constituição, deixando de reconhecer um conteúdo próprio fundamental apto a ser aperfeiçoado gradativamente, tendo-os como mero instrumento a serviço das outras dimensões referidas, ou, no final das contas, do poder. Contra isso, surge a Constituição como resposta para a construção do projeto estável de implementação democrática através do Direito (STRECK, 2009b, p. 72-76).

CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ainda tem muitas de suas promessas não cumpridas. Enquanto a perspectiva positivista imperar, há grande chance das promessas continuarem como tais, sem capacidade de concretização. O despertar da viragem linguística e da condição

de possibilidade hermenêutico-filosófica contribui para que o direito ganhe mobilidade, triunfando sob a perspectiva legalista do início do período moderno, bem como escuda o direito contra a insegurança da subjetividade incontrolável, da submissão do direito à moral e/ou à política.

A concepção da tripartição de poderes, na abertura do círculo hermenêutico, na tradição gadameriana, supera o limite semântico forjado na formação do Estado de direito liberal. A Constituição tem sido interpretada pela lente míope da objetificação textual. Enredo em que, apesar do decurso do tempo e das exigências de cada momento, a interpretação dada para a atuação dos poderes, desde o período iluminista, continua com o desígnio de obstar a ingerência de um poder sobre os demais. Naquela época, diversa da corrente, a divisão de poderes inflexível refletiu a consciência histórica do momento, com as peculiaridades que lhe eram exigidas, mas o atual momento histórico é diverso e exige novas significações.

As funções do Estado de Direito ganham outros percursos com o jurídico e constitucional da viragem linguística, do hermenêutico-filosófico. O contexto de perseguição de um Estado Democrático de Direito no Brasil, no momento atual, exige o reforço das responsabilidades e corresponsabilidades, em que o Judiciário tem papel fundamental na concretização constitucional. A vasta gama de direitos e garantias ostentados na Constituição encontra um caminho para a sua implementação por meio do Judiciário, segundo critérios rígidos e de forma subsidiária. De qualquer modo, o Judiciário assume um novo perfil que ultrapassa a visão limitativa dada pelo modelo positivista liberal clássico, segundo a tese central de Montesquieu.

O abandono da perspectiva positivista, do aprisionamento objetificante da linguagem, que leva ora à instrumentalidade e estagnação legalista, ora à insegurança da subjetividade dissociada do mundo, não pode tardar mais. Em seu lugar, deve ser acolhido um Direito pós-viragem linguística, atento às diferenças, à temporalidade, historicidade e ao *dasein*. Alicerce em que é vivificada a Constituição, tonificado o seu dirigismo, máxime em seu conteúdo democrático, em uma conexão com as conquistas sociais, com o conseqüente resguardo das características peculiares do Brasil, na sua condição de país em desenvolvimento, a exigir um incremento da capacidade transformadora da realidade com a melhoria das funções (poderes) do Estado de Direito, de seus órgãos e instituições.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA. O neoprivatismo no processo civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, a. VI, n. 34, mar./abr. 2005.
- BODENHEIMER, E. *Ciência do Direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Tradução: Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- BONAVIDES, P. *Política e Constituição*. Os caminhos da democracia. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- CASALINI, B. *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DAMASKA, M. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Análisis comparado del proceso legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- DWORKIN, R. *O império do Direito*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2009.
- FERRAJOLI, L. In: COSTA, P.; ZOLO, D. (org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GADAMER, H.-G. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Tradução: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.
- HEIDEGGER, M. *Ser e tempo*. Parte I. Petrópolis: Vozes, 2004.
- HÖFFE, O. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução: Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HÖFFE, O. *O que é Justiça?* Tradução: Peter Naumann. Coleção: Filosofia – 155. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- HOMMERDING, A. N. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MERRYMAN, J. H.; PÉREZ-PERDOMO, R. *A tradição da civil law*. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.
- MIRANDA, J. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1996.
- MORAIS, J. L. B. de. *As crises do Estado e da Constituição e as transformações espaciais dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

OBARA, H. M. A. A excepcionalidade Constitucional e democrática da concretização de políticas públicas pelo Judiciário no Brasil: análise da decisão que determinou o fornecimento de materiais de prevenção para servidores públicos em face da pandemia do coronavírus. In: TEIXEIRA, A. V.; JAQUES, M. D.; COPELLI, G. M. (org.). *Políticas públicas no Brasil: ensaios para uma gestão pública voltada à tutela dos direitos humanos*. Blumenau: Dom Modesto, v. 2, t. 1, 2020. 494 p.

OBARA, H. M. A. Facetas da jurisdição: da justiça greco-romana à aplicação positivista da lei. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, a. 26, n. 75, p. 197-225, set. 1999.

OBARA, H. M. A. Constituição e humanidades na contemporaneidade de um Brasil pandêmico: a necessária superação do amálgama metafísico religioso, ufânico nacionalista e egoístico capitalista. *Revista de Direito Brasileira RDB*, Florianópolis, a. 12, v. 32, 2022.

OBARA, H. M. A. Antidiscriminação e humanidade: Considerações filosóficas e jurídicas. In: OBARA, H. M. A. (org.). *Escola da Ajuris no enfrentamento da discriminação* (recurso eletrônico). Porto Alegre: Fundação Fênix, 2023.

OLIVEIRA, M. A. de. *Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

SILVA DE SOUZA, M. L. *Gestão da saúde pública no Brasil: controle social, intervenção judicial e propostas de harmonização*. Blumenau: Dom Modesto, 2020.

STEIN, E. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijuí, 2002.

STEINER, G. *Pasión intacta*. Santafé de Bogotá: Ediciones Siruela, 1997.

STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

STRECK, L. L. *Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude positivista?* Artigo: Novos Estudos jurídicos. Disponível em: www.univali.br/periódicos.

STRECK, L. L. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, jan./jun. 2009b.

STRECK, L. L. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, L. L. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VÉLEZ, J. C. B. *Hermenêutica analógica: paradigma del pensar latinoamericano*. Contextos de la Hermenéutica Analógica. Ricardo Blanco Beledo (compilador). 1. ed. México: Editorial Torres Asociados, 2006.

VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional*. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZOLO, D. *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Submissão em: 14.10.2020

Avaliado em: 09.11.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 02.07.2021 (Avaliador B)

Avaliado em: 02.07.2021 (Avaliador C)

Aceito em: 29.10.2024

