

AS RELAÇÕES DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA COM A PROTEÇÃO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS: UMA APROXIMAÇÃO HERMENÊUTICA IMPRESCINDÍVEL PARA O SÉCULO XXI

THE RELATIONS OF LEGAL INTERPRETATION WITH THE PROTECTION OF CONSTITUTIONAL FUNDAMENTAL PRINCIPLES: AN INDISPENSABLE HERMENEUTIC APPROACH FOR THE 21ST CENTURY

Edson Vieira da Silva Filho¹

Professor Adjunto e Professor do PPGD (FDSM, Pouso Alegre/MG, Brasil)

Marcela Modesto Fermino²

Doutoranda em Educação, Conhecimento e Sociedade (UNIVÁS, Pouso Alegre/MG, Brasil).

ÁREA(S): constitucionalismo; democracia.

RESUMO: A interpretação jurídica, os limites do julgador e o papel dos princípios fundamentais dentro do ordenamento jurídico são alvos de discussão no âmbito prático e acadêmico do direito. Objetiva-se, neste trabalho, traçar uma historicidade dos

principais movimentos relacionados à interpretação e que exerceram/ainda exercem influência no direito até os dias atuais, apresentando o Constitucionalismo Contemporâneo como uma perspectiva válida e essencial para a proteção dos princípios constitucionais, assim como os direitos fundamentais dentro de um Estado Democrático de Direito. A metodologia

¹ Doutor em Direito pela UNESA. Membro do Núcleo Docente Estruturante. Presidente da Fundação Sul Mineira de Ensino. *E-mail:* edsonfdsm@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2225289002355092>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3997-641X>.

² Mestra em Direito com ênfase em Constitucionalismo e Democracia (FDSM, Pouso Alegre/MG, Brasil). Bolsista FAPEMIG no Programa de Pós-Graduação em Educação, Conhecimento e Sociedade da Universidade do Vale do Sapucaí - UNIVÁS (Doutorado). *E-mail:* marcela.modesto97@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9590234192303521>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2108-1458>.

de pesquisa utilizada é a bibliográfica, tendo como base principal a hermenêutica jurídica de Lênio Streck em suas diversas obras, perpassando pela obra de Rafael Simioni ao se tratar do positivismo clássico, neopositivismo lógico e pós-positivismo, e Hans Kelsen sobre a Teoria Pura do Direito. Trabalhar as formas de interpretação é compreender a democracia como um ente a ser zelado pelos juristas, devendo sempre ceder atenção às principais problemáticas que podem ser encontradas e/ou desenvolvidas nas maneiras equivocadas de compreensão da legislação.

ABSTRACT: *Legal interpretation, the limits of the judge and the role of fundamental principles within the legal system are targets of discussion in the practical and academic sphere of law. This paper aims to trace the history of the main movements related to interpretation and that have exercised/are still exercising influence on law to this day, presenting Contemporary Constitutionalism as a valid and essential perspective for the protection of constitutional principles, as well as fundamental rights within a Democratic State of Law. The research methodology used is bibliographic, having as its main basis the legal hermeneutics of Lênio Streck in his various works, passing through the work of Rafael Simioni when dealing with classical positivism, logical neopositivism and post-positivism, and Hans Kelsen on the Pure Theory of Law. To work on the forms of interpretation is to understand democracy as an entity to be cared for by jurists and should always give attention to the main problems that can be found and/or developed in the mistaken ways of understanding legislation.*

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo contemporâneo; escola de exegese; interpretação jurídica; ponderação de princípios; teoria pura do Direito.

KEYWORDS: *contemporary constitutionalism; school of exegesis; legal interpretation; weighting of principles; pure theory of law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Escola de exegese: a pureza original; 2 Do verbo à ciência: a pureza do direito; 3 A quebra do paradigma positivista com a chegada do constitucionalismo contemporâneo; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 School of exegesis: the original purity; 2 From verb to science: the purity of law; 3 The breakdown of the positivist paradigm with the arrival of contemporary constitutionalism; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

O desvelar da interpretação jurídica é uma questão que intriga juristas, principalmente desde quando se há registros da lei codificada. Afinal, com um Estado estruturado em uma tripartição de poderes, como conferir a função de cada um deles para garantir

os pressupostos modernos de liberdade, fraternidade e igualdade? É a partir dessa premissa que a Escola de Exegese elabora, no século XIX, uma teoria, chamada de positivismo clássico, que influencia o direito até hoje, e, por essa razão, é necessário compreendê-la.

O direito na Europa medieval possuía a característica de ser consuetudinário; ou seja, apesar da existência de cartas de recomendação legislativas referentes aos atos e às práticas jurídicas, os costumes e a cultura da época e de cada região tinham força de norma. O fato de ser consuetudinário não significa, no entanto, que a sua manifestação ocorria por mera aplicação dos costumes. Fundamentado no Direito Romano, e posteriormente no Direito Canônico, os costumes eram levados em consideração no momento do julgador proferir a sua decisão. Dado ao fato de que no medievo a religião era a principal manifestação de poder, a regulamentação e o controle social pelo direito não era o foco das instâncias de controle. No entanto, com os movimentos iluministas e racionalistas, o homem se torna o centro da razão, e a negação do passado histórico se torna necessária para a imposição de novas articulações de Estado.

Havendo como marco temporal a queda da Bastilha durante a Revolução Francesa, essa pretensão de romper com o passado histórico emergiu a importância de uma nova forma de controle social. A burguesia, que antes já possuía a centralização do poder econômico, almejava a detenção também do poder político, e, para tanto, utilizou-se do direito como instância de controle, por meio da codificação das normas. Assim, os costumes regionais já não possuem mais força normativa, e direito se tornou sinônimo de lei.

Diante da necessidade de aumentar e/ou manter o controle social com a expansão do liberalismo pela Europa, o direito não mais é consuetudinário, tornando-se codificado, para, dessa forma, facilitar que o Código Napoleônico (que, por sua vez, tentou prever as mais diversas situações jurídicas) fosse aplicado de forma unânime em todo o território conquistado. Entretanto, com isso, surgiu o questionamento de como seria a interpretação da lei pelos juízes, visto que a racionalidade do legislador já parecia o suficiente para dar prosseguimento para esse projeto de poder.

Como é uma missão dificultosa se esvaír completamente de um paradigma tão arraigado como era o modelo de controle da Igreja Católica, intencionalmente ou não, definiu-se que o juiz não poderia interpretar – tal qual o homem não poderia interpretar a palavra de Deus, *o verbo*, não é

permitido ao julgador interpretar a letra da lei. É assim que se inicia a pesquisa deste trabalho: com a proibição de interpretar. Somente o legislador detinha racionalidade suficiente para elaborar uma legislação, e foi nesse molde que a manutenção do direito ocorreu.

A mudança efetiva veio somente no início do século XX, com Hans Kelsen. Isso não significa que outras teorias, assim como outros autores, não surgiram ou não tiveram sua parcela de influência na teoria do direito, considerando outras escolas e movimentos que influíram na forma de entender a interpretar o direito, como o Movimento do Direito Livre, a Escola Histórica, Jurisprudência dos Conceitos, Jurisprudência dos Interesses, Movimentos do Direito Vivo e do Direito Alternativo. Porém, é com Kelsen que ocorreu uma transformação significativa no compreender o direito, além de ter sido aceito pela academia jurídica: agora, o juiz pode interpretar, e até criar direito, contrariando quase que totalmente a ideia da Escola Exegética.

Apesar da nova função do julgador – agora, intérprete – em dar uma significação moral à lei (que, ao ser interpretada, torna-se uma norma), ainda existem limites, ilustrado pelo autor como uma moldura que contém diversas possibilidades de aplicação e o juiz deve optar por aquela que acreditar ser a mais correta entre tantas, igualmente corretas. O problema está no fato de que, para que se chegue ao resultado ideal, Kelsen estipulou uma fórmula para a interpretação do direito, dando sentido ao seu enquadramento no neopositivismo lógico.

Pode-se inferir que houve uma melhora significativa na questão do interpretar; afinal, o juiz passou de uma boca inanimada da lei (conforme Montesquieu) para o responsável em dar uma interpretação norma. O problema foi a maneira que Kelsen elaborou sua teoria, pois, ao tratar as ciências humanas puramente como se trata as ciências exatas, ao mero toque de realidade o significado de toda uma obra pode cair por terra. Não se deve tratar questões de direito como se trata questões das ciências exatas.

É a partir desse raciocínio que se propará que o Constitucionalismo Contemporâneo, dentro da Teoria Crítica do Direito de Lênio Streck, é uma proposta sofisticada para ser aplicada no direito brasileiro, no que se entende de interpretação jurídica e proteção dos princípios constitucionais. Essa teoria, inclusive, vai de encontro à forma de interpretar atual dos ministros do

STF, que, utilizando a ponderação de Robert Alexy, acaba por relativizar os princípios constitucionais.

Sendo assim, neste trabalho, utiliza-se da metodologia de pesquisa bibliográfica, objetivando tratar dos principais movimentos que influenciaram a interpretação jurídica desde o advento da modernidade até a contemporaneidade. Faz-se importante ressaltar que não se procura realizar um Estado da Arte, tampouco apresentar a hermenêutica jurídica em sua totalidade, mas apenas apresentar as perspectivas possíveis em contraponto com uma realidade que está mais afinada com os direitos fundamentais e a Constituição brasileira de 1988.

1 ESCOLA DE EXEGESE: A PUREZA ORIGINAL

O ser humano está fadado a interpretar e a atribuir sentido ao que o circunda. Desde que se há registros da humanidade, observa-se que o homem busca se encaixar no mundo, e esse fato foi evidenciado no âmbito da filosofia: “A filosofia sempre procurou esse olhar que desvendasse o que as coisas são³”. No entanto, a partir do momento em que existe a interpretação, corre-se o risco da aplicação passional da pessoalidade, o que evidencia a necessidade de avaliar tudo o que circunda determinado fato social (e jurídico):

A matéria-prima das “ciências sociais”, assim, são eventos com determinações complicadas e que podem ocorrer em ambientes diferenciados tendo, por causa disso, a possibilidade de mudar seu significado de acordo com o ator, as relações existentes num dado momento e, ainda, com a sua posição numa cadeia de eventos anteriores e posteriores.⁴

Há uma barreira na construção de respostas que serão impostas a terceiros, dentro de um jogo com regras flexibilizadas. O sujeito, dentro de seus parâmetros pessoais, desenha respostas que lhe parecem construídas a partir de boas escolhas, e consolidadas com bons argumentos, surgindo a figura

³ STRECK, L. L. *O que é isto - Decido conforme a minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 11.

⁴ DAMATTA, R. *Relativizando: uma introdução à antropologia social*. Rio de Janeiro: Rocco, 2010. p. 20-21.

do sujeito solipsista: aquele que basta a si próprio, de forma a representar o indivíduo que é viciado em si mesmo⁵. Dessa forma, há a imposição aos outros.

A problemática se encontra especialmente quando dentro concerne das decisões judiciais, em que as respostas são impostas a terceiros, tendo em vista a dificuldade do intérprete em realizar essa distinção entre limite de uma interpretação constitucionalmente adequada e uma decisão subjetiva de sua consciência. “No campo do direito, tais questões [da linguagem e sua aplicação no mundo concreto] permaneceram difusas – e essa é uma questão ainda não superada pelos juristas – em um misto de objetivismo e subjetivismo”⁶. Não é por outra razão que o direito tem como um de seus objetivos oferecer condições de decidibilidade a questões fáticas normativamente compreendidas.

O que se pretende demonstrar, principalmente, são as influências do positivismo moderno na construção jurídica ocidental na modernidade, entre a aposta na neutralidade e a certeza (velada) do decisionismo até os dias atuais no espaço do constitucionalismo brasileiro, e como isso influi negativamente na maneira de interpretar dos juristas, com destaque às problemáticas geradas na esfera do sistema penal. É por isso que se inicia a exposição pela Escola de Exegese, por ser a primeira de viés positivista, além do fato de que ainda há resquícios dela.

[...] é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (in) determinabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância

⁵ STRECK, L. L. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017. p. 273.

⁶ STRECK, L. L. *O que é isto – Decido conforme a minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 12.

ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil [...].⁷

O pensamento exegético, apostando na verdade trazida pelo ordenamento jurídico racionalmente construído⁸, buscava o rompimento com o medievo e com a origem transcendental da ordem nele constituída; para tanto, necessitava-se, em primeira demanda, deixar o divino⁹ para trás e conceder um olhar para o novo. O movimento iluminista recebeu de braços abertos a razão, que, nesse momento, era o novo deus: “Nesse contexto, portanto, era imprescindível uma concepção de direito não histórica, quer dizer, um direito que orientasse as decisões somente para aquilo que era fruto da razão do próprio iluminismo”¹⁰. Essa razão iluminista possuía uma característica quase transcendental que daria conta de resolver todas as pendências de maneira autônoma, sem precisar de um intérprete e sem se sujeitar nas constituições ideológicas do puro e perene, de forma a garantir nova estabilidade proposta pelas promessas da modernidade.

Pode-se afirmar que a possibilidade mais viável encontrada pelos franceses foi a criação de códigos. Daí surgem os códigos napoleônicos, que se apresentam como a positivação da razão¹¹ e tinham a pretensão de duração milenar – retrato fiel do que se espera de uma sociedade estática. Com isso, ao menos em um primeiro momento, sanam-se os problemas da multijurisdicionalidade e da insegurança jurídica; a partir da promulgação do *Code Civil*, há a concretização legislativa da *volonté générale*¹².

⁷ STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58.

⁸ “No entanto, a gestão reconstrutiva dos excessos e dos défices da modernidade não pôde ser realizada apenas pela ciência. Necessitou uma participação subordinada, mas central, do direito moderno. Uma participação que, como já referi, foi subordinada, dado que a racionalidade moral-prática do direito, para ser eficaz, teve de se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência ou ser isomórfica dela.” (SANTOS, B. de S. *Para um novo senso comum: a ciência, o Direito e a política na transição paradigmática*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 52)

⁹ Neste sentido, o divino não é algo que se remete a um Deus ou a uma religião, mas sim a esfera transcendental validada ontologicamente.

¹⁰ SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 30.

¹¹ HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Lisboa: Almedina, 2003. p. 377.

¹² *Ibidem*, p. 378.

Esta unificação das leis, ao contrário do que pode parecer, de forma alguma simplifica o direito. A ideia de uma nova ótica de compreensão à aplicação jurídica é complexa e muito bem fundamentada nos sentidos político, cultural e filosófico, tanto que até em interpretações contemporâneas se encontram resquícios desta, como ocorre no direito penal e tributário¹³. A preservação dessa nova roupagem para a compreensão do direito depende do afastamento do mundo concreto. Daí surgem as dualidades próprias da modernidade e que assolam o direito, rompendo fortemente com o concreto, em busca de idealidades, generalizações universalizantes que fraturam a compreensão jurídica em duas instâncias – questão de fato e questão de direito –, cabendo ao direito, idealmente proposto, corrigir o mundo imperfeito, inclusive Castanheira Neves¹⁴ apresenta uma distinção entre questão de fato e questão de direito¹⁵.

Se o texto é pleno, claro, completo e atemporal, qualquer tentativa de interpretar o óbvio pode corrompê-lo. A lei não pode nem deve ser interpretada, e sim somente reproduzida em sua obviedade, e havia, portanto, uma proibição em interpretar o texto da lei¹⁶. Com isso, “os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”¹⁷.

Definiu-se, portanto, que cabia ao julgador, na esfera da interpretação, somente analisar em qual dos ditames dos códigos se encaixaria melhor no caso concreto em questão. A subsunção¹⁸ ganha espaços fortemente sustentados

¹³ SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 42.

¹⁴ NEVES, C. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. 1. ed. reimp. Edifício Coimbra Editora, v. 1º, 2010.

¹⁵ “Uma vez, todavia, que através de uma marcada intenção teleológico-normativa se proclamou a autonomia metodológica da conceitualização jurídica, logo se veio a negar, por um lado, a estrita dependência ou identidade significativa entre os conceitos de domínios não-jurídicos e os conceitos jurídicos que se exprimissem embora pelos mesmos termos; [...]” (NEVES, C. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. 1. ed. reimp. Edifício Coimbra Editora, v. 1º, 2010. p. 488)

¹⁶ SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 39.

¹⁷ MONTESQUIEU, C. de. *O espírito das leis*. Tradução. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, p. 193-194.

¹⁸ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia de direito*. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 219.

pela ideia da plenitude de um ordenamento perfeito, destinado a dar conta de tudo: são inaceitáveis lacunas, antinomias e contradições. Da razão plena só pode nascer um ordenamento pleno – questionar a lei é questionar a razão, interpretar a lei é interpretar a razão, abrir os sentidos do direito é pôr em cheque a razão sobre a qual se estrutura um projeto político que seria imorredouro¹⁹. Ou seja, a interpretação se restringia à letra da lei. Pergunta-se: e quando a situação em julgamento não se encaixava em nenhuma previsão legal? Para a Escola Exegética, se não há especificação no código, não é assunto jurídico, ignorando tudo aquilo que não está previsto, pois, mesmo que exista o direito natural, ele é irrelevante se não incorporado à lei²⁰.

O papel do legislador, entretanto, era mais delicado quanto à parte interpretativa. Ao criar os dispositivos legais, era preciso observar uma interpretação sobre a razão, “através da mesma combinação de um objetivismo hermenêutico com uma dedução lógica do sentido da sua vontade”²¹, dentro dos moldes cientificistas de compreensão da realidade na modernidade, na contínua busca de aprisionamento das coisas e seus sentidos em grandes sínteses universalizantes.

Os tribunais deveriam recorrer aos legisladores sempre que surgisse a necessidade em interpretar uma lei²², para que eles pudessem reproduzir qual o real sentido da legislação para que pudesse ser realizada a decisão judicial. Além disso, é somente pela via legislativa que as grandes mudanças políticas do final do século XVIII e início do século XIX poderiam ser institucionalizadas²³.

Tais premissas poderiam mostrar-se como perdidas em seu tempo se não fosse possível senti-las em nosso ordenamento, repetindo-se como parâmetros gerais de compreensão, afastando-se do que se espera e se propõe no(s) neopositivismo(s), negando aos princípios seu novo papel dentro do constitucionalismo contemporâneo brasileiro. Ao realizar um paralelo ao ordenamento jurídico atual, não é por outra razão que ainda se reproduz na

¹⁹ Ibidem, p. 64.

²⁰ Ibidem, p. 85.

²¹ SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 41.

²² HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Lisboa: Almedina, 2003. p. 379.

²³ Ibidem, p. 381.

LINDB o que se reproduz no mesmo art. 4º da LICC relacionado aos princípios gerais de direito²⁴.

A argumentação²⁵, sua vez, era simplificada, como no exemplo trazido por Simioni: “A solução é x porque o art. x da lei x diz que a solução é x e não outra”²⁶. Não havia, portanto, resquício algum de sofisticação nas argumentações jurídicas das lides. É equivocado, porém, acreditar que essa técnica é vaga; pelo contrário, pois, apesar de sua simplicidade, possui um alto grau de convencimento. Isso porque a própria fundamentação teórica da Escola de Exegese tomou a cautela de fundamentar previamente o direito em bases da política e da filosofia jusnaturalistas do Iluminismo²⁷.

É perfeitamente coerente com os postulados fundamentais da escola de exegese: se o único direito é aquele contido na lei, compreendida como manifestação escrita da vontade do Estado, torna-se então natural conceber a interpretação do direito como a *busca da vontade do legislador* naqueles casos (obscuridade ou lacuna na lei) nos quais ela não deflui imediatamente do próprio texto legislativo, e todas as técnicas hermenêuticas [...] são empregadas para atingir tal propósito.²⁸

As críticas ligadas à argumentação exegética surgem no momento em que os legisladores, apesar de possuírem a tarefa de serem porta-voz do povo, começaram a utilizar de uma linguagem muito distante daquela que seria compreendida pela população em geral, e, como já dito anteriormente, as grandes mudanças inovadoras só poderiam vir do Legislativo, o que significa

²⁴ O texto em questão é o seguinte: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

²⁵ A palavra argumentação aqui deve ser compreendida como a constituição dos fundamentos da decisão, e não está relacionada ao método de Alexy em sua teoria da argumentação.

²⁶ SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 43.

²⁷ Ibidem, p. 43.

²⁸ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia de direito*. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 87.

que dependia da vontade exclusivamente deles também²⁹. Por fim, relacionado à decisão, em um contexto teórico, divide-se a mesma em premissa maior, premissa menor e conclusão. A primeira é a lei; a segunda é a narração dos fatos em questão; e a conclusão é a pura aplicação da lei no caso concreto³⁰.

Questiona-se, portanto: é possível aplicar a legislação sem interpretá-la? Essa premissa pode até ser uma boa ideia, mas é uma prática inviável. A exegese surge, dessa forma, como uma primeira tentativa de contenção do sujeito decisionista. O caminho da aplicação, em um primeiro momento, afasta a interpretação já como prenúncio das pessoalidades do decisor e de suas idiosincrasias, levando-o a um processo decisionista. Entre o verbo³¹ e a razão, o sujeito se encontra em uma incessante busca pela neutralidade, pela pureza interpretativa.

Faz-se necessário apresentar as aproximações entre o verbo e a exegese, pois o Direito reproduz os modelos religiosos³² ao afastar o homem da possibilidade interpretativa: não se interpreta a vontade dos deuses; não se interpreta o Direito. É daí que emerge o conceito de juiz como boca inanimada da lei, a vontade e o espírito da lei. No princípio, contudo, era o verbo: o verbo pleno, antes e acima de tudo, no princípio agora e sempre. O verbo (codificação do Direito) é um abrigo que conduz ao modelo exegético, tão seguro quanto o verbo, mas não ontológico. Assim, o intérprete é transformado em uma ferramenta de reprodução do verbo/direito, e talvez a maior tentativa de contenção da moral subjetiva feita pelo direito.

²⁹ HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Lisboa: Almedina, 2003. p. 382.

³⁰ SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 45.

³¹ O “verbo” é aqui compreendido como a palavra de Deus, em uma perspectiva metafórica: o homem não pode interpretar a palavra de um deus, pois ela possui sentido em si mesma; da mesma forma, o juiz não pode interpretar a lei, pois ela já possui seu próprio sentido. Assim, surge o juiz boca da lei como resposta à arbitrariedade oriunda do medievo. Ver: SILVA FILHO, E. V. da; COSTA, D. L. dos S. A questão do bem: do bom ao justo. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 13, n. 31, p. 255-281, set./dez. 2018.

³² “Cada vez mais prestigiada culturalmente, pelo seu domínio quase exclusivo da cultura escrita, e prosseguindo uma política – embora hesitante e cheia de concessões –, a Igreja tende a hegemonizar os mecanismos políticos e jurídicos, procurando impô-los aos reis e tutelar as organizações políticas periféricas (cidades e comunidades locais).” (HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Lisboa: Almedina, 2003. p. 139-140)

No período anterior às codificações, o direito era consuetudinário e variava, de região para região, conforme a cultura, os costumes, a classe econômica etc.; isso gerava uma multijurisdicionalidade, o que acarretava o problema da insegurança jurídica, pois, em cada localidade diferente, os juízes poderiam resolver casos semelhantes de maneira completamente diferente, o que causava, além da insegurança, uma fragilidade do sistema jurídico, o que refletia nas dinâmicas de poder do Estado. Buscou-se, contudo, um rompimento com esse sistema após a Revolução Francesa, e emergiu rapidamente a urgência em realizar mudanças.

De que maneira, então, poderia se resolver o problema de uma sociedade fragmentada, cuja população possuía as mais diversas características? Qual a melhor forma de romper com o passado se cada camada social tinha sua própria jurisdição e, conseqüentemente, estratos sociais distintos não firmavam relações jurídicas entre si?³³ O que se procurava era uma proposta de unificação da sociedade, a fim de conseguir cumprir os objetivos de promover a liberdade, a igualdade e a fraternidade bradadas durante a Revolução. O direito, nascido do canônico, é o fio condutor dessa unificação – referencial temporal e local, tanto que, nos tempos apostólicos, esperava-se que a Igreja conseguisse resolver seus problemas (internos e com os crentes) sob também três pilares: a palavra de Deus, os ensinamentos de Cristo e as exigências do amor fraternal³⁴.

O início disso se dava em uma característica específica: a desconexão do direito com o passado histórico, o que vem a ser a primeira justificativa da criação da Escola de Exegese, que surgiu na França, e, como o próprio nome indica, impõe uma interpretação minuciosa sobre um Código³⁵. “Toda argumentação jurídica deve tributar seus méritos aos Códigos, que passam a possuir, desse momento em diante, a estatura de verdadeiros ‘textos sagrados’”³⁶.

³³ SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 32.

³⁴ HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Lisboa: Almedina, 2003. p. 139-139.

³⁵ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia de Direito*. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 78.

³⁶ STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

Neste sentido, é relevante observar as narrativas que, na época, justificavam a escola exegética. Para tanto, Bobbio³⁷ explica que o surgimento da Escola de Exegese pode ser dividido em cinco pontos: o primeiro é relacionado à codificação, que, para além do que já foi exposto, assume que os operadores do direito sempre buscam o caminho mais rápido para a solução das controvérsias (se não todas, pelo menos as principais). Assim, nada melhor do que um código de leis que sirva para encurtar ainda mais o caminho da decisão judicial.

O segundo motivo se dá pelo chamado *princípio da autoridade*, em que os legisladores buscaram um meio de impor a sua vontade nas normas jurídicas. Dessa forma, não se permitia uma margem ao entendimento do julgador nas lides, transformando o juiz na figura da boca da lei. Neutralizou-se a razão, que, por sua vez, estava nas vontades do legislador e houve a exclusão da interpretação do juiz.

A terceira razão para o advento da Escola de Exegese está baseada na doutrina da separação dos poderes³⁸, em que, caso um membro do Judiciário tente criar alguma lei, seria uma interferência no Legislativo. Vale observar que até hoje se encontram argumentos neste viés vindos de juristas como solução para frear os casos de ativismos judiciais, tamanha é a solidez das premissas do conceito exegético.

O quarto fator diz respeito à segurança jurídica, revestido pelo *princípio da certeza do direito*, o que pode ser compreendido pela dogmática jurídica como um desdobramento da dogmática religiosa. Aqui, entende-se que o sujeito, ao pertencer a uma sociedade em que a legislação é imutável, possui plena consciência das consequências de suas atitudes, outro ponto que é muito forte, e que inclusive há uma disposição muito semelhante no art. 3º da LINDB³⁹. Na época, a codificação foi considerada um estágio do pleno desenvolvimento do direito.

³⁷ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia de Direito*. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 79 e ss.

³⁸ MONTESQUIEU, C. de. *O espírito das leis*. Tradução. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello.

³⁹ O texto em questão é o seguinte: “Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Por fim, o quinto ponto advém de uma natureza política – a representação deste se dá pela pressão do regime napoleônico sobre os cursos de direito, com a exigência de que se fosse lecionado somente o direito positivo dentro de salas de aula, e que “se deixassem de lado as teorias gerais do direito e as concepções jusnaturalistas”⁴⁰.

A maior das críticas que se pode traçar acerca da Escola de Exegese não é sobre ela enquanto aplicada em seu momento histórico – fato que, talvez, realmente tenha sido a melhor proposta de acordo com as premissas do Iluminismo. O que se critica é sobre este estilo de interpretação ainda estar presente (ou mostrar resquícios) nos dias atuais, como, por exemplo, na justificativa de segurança jurídica e na simplicidade das súmulas vinculantes⁴¹, que, apesar de não estar presente somente nelas, há uma aceitação oficial de um caminho quase exegético.

Neste sentido, trabalhar as escolas positivistas como caminho até a hermenêutica do constitucionalismo contemporâneo se torna relevante. Não há, portanto, uma direção diferente a ser seguida do que aquela que passa pela pureza do direito kelseniana, antes de cruzar a linha de chegada do constitucionalismo contemporâneo brasileiro.

2 DO VERBO À CIÊNCIA: A PUREZA DO DIREITO

Ao contrário da Escola de Exegese, nesta fase a questão do interpretar se torna importante matéria dos juristas do início do século XX, não deixando de lado, entretanto, as fortes raízes no positivismo. O juiz deixa de ser a boca inanimada da lei e toma novas funções dentro dos processos: agora a interpretação é necessária, mas com um alcance muito bem delimitado. Porém, há duas grandes questões: qual seria este limite do julgador no momento de interpretar e como impor esses limites e ele? Hans Kelsen apresenta, em sua Teoria Pura do Direito, concepções que buscam explicar e responder a essa pergunta, de forma a assumir que há, na interpretação jurídica, uma margem de discricionariedade.

⁴⁰ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia de direito*. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 81.

⁴¹ SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 48.

Não se pode falar sobre Kelsen sem expor sobre a sua obra que trata da pureza do direito⁴², que, já no início do século XX, preocupa-se com o pandectismo a seu máximo aperfeiçoamento⁴³, em que o jurista busca retirar da ciência jurídica todos os elementos que lhe são estranhos, garantindo um conhecimento voltado especificamente e somente ao Direito⁴⁴, o que “implica transformar o objeto de estudo da ciência jurídica em um objeto lógico e a ciência que o estuda, obviamente, em uma disciplina formal”⁴⁵.

Desse modo, a interpretação jurídica deveria se tratar puramente da Ciência do Direito, não do Direito⁴⁶, de forma a não considerar outras matérias, como sociologia, economia e filosofia. Daí o nome Teoria Pura do Direito. Os limites devem se restringir à norma, e o autor, inclusive, criou uma fórmula muito parecida com matemática na tentativa de padronizar (dessa forma, limitando) a interpretação dos julgadores da época, como, por exemplo, quando ele trata sobre a validade da norma:

A Lógica diz que numa oposição contraditória de afirmações, quando uma delas é verdadeira e outra é inverídica. Cada uma das duas pode ser verdadeira e cada uma das duas pode ser falsa. Mas uma delas, uma ou outra, deve ser verdadeira; e nesse caso, a outra deve ser falsa. Ponha-se o valor da verdade em lugar do valor da validade, e fica logo patente a distinção de que na relação entre ambas as normas são normas válidas; mas a questão consiste em qual das duas normas perde a validade⁴⁷.

⁴² KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁴³ FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

⁴⁴ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 1.

⁴⁵ COFRÉ, J. O. Kelsen, el formalismo y el “circulo de Viena”. *Revista de Derecho*, v. VI, p. 29-37, dec. 1995. Tradução livre de: “*Esto implica transformar el objeto de estudio de la ciencia jurídica en un objeto lógico y a la ciencia que lo estudia, obviamente, en una disciplina formal*”.

⁴⁶ STRECK, L. L. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017. p. 17.

⁴⁷ KELSEN, H.; KLUG, U. *Normas jurídicas e análise lógica*. Tradução: Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 42.

Kelsen não criou essa teoria por acaso: participante do Círculo de Viena, a preocupação estava em desenvolver uma análise metódica do direito utilizando recursos linguísticos, em um sistema baseado na reprodução de seu objeto⁴⁸, sendo a filosofia da linguagem e o neopositivismo lógico uma questão trabalhada desde o século XX pelo grupo, e a polissemia das palavras um problema⁴⁹. “Uma ciência, portanto, linguístico-normativa, que procura explicar o sentido das proposições jurídicas e as relações lógico-sintáticas que elas estabelecem umas com as outras⁵⁰”.

Buscando, então, afastar as possibilidades de discricionariedade do juiz, Kelsen busca, na linguagem, um elemento de travamento a partir de um conceito de precisão da linguagem científica. Assim, o neopositivismo lógico trabalhado por Kelsen utiliza a questão lógica no plano da sintaxe linguística, da primeira fase deste mesmo neopositivismo lógico, que foi baseada na investigação das relações lógicas entre símbolos linguísticos⁵¹. Deixa-se de considerar no campo da interpretação do jurista somente a sintaxe⁵² – ou seja, a palavra crua da lei, na ótica exegética – e cria uma margem interpretativa, com novas preocupações: “Espaço de movimentação é derivado, exatamente, do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico”⁵³.

Este é um dos principais contrapontos à Escola de Exegese, que, em uma perspectiva do positivismo clássico, preocupava-se somente com a questão da sintaxe. A análise da semiótica, no entanto, surgiu no início do século XX, o que, por óbvio, não poderia ser levada em consideração na época da criação da Escola Exegética, que foi instaurada no fim do século XVIII. Essa divisão foi

⁴⁸ ROCHA, L. S. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 21.

⁴⁹ STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

⁵⁰ SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 145.

⁵¹ SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 154.

⁵² “A sintaxe possui como objeto a estrutura formal da linguagem (dos signos para alguns), por meio da análise lógico-linguística.” (ROCHA, L. S. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 21)

⁵³ STRECK, L. L. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017. p. 17.

criada por Rudolf Carnap e é classificada em três partes: sintaxe, semântica e pragmática⁵⁴.

Houve, portanto, ainda no âmbito da semiologia, uma prioridade (em relação aos esforços teóricos) em abranger as dimensões semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos, enquanto a pragmática restou para a discricionariedade do intérprete, abandonando o positivismo exegético, mas esquecendo do principal problema do direito, que é o nível da aplicação da lei – o que gerou na contemporaneidade a ideia da interpretação pura da lei⁵⁵. Kelsen se preocupa em criar, portanto, dois métodos de interpretação: a interpretação como ato de conhecimento e a interpretação como ato de vontade⁵⁶, e é pela cisão de ambas que se dá uma interpretação jurídica.

A interpretação como ato de conhecimento, conforme Kelsen, trata-se de um problema da política do direito⁵⁷, acerca das normas produzidas pelas autoridades jurídicas, descrita no plano de uma metalinguagem⁵⁸. A base da discussão hermenêutica do autor é composta pelos pressupostos de que, a partir do momento em que um órgão se pronuncia sobre o conteúdo de uma norma, seu enunciado é vinculante, a exemplo de um juiz que concede o sentido de uma lei no processo de avaliação⁵⁹. Trazendo para os tempos atuais, a interpretação como ato de conhecimento pode ser compreendida como as decisões judiciais do STF, que, em ato político, criam normas em conformidade com o caso que está sendo alvo da lide. Esta é uma das críticas à Teoria Pura do Direito, que, apesar de visar acabar com a discricionariedade, abre espaço para ela nessa concepção.

Neste sentido, a questão da normatividade se apresenta nos campos do *ser* e do *dever ser*: “A norma é um dever ser, o ato, cujo sentido ela representa,

⁵⁴ ROCHA, L. S. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 23.

⁵⁵ STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

⁵⁶ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 392 e ss.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 393.

⁵⁸ STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

⁵⁹ FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 263.

assim como o procedimento de fato, que a ela corresponde, é um ser⁶⁰. Além disso, é determinado que a diferença entre a criação da norma feita pelo legislador e pelo juiz se resguarda no campo quantitativo e qualitativo, sendo a vinculação do primeiro mais reduzida que a do segundo⁶¹. Aqui, entende-se que, a partir do momento em que uma norma é criada, seja no âmbito do Legislativo ou do Judiciário, ela passa a pertencer ao campo do dever ser.

Por sua vez, a interpretação como ato de vontade diz respeito ao momento em que o intérprete possui um espaço de mobilidade em que ele se movimentará⁶², e, a fim de ilustrar melhor esse espaço de movimentação, Kelsen fez uma analogia com uma moldura. Na metáfora, entende-se que esse espaço de movimentação é um local de relativa indeterminação do ato de aplicação do direito, onde, quando em situações em que há mais de uma possível significação da norma jurídica, o intérprete encontra a resposta dentro de uma moldura ou quadro, e dentro deles há diversas possibilidades, cabendo ao julgador optar pela que melhor se adequar no caso em questão. Ao interpretar determinada regra jurídica e definir uma resposta como a melhor para cada caso, o juiz opta pela resposta mais correta, pois, dentro da moldura, todas as respostas são corretas, mas a escolhida é a que mais se adequa ao caso, de acordo com a interpretação do juiz:

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que

⁶⁰ KELSEN, H.; KLUG, U. *Normas jurídicas e análise lógica*. Tradução: Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

⁶¹ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 393.

⁶² STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa [...].⁶³

Esta escolha do jurista, portanto, é a interpretação por ato de vontade, em que ele seleciona, dentre várias opções corretas, a mais apropriada para o caso que está sendo resolvido. Kelsen, ao se adequar em sua Teoria Pura do Direito e seguir à risca as suas próprias concepções, preocupa-se em evitar ao máximo relacioná-la ao campo da realidade. Questiona-se: onde, então, encontram-se estas respostas corretas para que o julgador possa escolher a que achar melhor no caso a ser resolvido? Elas são desenvolvidas no campo da ciência do direito, ou seja, onde se encaixam as doutrinas, os juristas e as diversas outras possíveis interpretações de casos semelhantes. Importante reiterar que, apesar de o autor não buscar se distanciar do positivismo clássico, ele também não cria a teoria baseado na liberdade do julgador, sendo muito bem delimitado onde se deve encontrar suas possíveis decisões.

Ao realocar essa teoria no campo da linguagem, corrobora-se com a metáfora da moldura, em que Kelsen não se preocupa em elaborar uma pragmática⁶⁴ em sua teoria, deixando brechas, nesta metáfora, para a discricionariedade do intérprete⁶⁵, a partir do momento em que não desconhece e até reconhece que estes atos de vontade são baseados em atos cognitivos, e que, havendo desequilíbrio entre os atos de vontade e conhecimento, prevalece aquele, e não este⁶⁶.

Dito isto, Kelsen ainda trabalha com os conceitos de interpretação autêntica – a do Direito pelo órgão que o aplica⁶⁷ –, e a inautêntica – aquela que “não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada

⁶³ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 391.

⁶⁴ “[...] e a pragmática é dirigida ao uso e às intenções das profecias discursivas.” (ROCHA, L. S. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 21)

⁶⁵ STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

⁶⁶ FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 263.

⁶⁷ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 388.

e, especialmente, pela ciência jurídica⁶⁸, e que, relacionada com a criação de normas, “não cria direito, apenas aponta as possibilidades de sentido do direito”⁶⁹. A interpretação, portanto, resulta em uma análise daqueles sentidos supracitados que coexistem dentro da moldura, caracterizando a interpretação não autêntica, enquanto a escolha em si de uma das hipóteses pelo intérprete gera uma decisão jurídica, classificando-a como interpretação autêntica⁷⁰: “A interpretação autêntica é aquela realizada pelos órgãos jurídicos que têm competência para realizá-la e que, por isso, vincula os seus destinatários”⁷¹.

Diante dessa explanação da teoria kelseniana, é preciso ressurgir alguns pontos para não deixar espaços para possíveis equívocos quanto ao assunto. Muito se fala que Kelsen foi um dos autores que corroboraram para a interpretação jurídica que auxiliou na implementação do nazismo na Europa. Essa afirmação não poderia estar mais errada. Ao publicar a primeira versão da obra *Teoria pura do Direito*, em 1934, era exatamente ao contrário, buscando evitar que se misturasse direito e política, com medo do totalitarismo que emergia tanto na Europa quanto na União Soviética, conforme constata Hespanha:

Neste sentido, embora se possa acusar a teoria pura do direito de aceitar como direito tudo o que provém da vontade do Estado, o certo é que o seu sentido mais profundo é o de constituir um manifesto contra os totalitarismos políticos do seu tempo, que, num sentido ou noutro, procuravam funcionalizar o direito em relação às conveniências do poder, legitimando-o a partir de considerações políticas, como o domínio de classe (estalinismo) ou as necessidades vitais de uma raça (nacional-socialismo).⁷²

⁶⁸ Ibidem, p. 388.

⁶⁹ SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 199.

⁷⁰ Ibidem, p. 197.

⁷¹ SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 198.

⁷² HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Lisboa: Almedina, 2003. p. 436-437.

Destarte, infere-se que a teoria de Kelsen é altamente complexa e não pode ser descartada em sua integralidade somente por não ser adequada à realidade atual. Necessita-se compreendê-la tanto pela sua importância ao mundo contemporâneo quanto para poder compreender o velho, e, assim, desvelar o novo. “Em síntese: *como olhar o novo se o novo não nos aparece ‘como’ novo? Como olhar o novo, se o novo não pode ser concebido ‘como’ novo?*”⁷³. Essa questão do des-velar – o retirar o véu – “*pressupõe a desconstrução/destruição da tradição jurídica inautêntica, mergulhada na crise de paradigmas*”⁷⁴.

É imprescindível afirmar que há uma influência muito forte da teoria kelsiana nos dias atuais: “Antes de Kelsen, a decisão jurídica era nada mais que um resultado da aplicação do direito legislado”⁷⁵. Com ele, existe a noção da interpretação como “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”⁷⁶. Há autores que defendem a noção de que Kelsen pode ter influenciado o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, porém, com as devidas proporções e críticas, conforme expõe Leonel Rocha:

Paremos um momento para refletir! Se está afirmado que a Teoria Constitucional brasileira é kelseniana? A questão não é bem essa. O que se está a dizer é que nesta perspectiva semiológica, em que nos inserimos, que analisa o discurso a partir de sua especificidade política, não existe a separação teoria/práxis, e, nesse sentido, a significação jurídica dominante no social nunca é pura. Temos, então, um complexo de sentidos jurídicos, alguns aparentemente contraditórios, concretizados na realidade social brasileira; o que determina a existência de conteúdos tipicamente kelsenianos, conjuntamente com conteúdos jurídicos

⁷³ STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 303.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 303.

⁷⁵ SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 221.

⁷⁶ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 387.

positivistas e iusnaturalistas. Esta mescla é o que caracteriza a faia jurídica materializada no Brasil. A unidade desta complexidade é dada pelas relações desta significação jurídica com as relações de poder (econômico-militares) que coconstituem nosso imaginário social.⁷⁷

Por óbvio, existem críticas à Teoria Pura do Direito, tanto que, neste artigo, propor-se-á a hermenêutica crítica do direito, na perspectiva de Lênio Streck e baseada no constitucionalismo contemporâneo para uma interpretação constitucionalmente adequada das leis no Brasil. Sendo tudo fruto de uma construção, estes dois primeiros capítulos foram necessários para que a ideia defendida neste artigo faça sentido na atualidade.

3 A QUEBRA DO PARADGIMA POSITIVISTA COM A CHEGADA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Até o momento, foi percorrido sobre o positivismo clássico e o neopositivismo lógico, que, por serem paradigmas, exercem fortes influências no direito brasileiro atual; assim, a quebra deles se faz necessária para uma aplicação do direito emancipadora. Para tanto, neste trabalho foi eleito o conceito de Constitucionalismo Contemporâneo de Lênio Streck, baseado na Teoria Crítica do Direito, cuja denominação remete ao “movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual”⁷⁸. Dito isso, analisar-se-á a manutenção do positivismo nos dias atuais e como deve ser a resposta constitucionalmente mais adequada.

O Constitucionalismo Contemporâneo surge com a pretensão de quebrar o paradigma moderno de que o direito se estreita na leitura estrita da lei (positivismo clássico) ou em possibilidades preestabelecidas dentro de uma espécie de moldura (neopositivismo lógico). O que se observa, entretanto, é que ainda há muitos desses resquícios, seja na aplicação das jurisprudências ou no ativismo judicial: “Não se pode olvidar a ‘tendência’ contemporânea

⁷⁷ ROCHA, L. S. O sentido político da teoria pura do Direito. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 5, n. 9, p. 57-75, 1984.

⁷⁸ STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

(brasileira) de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos⁷⁹.

Ou seja, o modelo de interpretação jurídica de um sistema de leis codificadas – que é o conhecido atualmente – inicia-se tendo a figura do juiz como um mero pronunciador da lei e resulta em um julgador que detém poderes suficientes para agir de forma discricionária: “Com efeito, a noção de discricionariedade, vinculada à jurisdição, aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da ‘descoberta’ da *indeterminação do direito*”⁸⁰. Essa indeterminação abarca o campo da linguagem e das relações de sujeito-objeto, em que o objeto deixa de possuir sentido por si mesmo – ou seja, a lei não é autodeterminante, é preciso interpretar – e emerge a necessidade de o sujeito atribuir um sentido ao objeto – o intérprete compreende a lei⁸¹.

Tratando-se da questão do interpretar, não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa: o direito deve seguir parâmetros hermenêuticos e constitucionalmente adequados para a realidade brasileira. No âmbito social, encontra-se uma população carente de prestações básicas do Estado, inclusive de direitos de primeira dimensão⁸², enquanto, no âmbito jurídico, há uma imensa preocupação com a “tipificação e sistematização de situações normativas hipotéticas, ao agir de modo ‘técnico’ [...]”⁸³, e a academia, por sua vez, está na busca do papel transformador do direito e da jurisdição constitucional, batendo de frente com o ensino jurídico estandarizado⁸⁴.

⁷⁹ STRECK, L. L. *O que é isto – Decido conforme a minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20.

⁸⁰ STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

⁸¹ Neste sentido, Streck apresenta uma breve explicação em nota de rodapé nº 93: STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 65.

⁸² STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 417.

⁸³ STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 68.

⁸⁴ STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 417-418.

O ensino jurídico é pautado e exalta a dogmática jurídica como um (ou o único) caminho de se entender e aplicar o direito, repassando a ideia nos cursos de direito e perpassando para preparatórios de concursos e exames de ordem, gerando uma simplificação do direito, fato que é duramente criticado por Streck: “É o que se pode denominar de ‘neopentecostalismo jurídico’, em que juristas, a semelhança de alguns pastores/pregadores que podem ser vistos em congressos, *sites*, e até mesmo na televisão, fazem a apologia da estandarização/simplificação do direito”⁸⁵.

Essa característica incide na interpretação uma problemática recorrente: ao compreender o direito como algo que possa ser aprendido e entendido como uma técnica aplicável em etapas ou mera repetição de procedimentos, abre-se espaço para a aplicação de teorias que consideram a técnica como meio imprescindível para a aplicação do direito, retomando características cientificistas que buscam aproximação com as ciências exatas, a exemplo (da pseudoutilização) da ponderação de Robert Alexy, que hoje é o pensamento preponderante na jurisdição constitucional brasileira.

O objetivo neste trabalho em mencionar as teorias da argumentação jurídica, em especial a teoria de Alexy, não é estabelecer uma crítica sobre os autores, mas sim sobre a aplicabilidade destas em terras brasileiras, apesar de os problemas nas teorias existirem. Em 2014, houve a oportunidade em que o autor veio ao Brasil para ministrar conferências, e, em uma delas, denunciou os problemas de sua aplicação no Brasil, que possui três fatores: a falta de rigorismo conceitual, a relação rudimentar entre teoria e prática e a falta de racionalidade verificada nas decisões judiciais⁸⁶. Assim, a proporcionalidade é utilizada pelo STF de maneira um tanto quanto confusa:

Aliás, é importante deixar claro que é muito difícil saber em que sentido a proporcionalidade é empregada pelo STF e, igualmente, se as suas decisões atendem à exigência de justificação racional reclamada por Alexy. Também é impossível saber em que

⁸⁵ STRECK, L. L. *O que é isto – Decido conforme a minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 82.

⁸⁶ TRINDADE, A. K.; STRECK, L. L. Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. *Conjur*. Disponível em: conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia. Acesso em: 28 set. 2022.

sentido o STF emprega a ponderação. Essa questão da (ir)racionalidade das decisões tomadas a partir da aplicação da proporcionalidade é, precisamente, o problema enfrentado na tese de doutorado do Fausto, a ser publicada muito em breve, em que ele faz uma contundente crítica à jurisprudência do STF.⁸⁷

Como parâmetro de aplicação da sua teoria, Alexy utiliza do artifício de fórmulas quase matemáticas⁸⁸ em relação a uma das etapas necessárias para se chegar a uma decisão, e elas podem ser encontradas no apêndice da obra *Teoria da Argumentação Jurídica*⁸⁹. Essa característica muito se assemelha com a teoria de Kelsen, que também propõe uma fórmula aos intérpretes, conforme já mencionado. O próprio autor afirma, nesta mesma obra, que a sua pretensão em elaborar a sua obra é desenvolver uma teoria prática de argumentação: “Na primeira e segunda partes do trabalho tenta elaborar uma teoria da argumentação prática geral, na terceira, aplica essa teoria à argumentação jurídica”⁹⁰. Encontra-se, portanto, um resgate ao neopositivismo lógico. Com a concepção dos direitos fundamentais, emerge a preocupação de como interpretá-los, sendo caracterizados como princípios e as normas jurídicas como regras.

Assim, enquanto que antes – especialmente no contexto da ruptura do jusnaturalismo pelo positivismo jurídico – havia uma distinção entre normas jurídicas (normas positivas) e princípios gerais de direito (como normas implícitas, não positivas), agora, nessa teoria de Alexy, todas as normas jurídicas são positivas, dentro das quais existem umas que são regras e outras que são princípios.⁹¹

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 263.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Ibidem, p. 13.

⁹¹ SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 274.

Porém, neste trabalho, não se objetiva averiguar toda a teoria de Alexy, mas somente trazer um pano de fundo para demonstrar outro ponto (além do positivismo exegético e da teoria kelsiana) que o Constitucionalismo Contemporâneo antagoniza. Inclusive, no verbete sobre ponderação do *Dicionário de hermenêutica* do Lênio Streck, o autor já inicia a sua exposição com uma crítica ao se tratar sobre o assunto: “O problema é como é feita essa ‘escolha’ ou ‘eleição’ de princípios colidentes”⁹², o que acaba por estender a possibilidade de discricionariedade pelo órgão judiciário. A maior problemática, no entanto, não vem do solipsismo, mas da relativização de direitos fundamentais:

A ponderação sempre leva a uma abstração em face do caso, circunstância que “reabre” para o juiz a perspectiva de argumentação sobre “o caráter fundamental ou não do Direito”, já reconhecido desde o início como fundamental, e assim tratando esses direitos como se fossem “valores negociáveis”, com o que se perde a força normativa da Constituição, que é substituída por um “discurso adjudicador”.⁹³

Essa relativização ocorre pelo motivo de que os princípios são observados não como o ponto de partida (como a etimologia da palavra remete), mas como mandamentos de otimização⁹⁴, expressados pelos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito⁹⁵. O que aconteceu no Brasil, de forma inédita, foi a oficialização da utilização deste recurso alexyano no § 2º do art. 489 do Novo Código de Processo Civil⁹⁶, em que se estipula que o julgador deve justificar como foi realizada a ponderação quando houver conflito entre duas normas. Ou seja, a teoria de Alexy, ainda que

⁹² STRECK, L. L. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017. p. 153.

⁹³ *Ibidem*, p. 155.

⁹⁴ ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luis Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 110.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 110.

⁹⁶ Texto completo: “§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 out. 2022)

considerada obsoleta pela academia, é endossada pela própria lei brasileira, e talvez o próprio legislador nem saiba o que isso significa, tampouco que entra em conflito com o inciso X do art. 93 da Constituição Federal e o restante do próprio CPC⁹⁷.

Ao analisar as questões da interpretação, sob a perspectiva do Constitucionalismo Contemporâneo, percebe-se que esta se relaciona diretamente com a compreensão de que o sujeito intérprete possui sobre o mundo: “Não mais interpretamos para compreender, mas compreendemos para aplicar”⁹⁸. Assim, a interpretação não pode mais vista como um método racional de chegar a uma resposta, conforme foi apresentado nas perspectivas dos autores supramencionados, mas é preciso seguir um caminho seguro e constitucionalmente adequado para que a interpretação jurídica seja realizada.

Aqui, portanto, aponta-se a necessidade da aplicação da hermenêutica no direito brasileiro, e vale ressaltar que, ao confrontar os métodos de interpretação, “não significa que a hermenêutica seja relativista e permita interpretações discricionárias/arbitrárias”⁹⁹, mas sim que, quando o julgador se depara com a norma jurídica, “os sentidos são atribuíveis, a partir da facticidade em que está inserido o intérprete”¹⁰⁰, considerando que a norma jurídica deve ter uma interpretação sob a ótica do direito, não em qualquer outra perspectiva.

Com isso, retorna-se ao problema da dogmática jurídica. Ora, se os sentidos não estão à disposição do intérprete¹⁰¹, como, então, resolver a questão da segurança jurídica? Como uma roda-gigante, o direito recorre à dogmática jurídica como meio de efetivação desta segurança – refletindo nas jurisprudências e doutrinas, volta-se no tempo e suas aplicações se tornam muito semelhantes à Escola Exegética, ainda que aparentemente já esteja superada no âmbito jurídico: “Dito de outro modo, o direito vem sendo cada

⁹⁷ STRECK, L. L. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017. p. 157.

⁹⁸ STRECK, L. L. *O que é isto - Decido conforme a minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 77.

⁹⁹ STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 421.

¹⁰⁰ STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 316.

¹⁰¹ STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 135.

vez mais banalizado e tratado de forma simplificada por setores da dogmática jurídica, que, nestes tempos de tecnologias pós-modernas, aparece revigorada, tecnicizada”¹⁰².

A resolução destas divergências parece, em um primeiro momento, complicada, pois, ao determinar um horizonte filosófico – que é a hermenêutica jurídica – na prática do direito, encontrar-se-ão dificuldades tanto na disseminação da ideia quanto na aplicação do direito. E é exatamente este o ponto. Deve-se deixar de lado a percepção da ciência jurídica como uma determinação exata e previsível e passar a observar os princípios fundamentais como base para construção de uma sociedade que visa atingir os objetivos do preâmbulo constitucional¹⁰³, assegurando o Estado Democrático de Direito.

Quando utilizada a interdisciplinaridade no âmbito jurídico, infere-se que se pode observar os fatos com outras lentes, conseguindo, dessa forma, encontrar nos princípios a totalidade que o direito necessita para ser aplicado de maneira transformadora na sociedade, não mais em etapas ou fracionado, como é facilmente encontrado pela internet afora. O filósofo Lévinas, ao relacionar filosofia e vida, afirma que, “quando filosofia e vida se confundem, não se sabe mais se alguém se debruça sobre a filosofia, porque ela é vida, ou se preza pela vida, porque ela é filosofia”¹⁰⁴.

Da mesma forma que Lévinas propõe uma fusão entre filosofia e vida, Streck elabora uma hermenêutica em que direito e filosofia também não se separam, considerando os princípios como os norteadores mais importantes em matéria jurídica, devendo ser avaliados em toda e qualquer situação: “Os princípios gerais do Direito adquirem um significado apenas quando

¹⁰² STRECK, L. L. *O que é isto – Decido conforme a minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 81.

¹⁰³ Texto completo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Assembleia Constituinte. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 out. 2022).

¹⁰⁴ LÉVINAS, E. *Entre nós: um ensaio sobre alteridade*. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 23.

considerados em conjunto com o restante do sistema jurídico: daí a necessidade de pressupô-lo como uma totalidade”¹⁰⁵.

No âmbito jurídico, portanto, desde a elaboração de uma legislação, passando pelos atos de administração pública até as questões do Judiciário (englobando, dessa forma, os três poderes), os princípios constitucionais devem ser a principal base de elaboração do direito, na constante tentativa de se afastar das problemáticas de se levar a lei em sua literalidade – como na Escola de Exegese –, de se compreender o fazer direito com certa liberdade no Judiciário, como estipula Kelsen, e também de relativizar os princípios, conforme é defendido pela teoria alexyana.

Dessa forma, em busca de uma interpretação adequada – condição prévia de uma aplicação constitucional –, o presente trabalho passa por Streck e pela Crítica Hermenêutica do Direito na busca de demonstrar que a cisão entre prática e teoria é nociva a uma interpretação em um modelo civilizatório fundado em uma constituição programática, compromissória, principiológica, que se lança como projeto de efetivação de direitos fundamentais, bem como de caminhos legítimos para alcançá-los. Entre o tudo é permitido e o nada pode, há de se buscar um norte, e a aposta constitucional é a mais plausível e viável, afastando o direito dos decisionismos e da arbitrariedade da razão objetificante, trazendo o mundo concreto e a autoridade da tradição autêntica gadammeriana como busca da compreensão dos entes em seu tempo e espaço. O direito, por sua vez, encontraria nesse projetar-se, no porvir, como diria Heidegger, como consequência do vigor de ter sido e da atualidade; assim, desenhando o mundo concreto, reproduz-se a interpretação jurídica, reflexo dos nossos modos de ser.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Streck repete, com frequência, que o homem está fadado a interpretar. Considerando que a interpretação é algo intrínseco ao ser humano, é necessário estabelecer a relação entre os objetos a serem interpretados com o modelo civilizacional em que o intérprete se insere. Enquanto dentro de paradigmas fundados em dogmáticas, tem-se um processo interpretativo simples, estruturado a partir da letra da lei e da abstenção do seu leitor da

¹⁰⁵ STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 110.

tarifa de interpretar. Os dogmas não são passíveis de interpretação. A relação estabelecida então é a do paradigma objeto-sujeito.

Não que seja um processo simples, pelo contrário, se a estrutura do compreender se apresenta como dotada de certa obviedade, a construção dos dogmas demanda um alto grau de elaboração de suas bases. Assim, entre metafísicas e transcendências, a busca de se manter as estruturas de poder inalteradas passa pelo afastamento da possibilidade do sujeito de questionar as vontades do poder. Metadiscursos e metarregras são quase dispensáveis, tendo-se em vista a plenitude de sentido dos modelos de regras fundados em verdades plenas, inquestionáveis – dogmas, afinal de contas.

Um segundo passo se dá no giro linguístico em que se aposta na neutralidade da linguagem e na possibilidade de que o intérprete possa, se com o ferramental adequado (uma linguagem cientificamente estruturada), dar conta do compreender, agora em um esquema diferente, o sujeito-objeto. Aqui, a subjetividade se assenhora de uma razão universalmente compartilhada e travestida de verdade, que se dá como uma plausível e pertinente, e o objeto deixa de assenhorar-se do sujeito que solipsisticamente dá sentido às coisas.

Novamente, surge uma razão, agora centrada no indivíduo, que desenha o sentido das coisas e em um modelo de regras cria uma aposta na associação da estrutura do texto e da capacidade de uma interpretação objetiva e neutra do sujeito. Paixões, ideologias e perspectivas são afastadas (em tese) e a interpretação ganha novos contornos. A complexidade do processo aumenta, uma vez que a fundamentação das escolhas/decisões sai da plenitude do texto e migra para a plenitude da razão.

Em ambos os momentos, perde-se do horizonte compreensivo referências ao mundo concreto. Entre dogmas e regras, o ser ainda se encontra subordinado a verdades plenas, pois do ontológico ao racional moderno há um incremento na necessidade de fundamentar, mas ainda se promove a aposta no sujeito e em sua discricionariedade. Finalmente, em um terceiro momento, quando se percebe a insuficiência de modelos ideais e a ausência de fundamentação atemporal, própria das verdades ontológicas, tropeçando no ôntico e na insuficiência da linguagem (no sentido de trazer sentidos plenos a coisas que não se encontram no concreto), por residirem no ideal, com a eclosão do plural, a compreensão do diferente e a alteridade como marca dos indivíduos, abrem-se possibilidades, muitas, tantas que surge uma nova questão: a das colisões.

Indo para além das antinomias, preocupação maior do positivismo normativista, o problema de hoje então se anuncia como uma questão de interpretação que se desenvolve apenas nos anos 80, no âmbito do(s) neoconstitucionalismo(s) e da teoria dos direitos fundamentais. Em Kelsen, a questão é compreendida como indeterminação da linguagem, que pode gerar antinomias e não colisões, questões de lógica formal e não de peso argumentativo.

Agora, não se pode mais considerar o direito como um ente que possui significado em si mesmo. Deve-se compreender que as legislações servem como um meio de alcançar um objetivo maior, que é a proteção dos princípios constitucionais, e não ao contrário. A introdução de uma hermenêutica jurídica constitucionalmente adequada leva o jurista a elaborar o direito dentro de um campo muito mais amplo do que somente as leis, as jurisprudências, os entendimentos de tribunais, as portarias etc. Essa é a atual encruzilhada que se apresenta como desafio de mais de meio século – trinta anos já caminhados, outros tanto a se caminhar no alvorecer do século XXI.

Pois bem, o já anunciado paradigma intersubjetivo – sujeito-sujeito – se apresenta como o adequado para a projeção civilizacional, e, claro, traz, em seu bojo, novos problemas: o ovo da serpente encontra-se na busca de se construir sentidos, afastados de modelos ideais dissociados do mundo concreto e ao mesmo tempo blindar o direito do decisionismo, e o caminho se apresenta dentro de uma necessária (e profunda) reflexão teórica usar isso: “Buscamos a teoria quando as coisas mais preciosas nos escapam às mãos”¹⁰⁶.

Criticar o passado não é desprender por completo para aplicar somente o novo, como se este nunca tivesse existido. Muito pelo contrário; negar as teorias antecedentes ao Constitucionalismo Contemporâneo é deixar de entender o caminho que fez o direito chegar até o nível em que está. É preciso conhecer o que já aconteceu para entender os porquês da necessidade de uma nova perspectiva, que critica o que já se foi, mas entende a sua importância para a historicidade do que se pretende.

Caso isso não aconteça, sempre ocorrerá o que já está acontecendo: repetir as velhas ideias sem saber a motivação e quais as suas problemáticas, como acontece no senso comum de um juiz que tem a obrigação de repetir

¹⁰⁶ BAUMAN, Z. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. p. 145.

jurisprudências (como se o caminho do processo não importasse, somente o resultado), da discricionariedade kelseniana em que o juiz cria a norma e da normatização da ponderação dos princípios, em que, por vezes, eles são negados ou desvalorizados pela jurisdição constitucional.

Encostar-se na dogmática jurídica e apostar na questão da estardatização do direito, ou seja, a construção do direito sobre leis simplificadas, em uma forma manualesca de explicar algo tão importante e complexo que o ordenamento jurídico, é banalizar todo o movimento que há séculos os grandes teóricos objetivam fazer do sistema jurídico uma maneira de melhorar a sociedade. Assim, é preciso que se entendam os princípios constitucionais como os principais norteadores da sociedade normativa, garantindo que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam efetivados da forma que a Constituição Federal brasileira de 1988 estipula, na tentativa de uma proximidade cada vez mais perto do que seria o ideal de um Estado Democrático de Direito no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luis Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BAUMAN, Z. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia de direito*. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Assembleia Constituinte. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 out. 2022.

COFRÉ, J. O. Kelsen, el formalismo y el “circulo de Viena”. *Revista de Derecho*, V. VI, p. 29-37, dec. 1995.

DAMATTA, R. *Relativizando: uma introdução à antropologia social*. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

- HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Lisboa: Almedina, 2003.
- KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, H.; KLUG, U. *Normas jurídicas e análise lógica*. Tradução: Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LÉVINAS, E. *Entre nós: um ensaio sobre alteridade*. Petrópolis: Vozes: 1991.
- MONTESQUIEU, C. de. *O espírito das leis*. Tradução. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello.
- NEVES, C. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. 1. ed. reimp. Edifício Coimbra Editora, v. 1º, 2010.
- ROCHA, L. S. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998.
- ROCHA, L. S. O sentido político da teoria pura do Direito. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 5, n. 9, p. 57-75, 1984.
- SILVA FILHO, E. V. da; COSTA, D. L. dos S. A questão do bem: do bom ao justo. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 13, n. 31, p. 255-281, set./dez. 2018.
- SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.
- STRECK, L. L. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017.
- STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- STRECK, L. L. *O que é isto – Decido conforme a minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, L. L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TRINDADE, A. K.; STRECK, L. L. Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. *Conjur.* Disponível em: conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia. Acesso em: 28 set. 2022.

Submissão em: 03.05.2024

Avaliado em: 12.11.2024 (Avaliador A)

Avaliado em: 18.09.2024 (Avaliador B)

Aceito em: 13.11.2024

