



## CONSIDERAÇÕES SOBRE O RISCO ANTIDEMOCRÁTICO DAS TEORIAS DA DECISÃO QUE NÃO RESPEITAM OS LIMITES INTERPRETATIVOS DO TEXTO

Considerations on the antidemocratic risk of the decision theories which do not respect the interpretative limits of the text

Revista de Direito Privado | vol. 78/2017 | p. 17 - 39 | Jun / 2017  
DTR\2017\1581

---

Cristiane Maria de Lima Curtolo

Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela FDRP/USP. Procuradora Municipal.

Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque Santos

Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Bacharela em Direito pela PUC-SP. Advogada.

Ricardo Yamin Fernandes

Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela PUC-SP. Advogado. ricardo.yamin@almeidasantos.com

Área do Direito: Constitucional; Fundamentos do Direito

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar algumas teorias relacionadas à decisão judicial e à norma, quais sejam, o pragmatismo jurídico, o positivismo e a teoria estruturante da norma. Feita esta análise, contrastaremos as referidas correntes, verificando as possíveis consequências de sua aplicação.

Palavras-chave: Pragmatismo - Pós-positivismo - Teoria da decisão - Positivismo - Ativismo.

Abstract: This study aims to analyze a few theories related to the judicial decision and rules, such as the pragmatic theory, positivism and the structuring legal theory. After that, we will match these theories, verifying the consequences of their implementation.

Keywords: Pragmatism - Post-positivism - Decision theory - Positivism - Activism.

Sumário:

1 Notas introdutórias - 2 As manifestações da discricionariedade judicial no positivismo e no pragmatismo jurídico - 3 Sobre o giro-linguístico. Da separação entre texto e norma e dos limites interpretativos do texto - 4 Considerações finais - 5 Referências bibliográficas

### 1 Notas introdutórias

A Constituição Federal de 1988 traz, de forma implícita, no decorrer do seu texto, o princípio da segurança jurídica. Tal princípio está disposto, por exemplo, dentre os direitos fundamentais, no rol do artigo 5º, incisos XXXVI, XXXIX, XL, entre outros.

De acordo com Geraldo Ataliba<sup>1</sup>, a segurança jurídica está diretamente relacionada à previsibilidade da ação estatal. É direito fundamental do cidadão saber como o Estado procederá em determinadas situações.

Ocorre, porém, que, não raro, o Poder Judiciário tem decidido questões de forma "imprevisível", sobretudo porque se afasta da legalidade para privilegiar o poder discricionário dos juízes. Cuida-se de um modelo de decisão em que a consciência e as convicções pessoais do aplicador norteiam a interpretação, o que possibilita múltiplas respostas no caso concreto<sup>2</sup>.

A discricionariedade judicial está relacionada à possibilidade de o julgador, ante situação de suposto "vácuo" ou "incerteza" normativa, legitimamente criar uma solução para



determinado caso concreto. A respeito do tema, Lenio Streck nos elucida que “É preciso compreender que a delegação em favor do juiz do ‘preenchimento’ da ‘zona de incerteza’ é uma institucionalização do positivismo jurídico, que funciona como poder arbitrário no interior de uma pretensa discricionariedade”.<sup>3</sup>

A partir das contribuições da teoria hermenêutica desenvolvida no século XX e do paradigma de direito que exsurge a partir do segundo pós-guerra<sup>4</sup> é necessário que se façam questionamentos essenciais: é possível admitir, em um Estado Democrático de Direito, decisões judiciais fundamentadas em escolhas do magistrado, e não na legislação? Ou seria possível, ao se proferir uma decisão, pensar, primordialmente, nas consequências que serão geradas?

## 2 As manifestações da discricionariedade judicial no positivismo e no pragmatismo jurídico

### 2.1 Considerações sobre o positivismo jurídico

Conforme Lenio Streck, é possível elencar alguns pontos centrais do positivismo jurídico. Primeiramente, a existência do direito, entendida como vigência e validade, depende das práticas dos membros de uma dada sociedade, ou seja, as fontes do direito são as estatais e sociais. Em segundo lugar, a validade da norma independe de seu conteúdo moral; qualquer discussão de cunho moral seria objeto de uma teoria política e a determinação da validade do direito se restringiria a critérios de análise lógico-semânticos dos enunciados jurídicos.<sup>5</sup>

Mas, essencialmente, identifica-se em todas as escolas positivistas – seja na herança kelseniana do decisionismo, seja na discricionariedade hartiana – a preconização de certo grau de discricionariedade na aplicação do direito. Segundo o pensamento positivista, a lei não abarca todas as possibilidades do mundo fenomênico, o que significa que haverá casos que não serão resolvidos pelas normas existentes, para os quais há a aposta na discricionariedade dos juízes. É importante destacar que, para Herbert Hart<sup>6</sup>, a indeterminação ou a incompletude do direito advém da textura aberta da linguagem, enquanto que para Hans Kelsen está assentada na relegação da dimensão prática – o problema da interpretação concretizadora do direito – à política e à moral, não sendo a interpretação objeto da ciência do direito.

“Por conseguinte, dependendo do tipo de teoria positivista que se professe, seu objeto de estudo irá oscilar, ora em torno dos códigos produzidos nos novecentos (positivismo legalista/exegético), ora em torno da norma jurídica (Hans Kelsen), ora em torno do conceito de regra (Herbert Hart); institucionalismo; ou, ainda, como conjunto de decisões emitidas pelos tribunais (realismo jurídico).<sup>7</sup>”

Para o positivismo normativista, o direito não se reduz à lei – como no positivismo legalista –, mas é representado por um conjunto de normas válidas. A validade da norma inferior está condicionada à observância do quanto disposto na norma que lhe é superior. Podemos afirmar que a preocupação não recai sobre o modo como os juízes decidem, mas simplesmente sobre as condições de validade das normas jurídicas. O conceito de norma jurídica não equivale à definição de lei, a qual é uma entre as espécies de normas.

“Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um ‘fechamento semântico’ do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma ‘questão menor’ (lembremos, aqui, de Kelsen): o problema do direito não está no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deônticas de validade das normas jurídicas.”<sup>8</sup>

O predomínio do positivismo jurídico na dogmática jurídica nacional ocorre em razão da delegação da interpretação do direito ao protagonismo do sujeito intérprete, em especial



dos magistrados e tribunais, mesmo em pleno paradigma da intersubjetividade estabelecido giro linguístico que marcou a filosofia do século XX. Nesse sentido, Lenio Streck afirma "Trata-se de um câmbio paradigmático: exatamente no contexto da superação do sujeito solipsista é que ocorre – ou deveria ocorrer – a superação do positivismo jurídico. As duas questões são indissociáveis".<sup>9</sup>

O problema da interpretação baseada na consciência do intérprete pode ser identificado nas seguintes manifestações, conforme demonstra Lenio Streck: a defesa da interpretação como resultante da subjetividade judicial, a interpretação com base na consciência do julgador; a defesa da realização da ponderação de valores a partir dos valores pessoais do juiz; a utilização do princípio da proporcionalidade como álibi para decisões voluntaristas; a noção de que casos difíceis seriam solucionados pela discricionariedade<sup>10</sup>.

Assim, sob a égide da hermenêutica e em tempos de crescimento do papel assumido pelo Judiciário nas democracias contemporâneas, é acentuada a necessidade de se estabelecer quais as condições de possibilidade para a atribuição de sentido aos textos jurídicos, isto é, quais os limites à atividade jurisdicional.

A dogmática continua, ainda, atrelada ao esquema sujeito-objeto, apostando no poder discionários dos juízes, colocando a consciência e as convicções pessoais do intérprete como norteadores da interpretação. É necessário frisar que, a partir do giro ontológico-linguístico, a concretização de direitos não pode depender da subjetividade do intérprete, de sua vontade. Logo, é preciso discutir acerca das condições de possibilidade da decisão judicial, para que o direito produzido democraticamente não ceda lugar às convicções pessoais de um magistrado.

## 2.2 Breves considerações sobre o pragmatismo jurídico a partir Richard Posner

A corrente pragmática que interessa ao presente estudo é a encabeçada pelos estadunidenses Richard Posner e Thomas Grey e é também conhecida como neopragmatismo jurídico. Começou a ganhar força em 1980, após o ressurgimento das correntes radicais do realismo jurídico. O pragmático, de acordo com Richard Posner, deve abandonar os conceitos metafísicos, como "verdade", "realidade" e "natureza", ou seja, libertar-se de pensamentos transcendentais, e se concentrar nas consequências de suas proposições, e como elas melhor se adequam às necessidades humanas<sup>11</sup>. Esses três elementos, quais sejam, o abandono de uma teoria moral metafísica, o estudo das consequências de determinada decisão e a necessidade da primazia do bem estar social indicam os três principais pilares do pragmatismo: o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo. Neste particular, vale registrar a lúcida análise de Rafael Tomaz de Oliveira acerca do posicionamento defendido por Richard Posner em *The Problematics of Moral and Legal Theory*:

"Explicando melhor: os juízes – ou qualquer outro tomador de decisões no âmbito do direito – quando se veem diante de casos que não encontram uma resposta simples a partir das fontes corriqueiras de orientação (Constituição, Leis, precedentes) 'nada podem fazer além de recorrer a noções derivadas da condução dos negócios públicos, dos valores profissionais e pessoais, da intuição e da opinião'. Essa seria, segundo o autor, uma abordagem condizente com aquilo que efetivamente se passa no âmbito das práticas decisórias do direito. Seria uma perspectiva mais profissional e menos teórica de aproximação do fenômeno jurídico."<sup>12</sup>

Nas palavras de Eisenberg e Pogrebinschi:

"O consequencialismo, ou instrumentalismo, faz-se notar pelo enraizamento do direito na prática e no conhecimento tácito. O contextualismo evidencia-se ao se julgar essas práticas e o conhecimento delas a partir de quão bem produzem resultados desejáveis em situações problemáticas. Por fim, ser pragmatista em direito significa entender o que define uma teoria, negativamente, como fundacionalista: sua generalidade e abstração,



que a tornam impraticável. Não haveria vício em raciocinar teoricamente, mas em conferir autoridade última à teoria: o objetivo crítico desse raciocínio não seria chegar a abstrações praticáveis, e sim explicitar pressuposições tácitas quando elas geram problemas práticos.<sup>13</sup>

O juiz pragmático está preocupado em encontrar a melhor decisão, que será aquela cujas consequências melhor correspondam às necessidades humanas e sociais, valendo-se das normas jurídicas apenas como um dos vários recursos e instrumentos que lhe estão disponíveis no momento da interpretação. A norma é, assim, apenas uma dentre as fontes de informação que orientam a sua atividade decisória.<sup>14</sup> Observa-se, a partir dos pressupostos mencionados, que as críticas do jurista da escola de Chicago são dirigidas às teorias que, de alguma forma, buscam realizar uma aproximação entre a filosofia do direito e a filosofia moral, por ele denominada de "academic moralism" tendo como um dos principais expoentes Ronald Dworkin.

Nesse sentido, são ilustrativas as palavras do próprio Richard Posner: "Moral theory is not something that judges are, or can be, made comfortable with or good at, it is socially divisive, and it does not mesh with the actual issues in cases".<sup>15</sup>

Para o mencionado autor, para a decisão judicial é mais relevante que o juiz tenha uma máxima previsibilidade acerca das consequências geradas pela decisão, por meio de um domínio instrumental das questões econômicas, políticas e sociais envolvidas no caso, para obtenção da solução que traga maior benefícios nas condições observadas pelas partes envolvidas no caso.

Observa-se que esta posição foi, inclusive, defendida pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, em uma entrevista ao Jornal Valor Econômico, em que assim afirmou:

"Quando só há uma interpretação possível, acabou a história. Mas quando há um leque de interpretações, por exemplo cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Aí, deve haver outro critério para decidir. Esse outro critério é exatamente a consequência. Qual é a consequência, no meio social, da decisão A, B ou C? Você tem de avaliar, nesses casos muito pulverizados, as consequências. Você pode ter uma consequência no caso concreto eventualmente injusta, mas que no geral seja positiva. É isso que eu chamo da responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões."<sup>16</sup>

O juiz pragmático é, portanto, aquele que, para solucionar o caso concreto, vai avaliar as consequências práticas de sua decisão, como argumento fundamental e primordial. A norma, como já exposto anteriormente, é apenas uma dentre as inúmeras questões que o juiz deve considerar.

De acordo com Posner: "In approaching an issue that has been posed as one of statutory 'interpretation', pragmatists will ask which of the possible resolutions has the best consequences (...)"<sup>17</sup>. Na sua visão, todos os casos apresentam diversas possibilidades e caminhos para que sejam resolvidos. Cabe ao juiz, então, selecionar qual dessas possíveis resoluções resultará na melhor consequência prática. Aqui reside o elemento discricionário da decisão: o magistrado tem o poder de escolha, que é exercido com vistas às consequências que ele avalia subjetivamente, sem quaisquer amarras à legalidade vigente.

3 Sobre o giro-linguístico. Da separação entre texto e norma e dos limites interpretativos do texto

Com intuito de traçar um contraponto ao quanto estudado, traz-se a teoria da hermenêutica estruturante de Friedrich Müller, que tem como premissas fundamentais a distinção entre texto e norma, a superação do silogismo, a crítica, a ideia da interpretação como vontade da lei ou do legislador e a apresentação do conceito



pós-positivista de norma. Para melhor subsidiar o estudo, faremos breve exposição acerca do giro linguístico e a Hermenêutica Filosófica, que influenciaram de maneira decisiva a teoria estruturante do direito.

### 3.1 O giro linguístico

Atualmente, vivemos momento filosófico que se estriba no giro linguístico (linguistic turn), fenômeno datado do século XX, que modificou profundamente o direito. A partir do giro linguístico, exsurge a compreensão de que o homem é incapaz de acessar os objetos de conhecimento diretamente: a linguagem é sempre mediadora do conhecimento humano<sup>18</sup>. O acesso ao mundo cultural, portanto, depende, inarredavelmente, da linguagem.

Compreende-se, finalmente, que os dados brutos colhidos da realidade apenas possuem significado quando nomeados, por meio da língua, pelo sujeito cognoscente. O mundo e os elementos que o compõem apenas significam algo ao homem depois que esse os capta, interpreta e nomeia. Cuida-se do processo de conhecimento, de que é indissociável o elemento linguístico.<sup>19</sup>

O giro linguístico, que coloca a linguagem no centro da filosofia da compreensão, dá azo ao surgimento de linhas de pensamento diversas, dentre as quais vale citar o grupo continental, de maior expressão para o presente estudo.

Na primeira metade do século XX, especialmente devido às contribuições de Martin Heidegger, há uma transformação no significado do termo hermenêutica, com introdução, no problema hermenêutico, do elemento antropológico, como nos diz Lenio Streck.<sup>20</sup> Heidegger demonstra que toda compreensão humana baseia-se na compreensão que o ser tem de si mesmo, "(...) enquanto ser histórico dotado de existência".<sup>21</sup>

"Desse modo, todas as estruturas fundamentais da existência humana passaram a ser pensadas e analisadas a partir desta dimensão hermenêutica que fundamenta a própria existência: compreender a nós mesmos e a nossa história é condição de possibilidade para que possamos compreender textos, palavras, histórias, etc. Destarte: 1) do uso restrito somente a textos, a hermenêutica passa a se referir às estruturas fundamentais do ser humano; 2) como para interpretar um texto ou uma ação de outra pessoa, devemos pressupor uma compreensão existencial de nós mesmos, a prioridade da interpretação sede lugar à compreensão de modo que, não se interpreta para compreender, mas se compreende para interpretar; 3) o necessário ideal de transparência que se encontra por detrás das posturas hermenêuticas tradicionais e que possibilitava a crença de que seria possível encontrar um método rígido e definido para evitar erros e mal entendido, no interior da hermenêutica heideggeriana desaparece. Isto porque, como o próprio fato da existência, enquanto ser humano situado historicamente, se constitui como elemento essencial para qualquer interpretação: não há transparência possível de ser alcançada. A faticidade humana sempre deixa algo de fora (algo sempre escapa) e isso é inevitável. O que permanece possível é a tentativa de iluminar novos espaços de significados que pressupõe a necessidade de uma pluralidade abrangente de caminhos a se seguir, que o estreito ideal moderno de método não pode possibilitar."<sup>22</sup>

A realidade só existe para o homem linguisticamente. Antes do filtro da linguagem, o mundo é apenas um dado bruto inalcançado. Cumpre ao sujeito atribuir-lhe significado, num processo em que sempre algo é perdido, porque o homem é incapaz de alcançar a coisa na sua totalidade e expressá-la de maneira fiel: inarredavelmente, é refém dos seus próprios prejuízos, construídos pelos elementos situacionais que o circundam. A respeito do tema, cabem as considerações de Georges Abboud, Henrique Carnio e Rafael Oliveira:

"Embora não desconsidere a importância da enunciação lógica, a hermenêutica procura



apontar para uma dimensão mais profunda que a linguagem humana compota. Ou seja, 'a hermenêutica toma por fundamento o fato de que a linguagem nos remete tanto para além dela mesma como para além da expressividade que ela apresenta. Não se esgota no que diz, ou seja, no que nela vem à fala'. Isto significa que para a hermenêutica a linguagem não está em jogo apenas em seu aspecto teórico, mas também no seu sentido prático: o que é significado pela linguagem aparece a partir dos contextos histórico-concretos a partir do qual estão envolvidos o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido."<sup>23</sup>

A virada linguística, portanto, trouxe a ideia de que existe uma dialeticidade entre a linguagem e a realidade, posto que o mundo só é intermediado pela linguagem, ao tempo que a linguagem só existe enquanto médium do mundo<sup>24</sup>.

### 3.2 A hermenêutica filosófica

Ao longo do tópico precedente, demonstrou-se que, após o giro-linguístico, percebeu-se que o homem apenas alcança os objetos pela linguagem, médium universal para o conhecimento de todas as coisas. A compreensão, portanto, é indissociável do fator linguístico e se condiciona por determinados elementos que obstaculizam o acesso à verdade objetiva, material e substancial<sup>25</sup>. No que concerne ao direito, a hermenêutica clássica se limitava a interpretar as coisas como são, sem relacioná-las ao contexto e sempre avessa à ideia de qualquer tipo de valoração<sup>26</sup>.

A Hermenêutica filosófica gadameriana encontra sustentáculo na filosofia da linguagem e não cinde o processo de compreensão: quem compreende, só compreende ao tempo que interpreta e aplica. Por outro lado, o processo hermenêutico é sempre criador, de modo que não se limita à descrição ou reprodução da realidade interpretada: o sujeito que interpreta, inevitavelmente, produz. A principal obra de Hans-Georg Gadamer é Verdade e Método de 1960, contexto em que a hermenêutica procurava se afirmar como método compreensivo das ciências do espírito.<sup>27</sup> Na esteira dos ensinamentos de Ernildo Stein, podemos dizer que o título poderia ser lido como "Verdade contra o Método", posto que o autor busca demonstrar que existem diferentes níveis de experiência<sup>28</sup> (arte, conhecimento histórico e linguagem), nos quais não se têm a verdade por meio lógico-analítico, mas sim, "uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas da linguagem e do discurso."<sup>29</sup>

É ponto nodal da teoria a questão da pré-compreensão (Vorverständnis) do intérprete. O sujeito cognoscente conhece o objeto embebido numa série de prejuízos, de modo que a neutralidade é uma utopia<sup>30</sup>. Ao analisar a obra de Gadamer, Felipe Kirchner coloca:

"Para Gadamer, o sujeito compreende a partir de uma base de expectativas de sentido que extrai da sua relação precedente com o assunto, razão pela qual compreender significa ser versado na coisa em questão, e somente secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal. O ideal iluminista da neutralidade – que prega superação dos preconceitos por meio do uso metodológico e disciplinado da razão (ideia cartesiana do método) –, mostra-se absolutamente inadequado, pois os preconceitos não devem ser vistos de forma negativa, já que em verdade são eles que possibilitam a compreensão, por formarem o horizonte que a possibilita."<sup>31</sup>

Daniel Sarmiento traz o tema para o âmbito específico do direito:

"A nova hermenêutica ressalta o papel central desempenhado pela pré-compreensão dos agentes no ato de interpretar o Direito. Em sintonia com o "giro linguístico" na filosofia contemporânea, ela parte da premissa inquestionável de que nenhum ser humano habita um vazio axiológico-cultural. Todos nós somos seres enraizados, que compartilhamos ideais, valores e preconceitos com nossos semelhantes, e não nos despimos deles na hora de interpretar e aplicar o Direito. Quando um problema jurídico qualquer nos é apresentado, o nosso inescapável ponto de partida para equacioná-lo não é o texto da norma jurídica, como costumava proclamar a doutrina mais tradicional, mas a visão que



já temos da questão, que é inevitavelmente impregnada pelos valores da cultura em que nos inserimos. É a partir das nossas pré-compreensões que ingressamos no 'círculo hermenêutico', em busca da melhor resposta para a controvérsia jurídica."<sup>32</sup>

Os preconceitos que o intérprete recebe são frutos de uma dada tradição. Portanto, o indivíduo que se dispõe a conhecer o objeto exerce uma interpretação situacional, influenciada pelos elementos culturais que o cercam. É justamente por isso que jamais acessa a verdade de maneira direta e absoluta. Sua experiência de conhecimento é sempre relativa, porquanto determinada historicamente. Os preconceitos são condição da compreensão, "os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser."<sup>33</sup> Pois como afirma Gadamer, "Se se quer fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito de preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos."<sup>34</sup>, pois aquele que pretende compreender:

"(...) não pode de antemão abandonar-se cegamente à causalidade das próprias opiniões, para em consequência e de maneira cada vez mais obstinada não dar ouvidos à opinião do texto, até que esta opinião não se deixe mais ouvir, impedindo a compreensão presumida. Quem quiser compreender um texto está, ao contrário disposto, a deixar que ele diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve ser de antemão receptiva a alteridade do texto. Essa receptividade não pressupõe, no entanto, uma "neutralidade" quanto à coisa, nem um anulamento de si mesmo, incluindo a apropriação seletiva das próprias opiniões e preconceitos."<sup>35</sup>

Daí a necessária diferenciação entre a realidade fática e aquela que deriva da interpretação, qual seja, a realidade hermenêutica<sup>36</sup>. Isto não significa dizer que exista um subjetivismo absoluto no processo de compreensão: a interpretação do sujeito deve ser validada pelas próprias possibilidades de sentido que a coisa oferece. Existe uma relação de dialeticidade no processo hermenêutico, de tal sorte que cumpre ao intérprete deixar que o objeto interpretado lhe diga algo<sup>37</sup>.

Com efeito, o sujeito interpretante é finito, porquanto limitado num ponto temporal a partir do qual desenvolve sua compreensão. Em seu trabalho, Gadamer procura reabilitar a autoridade da tradição. Isto porque a autoridade tem a ver com conhecimento, e o que é consagrado pela herança histórica possui autoridade, e o ser histórico fica determinado à essa. Conforme o autor: "a compreensão nas ciências do espírito compartilha com a sobrevivência das tradições, uma premissa fundamental, a de sentir-se interpelada pela própria tradição".<sup>38</sup>

O distanciamento histórico é fator que possivelmente atua de maneira positiva sobre a compreensão, consoante Georges Abboud, Henrique Gaberllini e Rafael Oliveira bem expressam:

"De algum modo, nossa finitude nos leva à necessidade de enfrentar esse paradoxo: o de que as grandes questões com as quais deve se ocupar o jurista apenas tornam-se claras o bastante num momento posterior à sua efetiva ocorrência. Isso é assim porque precisamos da distância temporal para poder avaliar criticamente os nossos prejuízos que, como frisado acima, constituem a força propulsora de nossa compreensão. Todavia, sem esse processo de avaliação crítica, tais prejuízos podem nos levar à produção de mal-entendidos. Os prejuízos são possibilitadores de projetos de sentido que abrem para compreensão novos horizontes. Esse horizonte, por sua vez, é conquistado a partir da elaboração de uma situação hermenêutica."<sup>39</sup>

Os autores prosseguem seu raciocínio:

"Os sentidos produzidos pelo intérprete adquirem validade na medida em que são compatíveis com a 'coisa ela mesma' ou com a 'coisa em si' presente no texto. Se esta alteridade entre texto e intérprete se mostrar incompatível com a 'coisa em si', há a



substituição dos sentidos atribuídos pelo intérprete por outros mais autênticos, e, assim, sucessivamente. Com Heidegger e Gadamer, então, a hermenêutica deixa de ser normativa/metodológica, constituída a partir de metafísicos esquemas dedutivos-substantivos em que o objeto é construído pelo cogito ou refletido na consciência; e passa a ser filosófica, na medida em que está estruturada na antecipação de sentido presente na base do círculo hermenêutico acima descrito. Desta forma, o caráter da interpretação será sempre produtivo. É impossível reproduzir um sentido. A atividade criativa/produtiva do intérprete no trabalho hermenêutico é parte inexorável do sentido da compreensão e de sua estrutura prévia.<sup>40</sup>

A situação, indissociável da interpretação, conduz à ideia de que o compreender implica aplicar. Sob a perspectiva da Hermenêutica Clássica, o conhecimento do mundo enquanto processo se subdividia em fases distintas, quais sejam, a compreensão (subtilitas intelligendi), a interpretação (subtilitas explicandi) e a aplicação (subtilitas applicandi). O processo hermenêutico gadameriano não conhece a separação entre a interpretação e a aplicação; opera-se de forma unitária (applicatio), porquanto se entende que interpretar é, de pronto, aplicar. Só se interpreta quando se aplica, diante de um dado contexto.

### 3.3 A dicotomia entre texto e norma na teoria de Friedrich Müller: pós-positivismo jurídico

Para bem compreender o pós-positivismo, é necessário que se faça uma pequena digressão histórica. Consoante se sabe, para a criação de uma ciência jurídica, os positivistas se propuseram a um isolamento radical do objeto de estudo, alijando-se de quaisquer elementos valorativos. A abordagem positivista do fenômeno jurídico, de fato, é – ou pretende ser – completamente neutra. Face à norma, perguntas morais são impertinentes. É dizer: para ser direito, basta que sua produção tenha obedecido determinadas regras, previstas pelo próprio ordenamento, não cabendo desqualificá-la pelo conteúdo que carrega.

Inconscientemente, o pensamento juspositivo abriu passo para um "descontrole de conteúdo" no que se refere aos conjuntos normativos. Com efeito, qualquer coisa, desde que formalmente correta, era passível incorporar-se, legitimamente, ao mundo jurídico.

Não apenas a segunda grande guerra fez parte do cenário que impulsionou o surgimento dessas novas ideias. No ramo da filosofia, o giro-linguístico, objeto do tópico precedente, foi protagônico, posto que promoveu a consciência de que a linguagem, no que se refere aos fenômenos objeto de estudo, exerce papel construtivista. É dizer: é imprescindível à produção do conhecimento. Superou-se a ingênua concepção de que o texto era autosuficiente.

Neste sentido, Georges Abboud esclarece: "Os textos guardam em si um enigma. Sempre há algo que não pode ser mencionado pela linguagem."<sup>41</sup> Exsurge a compreensão de que o enunciado (texto) é imperfeito e inacabado. Completa-se por meio de diversos elementos externos arraigados no caso concreto regulado e trazidos pelo próprio intérprete. É condicionado pela historicidade, pela realidade sita em tempo e espaço, particulares em cada caso. O giro-linguístico, que foi com maior minúcia explanado alhures, mina a ideia de que a lei (enunciado) era, na verdade, norma pronta à aplicação, de forma que entra em crise o dogma do direito alheio aos valores sociais, ao mundo fático que o circunda e que é objeto de sua regulação.

Ante este novo cenário, diversos movimentos buscaram a reformulação do direito. Não obstante, inúmeros fracassaram na superação do paradigma antecessor porquanto negligenciaram a revisão do conceito basilar da teoria positivista: a norma jurídica.

Já ao início de sua obra, O novo paradigma do direito, Müller adverte que as teorias jurídicas divergem-se substancialmente conforme abordem de forma distinta a concepção da norma jurídica. Os novos movimentos, porém, segundo o autor,



empenharam forças em elementos acidentais, mantendo as bases da doutrina ora rebatida e nada de verdadeiramente revolucionário agregando.<sup>42</sup> Cediço que o positivismo estabelece uma separação radical entre realidade e direito. O ser e o dever-ser são universos paralelos que não se relacionam, senão no último estágio da produção jurídica (a decisão) a partir do método silogístico. A norma, que é um dever-ser, apenas toca realidade num processo autômato de aplicação. É, o que Müller, em boa hora nos esclarece:

"O ideal de método de uma ciência natural, que ainda não tinha perdido a certeza de si mesma, foi transferido acriticamente ao direito; o próprio direito foi compreendido equivocadamente como ser centrado em si, a norma jurídica como ordem, como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia e como primeiro enunciado (Obersatz) do silogismo, formalizado em termos da lógica formal. O direito e a realidade, a norma e o segmento normatizado da realidade estão "em si" justapostos sem nenhuma relação, são contrapostos reciprocamente com rigorismo da separação neokantiana de "ser" e "dever ser", devem encontrar-se somente por via da subsunção do tipo legal (Sachverhalt) a um primeiro enunciado de caráter normativo. Subjaz a isso a confusão das normas com os seus textos, ainda predominante."<sup>43</sup>

A teoria positivista, em especial a kelseniana aqui estudada, serviu mais à formulação da ciência jurídica que à orientação da práxis. O positivismo o direito como autossuficiente, pronto para subsumir-se ao caso concreto quando necessária a resolução dos conflitos. Porém, o método silogístico, fruto da separação bruta entre o direito e seu objeto-fim (a realidade que busca reger) revelou-se extremamente falho.

É, de fato, na fase da decisão, isto é, da aplicação do direito ao caso, que os desmembramentos do problema assumem contornos mais visíveis. O método decidendi proposto pelo positivismo (o silogismo) situa como premissa maior a norma, a premissa menor é o fato que, outrora radicalmente separados, via processo de subsunção, encontram-se pela primeira vez, produzindo a decisão. Neste esquema, reside o erro elementar, cerne das críticas mais severas de Müller<sup>44</sup>. Notadamente, o paradigma positivista crê na possibilidade de uma norma extraível diretamente do texto das leis, anteriormente ao caso concreto. Na verdade, a norma é confundida com o próprio texto legal geral e abstrato. Nesse passo, a conclusão está, em potencial, contida no texto e a interpretação reduz-se a um ato de aplicação automática da norma ao caso<sup>45</sup>. Para melhor compreensão, segue o fragmento:

"A premissa de um dos erros mais fundamentais do positivismo na ciência jurídica, a compreensão é tratamento da norma jurídica como algo que repousa em si e preexiste, é a separação da norma e dos fatos, o direito e a realidade. (...) Positivismo jurídico nesse sentido não é apenas a teoria do direito, que se restringe conscientemente ao direito positivo e bane do conceito de direito todas as ordens sociais restantes, ainda que tradicionalmente percebidas como "direito". Com esse termo só se compreende o direito objetivo vigente como sistema perfeito de normas jurídicas, caracteriza-se a decisão jurídica concreta como aplicação lógica de uma norma jurídica abstrata a um tipo concreto 'a ser subsumido', iguala-se a relevância à construtibilidade em termos de lógica jurídica, e a ação comunitária dos homens à 'aplicação' e 'execução' de normas jurídicas abstrata ou a uma infração das mesmas. (...) Ainda em Kelsen, fica claro que o positivismo jurídico procura determinar menos a peculiaridade da jurisprudência a partir da do direito, do que transfere sem maior exame a sua concepção de cientificidade para o universo do direito, que é compreendido erroneamente como um ser que repousa em si e deve ser relacionado, por assim dizer, só ex post facto com as relações da realidade social. A norma jurídica é compreendida erroneamente como ordem, como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia."<sup>46</sup>

Mais adiante, o autor prossegue:

"Por conseguinte, a compreensão falha da norma como juízo hipotético transformado em proposição de lógica formal, como ordem a ser igualada ao seu texto linguístico, como



premissa maior a ser tratada segundo as regras silogísticas, propõe, a partir da concretização do direito em formulação mais aguda, a questão de uma definição mais adequada da relação entre direito e realidade e com isso simultaneamente a questão de uma compreensão sustentável da norma, bem como da ciência jurídica como ciência de normas.<sup>47</sup>

Müller, então, propõe um novo conceito de norma jurídica, distinguindo-a do texto normativo. Na teoria estruturante, a norma aplicável ao caso, na verdade, é fruto de um complexo processo de concretização que se utiliza do texto normativo (integrante do programa normativo) e da realidade (âmbito normativo)<sup>48</sup>. O jurista admite, desta forma, que a realidade representada no caso concreto não permanece passiva ante o direito. É, também, determinante na sua criação. O programa da norma (dados linguísticos) realiza um recorte, direcionando o intérprete para os elementos sociais relevantes que o influenciaram.

Nesse passo, possível falar em texto anterior ao caso concreto, jamais em norma ante casum. Esta apenas se forma a partir da interação entre texto normativo e caso decidendi, por meio de um processo de influências mútuas e, só então, estará apta à aplicação. Veja-se, assim, Müller:

"A norma jurídica precisa ser produzida no decurso temporal da decisão. Não existe ante casum: o caso da decisão lhe é constitutivo. O texto da norma no código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado "concretização", ainda que um elemento de trabalho em posição de destaque."<sup>49</sup>

A teoria estruturante representa autêntica doutrina pós-positivista, visto que supera o conceito de norma fixado pela corrente antecessora, resolvendo o problema da dualidade ser/dever-ser e devolvendo ao direito o elemento "realidade", outrora ceifado pela corrente positivista. É comum hodiernamente imputar a movimentos filosóficos a qualidade de pós-positivistas quando na verdade não o são. É o caso do neoconstitucionalismo<sup>50</sup>, termo reiteradamente utilizado como sinônimo para pós-positivismo. Cabe, desde logo, a advertência: apenas possível nomear pós-positivistas as teorias que revisem o conceito de norma nos moldes supra-mencionados, é dizer, distinguindo-a do texto normativo, o que não necessariamente é realizado pelos autores neoconstitucionalistas<sup>51</sup>.

A grande contribuição da teoria estruturante é trabalhar a ideia de separação entre texto e norma. Conforme visto, o texto não é elemento pronto e acabado, portador de significado completamente construído, apto a resolver o litígio do caso concreto. Muito pelo contrário. O intérprete é quem lhe atribui significado quando da resolução da lide. Interpretação, ato que constrói o conteúdo do texto (não apenas o revela), será sempre necessária quando da sua aplicação (ato de interpretar e aplicar, conforme visto quando do estudo da Hemenêutica Filosófica, são simultâneos). Dizer o contrário, significa, além de abstrair as complexidades da língua, assumir que é possível, em primeiro lugar, revelar o significado do enunciado e, em segundo lugar, que este enunciado possui conteúdo único, ignorando a importância do caso concreto e da historicidade na construção de seu sentido.

Na teoria de Müller, observamos a consideração de todos esses aspectos, indubitavelmente advindos da influência da Hemenêutica Filosófica. Enfim, o sentido do texto só surge quando da sua problematização perante o caso real ou fictício; veja-se que é a abertura dos influxos do caso concreto no processo de interpretação que permite visualizar a ideia das pré-compreensões nascidas no âmbito cultural. Cada caso é dotado de sua particularidade, porque construído por elementos fáticos, sociais e culturais distintos. Da oposição do texto à lide, exsurge um significado também particular, único, que não se repete quando da aplicação do mesmo texto a outros casos. A interpretação, concomitante à aplicatio do direito, é sempre necessária. Inexiste texto pronto, acabado, prescindível de processo interpretativo para ser utilizado. Acerca do tema, imperioso finalizar com as precisas lições de André Ramos Tavares:



“A partir da concretização (conceito moderno de interpretação), incluem-se, no processo de compreensão da norma, os fatos, como elementos inseparáveis desse mesmo processo (e da norma), e não apenas como um objeto sobre o qual se debruça ou em relação ao qual se reporta a disposição normativa. (cf Müller, 1989:115). Ao falar da norma de decisão, a ideia de concretização envolve, num contexto de obrigatoriedade, um problema concreto (real ou hipotético). Adota-se um ‘critério prático normativo adequado de decisão dos casos concretos’ (Castanheira Neves, 1993: 84). O concreto passa a ser considerado como constitutivo da normatividade, parte integrante da norma de decisão (Müller, 2000: 33), indispensável para a compreensão do Direito (nesse sentido também se posiciona Grau, 2005: 25)”

“[...] resultado direto dessa teoria é a recusa da compreensão do Direito como um conjunto de soluções cabalmente preconcebidas, de ‘decisões voluntaristas preexistentes’ (Müller, 2000: 44) e auto-evidentes. ‘A concepção do ‘direito’ não ‘pré-existe’ ao acto de interpretar’ (Queiroz, 2000:18)”<sup>52</sup>(grifo nosso).

Exposta a distinção texto/norma, necessária a advertência de que, de fato, o caso concreto influi no texto, numa relação de dialeticidade a que nos reparamos ao mencionar a Hermenêutica Filosófica.

Necessário advertir, porém, que o texto constitui um limite insuperável, de modo que nenhum valor ou dado extraído da realidade pode, no processo interpretativo, conduzir à produção de uma norma que não caiba no enunciado que compõe sua formação:

“O texto normativo é tão somente um preceito jurídico, uma potencialidade a ser interpretada, entretanto, ele não pode mais ser puramente equiparado à norma. A norma distingue-se de seu texto (Normtest). Contudo, o texto normativo estabelece os limites para as variantes interpretativas que alcançarão a produção da norma. Em outros termos, o texto deve ser compreendido em cada momento e em cada situação de uma maneira nova e distinta, justamente porque ele não é a norma pronta a ser aplicada no caso concreto.”<sup>53</sup>

#### 4 Considerações finais

Historicamente, a Constituição é significativa herança deixada pelos iluministas, porquanto imaginada enquanto instrumento racionalizador e limitador de poder. A ideia da existência de um Estado de Direito é exatamente esta: a de que, no exercício do poder, os interesses particulares que antes determinavam as decisões serão substituídos por um corpo normativo.

O Brasil não é apenas um Estado de Direito: é um Estado Social Democrático de Direito, que tem por sustentáculo a ideia de segurança jurídica. Vão nesse sentido as colocações de J.J. Gomes Canotilho<sup>54</sup>, quem nos esclarece que a segurança jurídica se desenvolve em torno da estabilidade – as decisões do poder público adotadas segundo a lei não devem ser modificadas de maneira arbitrária – e de previsibilidade – aos cidadãos deve ser assegurado a certeza e calculabilidade dos atos normativos.

A partir do século XX, estruturou-se uma mudança de paradigmas irremediável. O giro linguístico traz consigo a ideia de que a linguagem é o mediador universal entre homem e mundo. É o linguistic turn que dá azo ao surgimento da hermenêutica filosófica gadameriana.

A teoria estruturante do direito de Friedrich Müller se situa na quadra histórica do giro linguístico e da hermenêutica filosófica. O autor alemão trabalha a separação entre texto normativo de norma jurídica, ideia que revolucionou o direito e que é essência do pós-positivismo.

Texto normativo é o enunciado geral e abstrato (a lei em sentido largo), ao tempo que norma é, em essência, o texto interpretado à luz do caso concreto. O surgimento do binômio texto/norma e a própria ideia de interpretação enquanto ato de produção e não



declaração, mudam completamente o método da decisão.

Com efeito, no pós-positivismo não se fala mais em sentença enquanto produto da operação silogística de subsunção da norma aos fatos. Isso porque não é possível entender que o intérprete possa extrair do texto, ante casum, a norma pronta e acabada para, posteriormente, subsumi-la ao caso concreto. A norma apenas surge da interação entre texto e caso concreto.

Atualmente, existem teorias da decisão que relegam o texto normativo jurídico a segundo plano, e permitem que fatores externos (e.g. consequências econômicas, políticas, sociais da decisão) se sobreponham. Outras creditam ao juiz, diante da vagueza do texto, um pretense poder de escolha dentre diversas "soluções possíveis". Teorias desse tipo são um risco ao Estado Democrático de Direito, posto que o atingem num de seus pilares mais importantes: a segurança jurídica. O texto jurídico suporta significados diversos (alguns melhores, outros piores) a depender do caso concreto, entretanto possui limites semânticos insuperáveis. Por outro lado, muito embora seja verdade que, dado texto, a priori, sugere mais de uma interpretação, diante do caso concreto, sempre existe aquela que é constitucionalmente mais adequada, não cabendo ao juiz poder de "livre" escolha.

Sob a égide da hermenêutica e em tempos de crescimento do papel assumido pelo Judiciário nas democracias contemporâneas, é acentuada a necessidade de se estabelecer quais as condições de possibilidade para a atribuição de sentido aos textos jurídicos e quais os limites à atividade jurisdicional, de modo a respeitar a supremacia da Constituição e o direito democraticamente produzido. Pensar de maneira diversa é negar ao direito sua função visceral – a de limitação e racionalização do poder – e minar quaisquer chances de estabelecimento de um regime democrático.

O enfraquecimento da lei (principalmente da Constituição) é próprio dos regimes autoritários e avesso a qualquer tipo de democracia, em razão do que não se pode conformar teorias da decisão que o impliquem ao Estado Social Democrático de Direito brasileiro.

## 5 Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial. O ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução à teoria e à filosofia do direito. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. Revista de Direito Privado. v. 53. p. 11-22. São Paulo: Ed. RT, 2013.

ATALIBA, Geraldo. República e constituição. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

DELPUPO, Poliana Moreira. Não existem fatos, mas apenas interpretações: uma análise entre linguagem, fatos sociais, fatos jurídicos e interpretação no construtivismo lógico semântico. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 7. p. 307-322. jul.-ago. 2014.

EISENBERG, José; Pogrebinski, THAMY. Pragmatismo, Direito e Política. Dados. Revista de Ciências Sociais. v. 43. n. 4, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica



filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

HART, Hebert. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 80. p. 119-149. set.-out. 2009.

MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OSNER, Richard Allen. The problematics of moral and legal theory. Disponível em: [[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article="2828&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=)]. Acesso em: 01.09.2016.

POSNER, Richard Allen. What has pragmatismo to offer law? 63 Southern California Law Review 1653 (1990). Disponível em: [[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article="2823&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=)].

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: BINENBOJM, Gustavo; NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STEIN, Ernildo. Aproximações sobre hermenêutica. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 48.

STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio. Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TAVARES, André Ramos. Fronteiras da hermenêutica constitucional. Col. Gilmar Mendes. v. 1. São Paulo: Método, 2006.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Decisão e história: uma Exploração da Experiência Jurídica a partir das Estruturas Basais da Decisão Judicial. 2013. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. São Leopoldo.

---

1 ATALIBA, Geraldo. República e constituição. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 169

2 Segundo Streck, a origem das discricionariedades, arbitrariedades, decisionismo e do ativismo judicial está na filosofia da consciência, na não superação do esquema sujeito-objeto, com o protagonismo do sujeito-intérprete (especialmente juízes e tribunais), possibilitando a ocorrência de várias respostas, uma vez que essas têm sua origem na subjetividade do intérprete, demonstra a incompatibilidade entre a interpretação do direito sob o paradigma do Estado Democrático de Direito e a permanência da filosofia da consciência, dos esquemas interpretativos-procedimentais, que suportam a existência de múltiplas respostas para um mesmo caso concreto.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. Rio



de Janeiro: Lumen juris, 2007. p. 399.

3 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 80.

4 No período denominado de "pós-bélico" por Mario Losano observa-se o aumento do dirigismo constitucional, o qual já havia sido experimentado na Constituição Mexicana de 1917 e na alemã de 1919.

5 STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. p. 5

6 HART, Hebert. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

7 ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. Revista de Direito Privado. v. 53. p. 16. São Paulo: Ed. RT, 2013.

8 STRECK, Lenio. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 81.

9 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 375.

10 STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 33.

11 Posner deixa claro em seu texto que a busca pela verdade não é interessante para um pragmático. Este deve perquerir uma crença, justificada pelo interesse social: "The pragmatist's real interest is not in truth at, all, but in belief justified by social need." POSNER, Richard Allen. What has pragmatismo to offer law? 63 Southern California Law Review 1653 (1990). Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article="2823&context=journal\_articles]."

12 TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Decisão e história: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial. 2013. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. São Leopoldo. p. 201.

13 EISENBERG, José; Pogrebinschi, THAMY. Pragmatismo, Direito e Política. Dados. Revista de Ciências Sociais. v. 43. n. 4, 2000. p. 109.

14 "In approaching an issue that has been posed as one of statutory "interpretation," pragmatists will ask which of the possible resolutions has the best consequences, all things (that lawyers are or should be interested in) considered, including the importance of preserving language as a medium of effective communication and of preserving the separation of powers. Except as may be implied by the last clause, pragmatists are not interested in the authenticity of a suggested interpretation as an expression of the intent of legislators or of the framers of constitutions. They are interested in using the legislative or constitutional text as a resource in the fashioning of a pragmatically attractive result." POSNER, Richard Allen. Op. cit. p. 1654.

15 POSNER, Richard Allen. The problematics of moral and legal theory. Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article="2828&context=journal\_articles]. Acesso em: 01.09.2016.

16 Disponível em:



[[www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/NelsonJobim/Entrevistas/2004\\_dez\\_13.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/NelsonJobim/Entrevistas/2004_dez_13.pdf)].

17 POSNER, Richard Allen. Op. cit. p. 1664.

18 ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução à teoria e à filosofia do direito. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 430.

19 "As coisas não precedem à linguagem, mas apenas passam a existir para o homem quando por ele interpretadas. O elemento sensorial (dado bruto) só possui um significado quando lhe é dado um nome, com isso através da palavra o que era apenas um dado bruto aos sentidos passa a ser interpretado intelectualmente pelo homem de modo a reconhecê-lo dentro da sua realidade. (...) A realidade nada mais é do que uma interpretação, conforme o sentido concedido aos dados brutos que são captados sensorialmente. A percepção da realidade pelos sentidos (tato, visão, audição, olfato, fala) faz-se através dos significados que atribuímos à linguagem desses elementos sensoriais, por isso afirmamos que a linguagem cria ou constrói realidade" DELPUPO, Poliana Moreira. Não existem fatos, mas apenas interpretações: uma análise entre linguagem, fatos sociais, fatos jurídicos e interpretação no construtivismo lógico semântico. Revista dos Tribunais. v. 7. jul.-ago. 2014, p. 3.

20 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 235.

21 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 235.

22 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise; uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 236.

23 ABOUD, Georges; Carnio, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução à teoria e à filosofia do direito. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 433

24 "Em verdade, o que existe é uma relação dialética entre linguagem e realidade o mundo é mundo apenas quando vêm à linguagem, e a linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo. Esta dimensão representativa da chamada virada (viragem) linguística foi que possibilitou um pensar além da dicotomia sujeito-objeto". KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 80. set.-out. 2009. p. 5.

25 KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 80. set. -out. 2009. p. 3.

26 DELPUPO, Poliana Moreira. Não existem fatos, mas apenas interpretações: uma análise entre linguagem, fatos sociais, fatos jurídicos e interpretação no construtivismo lógico semântico. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 7, p. 9. jul.-Ago. 2014,.

27 STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio. Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

28 "A experiência é justamente a expressão com que Gadamer procura nos sugerir que temos uma possibilidade de representação ou de descrição de uma totalidade e essa totalidade é a totalidade da experiência de mundo. Há, portanto, um universo fundamental ser humano que pode ser descrito por essa experiência." STEIN, Ernildo. Aproximações sobre hermenêutica. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 74.



29 STEIN, Ernildo. Aproximações sobre hermenêutica. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 48.

30 Cf. A hermenêutica jurídica sob o influxo da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Revista Tributária e de Finanças Públicas. v. 64, p. 7. set.-out. 2005.

31 KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 80, p. 4. set.-out. 2009.

32 SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: BINENBOJM, Gustavo; NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 221.

33 GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 416.

34 Idem.

35 GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método II. Complementos e índices. Trad. Enio PaGiachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 76.

36 Nesse sentido, é interessante a colocação de Kischer, no sentido de que "Do ponto de vista hermenêutico, a verdade não é algo dado, mas em constante construção pelo intérprete (irrepetível e finito) perante a sua situação no mundo". KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 80, p. 7. set.-out. 2009.

37 "Quem quiser compreender não pode se abandonar cegamente à casualidade de suas próprias opiniões, para em consequência e de maneira autoritária, não 'dar ouvidos' à opinião do texto, até chegar ao ponto desta opinião ser sufocada pela arbitrariedade do intérprete". ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução à teoria e à filosofia do direito. 3.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 448.

38 GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 424.

39 ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução à teoria e à filosofia do direito. 3.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 448.

40 ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução à teoria e à filosofia do direito. 3.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 449.

41 ABOUD, Georges. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 60.

42 "Em contrapartida, o centro de todo o trabalho jurídico efetivo, cotidiano é algo que pode ser formulado concretamente: a norma jurídica. Os enfoques fundamentais da ciência jurídica distinguem-se quanto ao posicionamento das suas concepções diante da norma jurídica (...). Os discursos antipositivistas do século... caem na armadilha do paradigma positivista, nesse sentido não superado. Eles corrigem em cima de



fenômenos de superfície, não transcendem o paradigma positivista a partir da concepção da norma. (...) Eles são para o positivismo mais ou menos que- na astronomia- as suposições cada vez mais complicadas sobre os "epiciclos" foram para o sistema tardo-ptolemaico da explicação astronômica: um "deslocamento degenerativo do problema". MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. 3.<sup>a</sup> ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 10.

43 Ibidem, p. 99.

44 "Um dos principais equívocos que o conceito de sentença como silogismo proporciona é a confusão entre texto normativo e norma, porque, ao se considerar a sentença como silogismo, o enunciado legislativo e a norma se confundem, uma vez que a sentença passa a ser ato meramente declarativo, não criador do direito, nas palavras de Cabral Moncada, o juiz em tese geral-diz-se-não cria o direito; aplica o direito, a norma, à vida dos seus múltiplos casos concretos". ABOUD, Georges. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 69.

45 "O positivismo que caracteriza o universo jurídico dos países desenvolvidos desde meados do séc. XIX confunde a norma jurídica com o texto da norma no código legal. Por essa razão ele pretende 'aplicar' a norma jurídica conclusivamente ao caso jurídico- de forma mais ou menos conforme à lógica formal, mais ou menos hermenêutica, mais ou menos sociológica ou crítica". MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 10.

46 Ibidem, p. 36-37.

47 Ibidem, p. 41.

48 "Tanto o programa normativo quanto o âmbito normativo são entidades jurídicas. O programa normativo constitui os elementos linguísticos do processo concretizador, é dizer, o teor literal. Enquanto o âmbito normativo constitui os elementos não linguísticos, consistindo no recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma criou para si como seu âmbito de regulamentação". ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gabeirllini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução à teoria e à filosofia do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 63.

49 Ibidem, p. 114.

50 "Assim o neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que surgem após a segunda guerra. Essas novas Constituições não se limitam mais a apenas estabelecer a separação de poderes e delimitar competências do Poder Público, na medida em que passam a positivizar diversas garantias fundamentais estabelecendo, assim, novos limites para a atuação do Poder Público." ABOUD, Georges. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 46-47.

51 "Mais adiante, prossegue o autor: Para diversos autores, o neoconstitucionalismo desenvolve-se sob o paradigma pós-positivista, que, por sua vez, se estrutura sob a base do giro linguístico, conforme demonstraremos adiante. Contudo, é importante não se confundir neoconstitucionalismo com pós-positivismo. O neoconstitucionalismo reside em um fenômeno político-jurídico surgido após o pós-guerra e que consiste num paradigma filosófico que se originou a partir do giro linguístico e do giro ontológico-linguístico, que detalharemos em itens subsequentes. Desse modo, para uma teoria jurídica desenvolver-se sob as bases de um paradigma pós-positivista, faz-se necessário elaborar-se juntamente uma concepção pós-positivista de norma que a distinga do texto normativo, que, por sua vez, implica a necessidade de uma estruturação pós-positivista de sentença não mais vista como um processo de subsunção". Ibidem, p. 47-49.



---

52 TAVARES, André Ramos. Fronteiras da hermenêutica constitucional. Col. Gilmar Mendes. v. 1. São Paulo: Método, 2006. p.61.

53 ABOUD, Georges. Discricionarieidade administrativa e judicial. O ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 97.

54 Segue a literalidade das colocações do autor: "O princípio da segurança jurídica não é apenas um elemento essencial do princípio do estado de direito relativamente a actos normativos. As ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) estabilidade ou eficácia ex post da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adaptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou eficácia ex ante do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos." CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 264.