UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA
ENTRADA
EM 09/12/10

Lumen Juris Editora

www.lumenjuris.com.br

EDITORES
João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

CONSELHO EDITORIAL

Adriano Pilatti
Alexandre Freitas Câmara
Alexandre Morais da Rosa
Cezar Roberto Bitencourt
Cristiano Chaves de Farias
Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Cláudio Carneiro
Cristiano Rodrigues
Elpídio Donizetti
Emerson Garcia
Fauzi Hassan Choukr
Felippe Borring Rocha
Firly Nascimento Filho
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
João Carlos Souto
José dos Santos Carvalho Filho
Lúcio Antônio Chamon Junior
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcos Chut
Marcos Juruena Villela Souto
Mônica Gusmão
Nelson Rosenvald
Nilo Batista
Paulo de Bessa Antunes
Paulo Rangel
Rodrigo Klippel
Salo de Carvalho
Sérgio André Rocha
Sidney Guerra

CONSELHO CONSULTIVO

Álvaro Mayrink da Costa
Amilton Bueno de Carvalho
Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza
Caio de Oliveira Lima
Cesar Flores
Firly Nascimento Filho
Flávia Lages de Castro
Francisco de Assis M. Tavares
Gisele Cittadino
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.
Ricardo Máximo Gomes Ferraz
Sergio Demoro Hamilton
Társis Nametala Sarlo Jorge
Victor Gameiro Drummond

Rio de Janeiro
Centro – Rua da Assembléia, 10 Loja G/H
CEP 20011-000 – Centro
Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2531-2199 Fax 2242-1148

Barra – Avenida das Américas, 4200 Loja E
Universidade Estácio de Sá
Campus Tom Jobim – CEP 22630-011
Barra da Tijuca – Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2432-2548 / 3150-1980

São Paulo
Rua Correia Vasques, 48 – CEP: 04038-010
Vila Clementino - São Paulo - SP
Telefax (11) 5908-0240 / 5081-7772

Brasília
SCLS quadra, 402 bloco B Loja 35
CEP 70235-520 Asa Sul - Brasília - DF
Tel. (61)3225-8569

Minas Gerais
Rua Tenente Brito Mello, 1.233
CEP 30180-070 – Barro Preto
Belo Horizonte - MG
Tel. (31) 3309-4937 / 4934-4931

Bahia
Rua Dr. José Peroba, 349 – Sls 505/506
CEP 41770-235 - Costa Azul
Salvador - BA - Tel. (71) 3341-3646

Rio Grande do Sul
Rua Riachuelo, 1335 - Centro
CEP 90010-271 – Porto Alegre - RS
Tel. (51) 3211-0700

Espírito Santo
Rua Constante Sodré, 322 – Térreo
CEP: 29055-420 – Santa Lúcia
Vitória - ES.
Tel.: (27) 3235-8628 / 3225-1659

000568161

LENIO LUIZ STRECK
Procurador de Justiça – RS
Doutor em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina
Pós-Doutorado em Direito Constitucional – Universidade de Lisboa
Professor Titular da UNISINOS-RS
Professor Visitante/Colaborador das Universidades de Coimbra, Lisboa, Roma TRE e UNESA-RJ
Membro Conselheiro do Instituto de Hermenêutica Jurídica
Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional

VERDADE E CONSENSO

Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas
Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito

3ª edição
revista, ampliada e com posfácio

COTA H0102-827
N.º EX. 104472

OFERTA

Editora Lumen Juris
Rio de Janeiro
2009

Capítulo 12

Balanço final: tempos difíceis de pós-positivismo e (neo)constitucionalismo: a hermenêutica e as possibilidades de superação do esquema sujeito-objeto que sustenta as diversas formas de discricionariedade (positivista).

Um decálogo contra concepções equivocadas sobre hermenêutica jurídica.

I. Nesta quadra da história, algumas teses tornaram-se lugar-comum no campo jurídico, a partir da formação de uma espécie de unanimidade teórica em torno de assertivas como a de que *vivemos a era da concretização dos direitos constitucionais, a norma (somente) se realiza no "caso concreto", todo o direito privado está "atravessado" pelo público (publicização do direito privado)*, além da cotidiana ode aos princípios e à jurisdição constitucional. Isso deveria ser alvissareiro, não fosse a visível crise que decorre da distância entre, de um lado, os direitos proclamados por esse novo paradigma constitucional e, de outro, as demandas decorrentes de uma sociedade carente de atendimento dos mais básicos direitos fundamentais sociais, assim como, até mesmo, dos próprios direitos de primeira dimensão (basta verificar como são tratados os pobres no plano da justiça criminal). Do mesmo modo, de um lado, a produção acadêmico-doutrinária apontando para o papel transformador do direito e da jurisdição constitucional, sustentada em potentes teorias que têm na interpretação o *locus* privilegiado de ação, e, de outro, o "bater de frente" com a cotidianidade do ensino jurídico (estandardizado e refém de uma cultura manualesca) e a operacionalidade *stricto sensu* do direito, mergulhada em uma crise de efetividade qualitativa e quantitati-

va,[1] a ponto de se buscar, dia a dia, para além da súmula vinculante, outros mecanismos que "acelerem" e "desafoguem" a prestação jurisdicional (veja-se, *v. g.*, para além do poder monocrático conferido ao relator nos recursos – art. 557 do

1 As constantes reformas processuais vêm se restringindo à busca de "efetividades quantitativas", com a institucionalização de mecanismos que "delegam" aos juízos mocráticos a decisão, além da possibilidade da "reunião" de um número ilimitado de processos para serem julgados "em julgamento único". Como exemplo, vale referir a decisão do Supremo Tribunal Federal do dia 09/02/2007, julgando um conjunto de 4908 processos de pensão por morte. Por maioria, o Tribunal conheceu e deu provimento aos REs 416827 e 415454, interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). O Plenário analisou todos os recursos em conjunto. Os ministros relatores (Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes, César Peluzo, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia) fizeram uma triagem em todos os processos sob sua responsabilidade que tratavam do tema e se enquadravam na decisão dos recursos julgados no dia anterior. O julgamento em bloco tornou-se possível após a alteração instituída pelo artigo 131 do Regimento Interno do STF. A emenda altera o tempo de sustentação oral, de 15 minutos para as causas normais, para 30 minutos nos casos de recursos idênticos ou causas conjuntas. Esse tempo será compartilhado entre os advogados presentes interessados na causa. No início da sessão, o ministro Marco Aurélio levantou questão de ordem, para que os processos fossem retirados de pauta e cada relator, ante o precedente do plenário, atuassem de forma individual. Ele revelou sua preocupação "quanto à inserção em pauta de 4908 processos". Para ele, o INSS advoga para fazer frente a uma avalanche de processos. E que por vezes pode surgir um descompasso entre os fundamentos da decisão e as razões recursais, bem como a falta de oportunidade de observância do prazo recursal. "Jamais a Corte fez inserir em pauta processos a revelarem Recursos Extraordinários para serem apreciados sem sequer o pregão específico do processo, mediante remissão a listas". O Min. Marco Aurélio afirmou que há situações diversificadas em cada um dos recursos, além de situações anteriores diferentes. Por isso, a questão de ordem. Ele disse que o julgamento em massa pode provocar a interposição desenfreada de embargos declaratórios. "É um procedimento inédito, que poderá ter desdobramentos nefastos", finalizou o ministro. A ministra Ellen Gracie asseverou que o ato de pautar esses processos resultou de uma iniciativa da presidência da Corte e contou com a concordância da maioria dos ministros. "Considero que se alguma questão há, perante esse STF, que mereça o título de questão de massa, homogênea e absolutamente uniforme, é exatamente a questão que ontem decidimos nos dois REs chamados a julgamento". Ela ressaltou que tratar como se fossem casos individuais, com peculiaridades extremas, uma questão que é absolutamente homogênea, "seria uma perda de tempo". E concluiu dizendo que a proposta de Marco Aurélio, de julgamentos monocráticos por parte dos relatores de cada processo, atraria, da mesma forma, o agravo regimental (www.stf.gov.br). Mas essa questão não fica restrita ao Judiciário (lembremos, nesse ponto, os poderes conferidos aos relatores nos tribunais através de várias mini-reformas levadas a cabo no Código de Processo Civil). Com efeito – e para demonstrar que essa questão é (também) um problema decorrente da formação de um determinado imaginário jurídico (lembremos aqui as antigas, porém ainda atuais, noções de ideologia) –, registro notícia publicada no *Informativo da Ordem dos Advogados do Brasil* – seção Distrito Federal (ano 27, n. 196, novembro de 2005), dando conta de que o secretário-geral, durante exercício da Presidência, "deu especial atenção aos processos disciplinares pendentes. Em 48 horas, ele proferiu despachos justificados e fundamentados determinando o arquivamento de aproximadamente 520 representações, após receber os processos, devidamente instruídos, de vários membros do Tribunal de Ética e Disciplina".

CPC –, a nova Lei nº 12.277/06, que institui o julgamento da ação sem a ouvida da outra parte; registre-se a edição, por parte de Turmas Recursais de Juizados Federais,[2] de enunciados "com força de lei" impeditivos de reexame da matéria).

II. Assim, se é verdade que o direito assume, definitivamente, nesta quadra da história, um caráter hermenêutico, decorrente de um efetivo crescimento no grau de deslocamento do pólo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), também é verdade que, em plena era da "sociedade aberta de intérpretes", do triunfo do constitucionalismo, da argumentação jurídica e da viragem lingüística, a teoria do direito vem sendo dominada por uma crescente sincretização de cunho a-paradigmático.

III. Conseqüentemente – para aquilo que interessa aos objetivos destas reflexões – expressões como "caso concreto", "hermenêutica", "interpretação", "discurso", "argumentação" e "concretização" vêm sofrendo de forte anemia significativa. Em face desse estado d'arte e na medida em que a problemática acerca da interpretação é uma questão que envolve concorrência *de* ou *entre* paradigmas de direito, de pré-compreensões acerca de como se deve interpretar e aplicar direito, na feliz assertiva de Marcelo Cattoni,[3] algumas advertências se

2 Por todos, o RE 418.918-6-RJ, que afastou, por inconstitucional, o enunciado nº 26, pelo qual "decisão monocrática proferida pelo relator não desafia recurso à Turma Recursal", motivando o seguinte comentário do Min. Marco Aurélio de Mello: "Mas, aí, verifica-se que as turmas recursais acabam por criar um sistema que é um terceiro gênero, tendo em conta o texto do Código de Processo Civil: o relator pode acionar o art. 557 e chegar, até mesmo, ao julgamento de fundo, reformando a decisão do juízo especial, mas fazendo-o, contrariando uma sistemática que é da tradição do direito brasileiro, a parte prejudicada não tem acesso ao colegiado; fazendo-o, deixa o art. 557 capenga, no que a Turma Recursal afasta o agravo previsto no parágrafo segundo do art. 557. Foi justamente isso que ocorreu no caso, neste processo".

3 Isto significa dizer, por exemplo, que a opção pela teoria do discurso habermasiana torna incompatível a utilização da ponderação de princípios de que fala Alexy. Veja-se, nesse sentido, as percucientes críticas e advertências acerca desse assunto feitas por Marcelo Cattoni, Álvaro Souza Cruz, Menelick de Carvalho Neto e Lúcio Chamon, que melhor detectaram essa problemática em terras brasileiras. Já a opção pela hermenêutica filosófica implica trabalhar, mais do que com a viragem lingüística, com o giro ontológico (*ontologische Wendung*), com o que ser e ente (na adaptação que fiz para a hermenêutica jurídica, norma e texto) somente subsistem a partir da diferença ontológica, o que implica igualmente evitar qualquer tipo de dualismo metafísico (palavras e coisas, questão de fato e questão de direito, essência e aparência, para referir apenas estas). Optar pelo paradigma hermenêutico (fenomenologia hermenêutica, de matriz heideggero-gadameriana)

impõem desde o paradigma da hermenêutica filosófica, isto é, *é preciso ter claro que a "opção" por um paradigma implica uma série de compromissos teóricos*, com os quais não se pode transigir. Como referi no decorrer da presente obra, entendo que há uma série de aproximações e pontos comuns entre a teoria interpretativa-integrativa de Dworkin e a hermenêutica filosófica de Gadamer. Seu caráter não-epistemológico, a não-cisão entre interpretação e aplicação (caráter unitário do compreender), a incorporação da reflexão moral como elemento necessário da decisão judicial (o aspecto normativo incorpora a reflexão moral, perceptível em Gadamer na relação entre o geral e o particular), o rechaço de ambos à arbitrariedade interpretativa, a incompatibilidade com as teorias da argumentação, por serem procedurais e a superação do esquema sujeito-objeto, entre outras questões. De modo que, embora as observações se relacionem à hermenêutica filosófica, também podem ser válidas para a teoria interpretativa dworkiniana, pelos pontos em comum entre ambas e pelas incompatibilidades com as teorias realistas, analíticas e discursivo-procedurais. Assim, a hermenêutica não se pretende "imperialista" ou "invasora" de outras teorias, do mesmo modo que não pretende substituir qualquer outra teoria (epistemológica ou não) ou ter a última palavra.

Nessa linha de raciocínio, chamo a atenção para o seguinte decálogo, no sentido de que:

primeiro, não se pode confundir hermenêutica com teoria da argumentação jurídica, isto é, a hermenêutica (filosófica) não é similar a nenhuma teoria da argumentação (e suas derivações); portanto, não é possível com ela (con)fundir – *por mais sofisticadas e importantes que sejam* – as teses de Alexy, Atienza e Günther, para falar apenas destas;[4] também não é

implica abandonar qualquer possibilidade de uso de métodos, metamétodos ou metacritérios interpretativos ou a ponderação (em etapas ou não). Também não se pode confundir hermenêutica filosófica com as teorias ligadas à tópica jurídica, como as de Perelman e Viehweg.

4 De ressaltar o que parece evidente: a tese habermasiana é bem mais sofisticada que a teoria da argumentação *stricto sensu*. Portanto, as críticas à teoria argumentação não podem ser estendidas, *tábula rasa*, à teoria do discurso. As críticas à teoria do discurso assumem outra perspectiva, exaustivamente examinada no decorrer desta obra. Mas, ao dizer que os participante de uma situação discursiva tematizam uma pretensão de validade que se tornou problemática e verificam, num enfoque hipotético e *apoiados apenas em argumentos*, se a pretensão do oponente tem fundamento, parece que para Habermas *a obtenção da resposta estará dependente da obediência da forma da argumentação*, podendo soçobrar a conteudística, problemática que assume especial relevância quando se tratar da discussão de direitos fundamentais prestacionais. E, com isso, pode soçobrar a Constituição. Observe-se que, a "substituição" da tese do consenso por uma "práxis argumentativa", conforme Habermas em *Verdade e Justificação*, implica colocar toda a ênfase na argumentação, que "permanece o único meio disponível para se certificar da verdade", *porque não há outra maneira de examinar pretensões de verdade tornadas problemáticas*. Tal circunstância permite uma aproximação da teoria do discurso habermasiana da teoria da argumentação, pela qual, ao fim e ao cabo, somente é verdadeiro um enunciado se estiver em conformidade com um determinado procedimento, isto é, os procedimentos que regram a argumentação (em Habermas, a resposta estará dependente da obediência da forma da argumentação).

possível sustentar que a ponderação (feita em etapas ou não) seja uma "atividade hermenêutica", uma vez que o círculo hermenêutico aponta exatamente para a superação de qualquer atividade interpretativa ligada ao esquema sujeito-objeto, rejeitando, *ipso facto*, toda e qualquer possibilidade de subsunções ou deduções;

segundo, quando se diz que a Constituição e as leis são constituídas de plurivocidades sígnicas (textos "abertos", palavras vagas e ambíguas, etc), tal afirmativa não pode dar azo a que se diga que sempre há várias interpretações e, portanto, que o direito permite múltiplas respostas, circunstância que, paradoxalmente, apenas denuncia – e aqui chamo à colação as críticas de Dworkin a Hart – as posturas positivistas que estão por trás de tais afirmativas; por isso também são incompatíveis com a hermenêutica as teses que sustentam que o advento dos princípios e das cláusulas gerais possibilitam uma (maior) "abertura" (liberdade) interpretiva em favor dos juízes, circunstância que recoloca, no paradigma neoconstitucionalista, a principal característica do positivismo: a discricionariedade;

terceiro, quando, por exemplo, Gadamer confronta o método, com o seu *Verdade e Método*, não significa que a hermenêutica seja relativista e permita interpretações discricionárias/arbitrárias; portanto, a hermenêutica é incompatível com discricionariedades e arbitrariedades interpretativas;

quarto, quando se fala na invasão da filosofia pela linguagem, mais do que a morte do esquema sujeito-objeto, isso quer dizer

que não há mais um sujeito que assujeita o objeto (subjetivismos/axiologismos que ainda vicejam no campo jurídico) e tampouco objetivismos; também por isso não é mais possível falar em subsunções ou deduções e dualismos (cisões) entre regra e princípio, casos fáceis e casos difíceis;

quinto, o fato de ter se popularizado a máxima de que "interpretar é aplicar" e de que "interpretar é confrontar o texto com a realidade", não significa que texto e realidade sejam coisas que subsistam por si só ou que sejam "apreensíveis" isoladamente, sendo inadequado sustentar, portanto, que interpretar é algo similar a "fazer acoplamentos entre um texto jurídico e os fatos" ou, como numa metáfora que circula nas salas de aula, "entre um parafuso e uma porca" (sic), em que o parafuso seria o texto e a porca, a realidade, sendo a aplicação, *ipso facto*, o resultado dessa "junção";

sexto, de igual maneira, quando se popularizou a assertiva de que o texto não é igual à norma e de que a norma é o produto da interpretação do texto, nem de longe se quis dizer que o texto não vale nada ou que norma e texto sejam "coisas à disposição do intérprete", ou, ainda, que depende do intérprete (solipsista) a "fixação da norma"; em realidade, esquece-se que a "norma" deve ser compreendida como o texto em forma de enunciados, em que o conteúdo veritativo não é nada mais do que a dimensão predicativa, isto é, *aquilo que se diz sobre ele*;

sétimo, se texto e norma não são a mesma coisa, tal circunstância não implica a afirmação de que estejam separados (cindidos) ou de que o texto contenha a própria norma (as súmulas e os verbetes "proto-sumulares" são a prova disso), mas, sim, que apenas há uma diferença (ontológica) entre ambos;

oitavo, é um equívoco pregar que o texto jurídico é apenas "a ponta do *iceberg*" e que a tarefa do intérprete é a de revelar o que está "submerso", porque pensar assim é dar azo à discricionariedade e ao decisionismo, características do positivismo;

nono, a fundamentação de decisões (pareceres, acórdãos, etc) a partir de ementas jurisprudenciais sem contexto e verbetes proto-lexicográficos apenas reafirma o caráter positivista da

interpretação jurídica, pois esconde a singularidade dos "casos concretos";

décimo, é preciso ter em mente que a reprodução de ementas e verbetes sem contexto apenas enfraquece a reflexão crítica, fenômeno que pode facilmente ser constatado nas práticas tribunalícias (decisões que tão-somente reproduzem ementários), retroalimentadas pela doutrina ("cultura" dos manuais), que vem assumindo, dia-a-dia, um conceitualismo que a joga de volta ao realismo filosófico.

A viravolta hermenêutica e a crise dos modelos interpretativos – está superado o esquema sujeito-objeto?

IV. Se é certo que essa corrida em direção à hermenêutica jurídica (nas suas diversas formas e vertentes), isto é, essa "viravolta concretizadora", propiciou efetivos avanços no campo da efetivação dos direitos (*lato sensu*), também é certo que algumas posturas fomentaram uma verdadeira "ideologia decisionista", em que a situação concreta desaparece no interior da "conceitualização" (conceitos doutrinários, ementas jurisprudenciais descontextualizadas, etc.). Ou seja, é a pretensão universalizante dos conceitos prévios, sempre feita a partir da justificativa de que a lei não pode abarcar todas as hipóteses de aplicação. O paradoxal é que a institucionalização da súmula com efeito vinculante aponta na direção contrária, isto é, parece que os juristas "descobriram" um modo de "abarcar as múltiplas hipóteses de aplicação de uma lei...".

V. Em suma, a alusão ao "caso concreto" transformou-o em álibi teórico, a partir do qual se pode atribuir qualquer sentido ao texto e qualquer decisão pode ser produzida. Nesse rol, podem ser elencadas as diversas posturas positivistas, que, de um modo ou de outro, trabalham com a possibilidade de múltiplas respostas, ou transferindo o problema da interpretação do direito para os conceitos elaborados previamente pela dogmática jurídica (pautas gerais, súmulas, verbetes jurisprudenciais) ou deixando a cargo do sujeito-intérprete a tarefa de "descobrir os valores ocultos do texto".

VI. Lembremos que na escola da exegese toda a norma era geral, e o juiz – em face da cisão entre fato e direito – ficava restrito ao exame dos fatos, a partir de uma subsunção. Tratava-se do império objetivista do texto produzido pela vontade geral. A vontade geral atuava como prévia fundamentação. O juiz era a "boca que pronunciava a lei". O contraponto histórico vem com as correntes subjetivistas. A norma, agora, é individual; o legislador faz o texto, e o intérprete "faz" a norma.

VII. Assim, quando hoje – em pleno paradigma principiológico, neoconstitucionalista e superador do positivismo que se sustenta(va) pela regra e pela subsunção – tudo parece indicar que é vencedora a tese da realização do direito (norma) "somente na situação concreta", *não podemos cair na armadilha do axiologismo, possibilitando uma espécie de retorno à discricionariedade positivista, como se os princípios proporcionassem ainda mais abertura na interpretação dos juízes no "caso concreto"*.

VIII. Ora, isso não é assim e não pode ser assim. A norma (sentido) a ser aplicada pelo juiz não é produto de sua vontade (ou de sua "discricionariedade"). Para a hermenêutica de vertente gadameriana, esse problema da discricionariedade se resolve pelo seu caráter anti-relativista. A antecipação de sentido que se dá na *applicatio* – porque não há cisão entre interpretar e aplicar – funciona como uma blindagem contra a discricionariedade na atribuição dos sentidos.

IX. Esse problema da discricionariedade, a toda evidência, não passou despercebido para teorias com pretensões críticas como a teoria do discurso habermasiana. Entretanto, Habermas tentou resolver esse problema relacionado à "subjetividade do juiz" (seu solipsismo), dividindo/cindindo, como já se viu, a partir de Günther, o discurso jurídico em "discurso de fundamentação" e "discurso de aplicação". Nas sua palavras, "ao estabelecer suas políticas, o legislador interpreta e estrutura de direitos, ao passo que a justiça só pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o 'direito e a lei', a fim de chegar a decisões coerentes num caso concreto".[5] Tal circunstância, na leitura de

5 Cf. Habermas, *Direito e Democracia II*, p. 183.

Garcia Amado, *retira do juiz a responsabilidade pela fundamentação da norma que aplica*, ou seja, "la racionalidad de su decisión ya no dependerá del fundamento racional de esa norma, cuestión que ya estará resuelta em um discurso distinto y anterior, sino de la interpretación discursiva de la situación e la concreción de la norma mas apta, que será la norma de esse preciso caso".[6]

X. Parece não haver dúvida de que, ao transferirem/delegarem aos juízes a tarefa de solucionar – discricionariamente – casos difíceis, as posturas positivistas não fazem qualquer aposta hermenêutica. Assim, *Kelsen parece ser o mais pessimista de todos os autores*, porque coloca em plano secundário a interpretação judicial do direito, bastando, para tanto, uma leitura do oitavo capítulo da *Teoria Pura do Direito*. *Mutatis mutandis*, sob outros fundamentos, essa desconfiança para com o ato interpretativo (portanto, aplicativo) vem repetido nas teorias que retiram do intérprete (ou o desoneram) (d)a tarefa de fazer discursos de justificação. Guardadas as diferenças – e não são poucas –, tanto Kelsen como Habermas e Günther sempre consideraram a impossibilidade de superar o esquema sujeito-objeto, isto é, para eles, o modo para ultrapassar o sujeito solipsista não poderia ser feito a partir de uma alteração no modo de ser do sujeito, mas, sim, somente a partir da construção de uma metalinguagem, uma espécie de linguagem de segundo nível, livre das impurezas desse sujeito (razão prática, *locus* do sujeito solipsista, segundo Habermas). Olhado por esse aspecto, *Habermas e Günther ultrapassam a filosofia da consciência*, mas não a superam *stricto sensu*, ou seja, esse paradigma é visto como algo que faz parte – inexoravelmente – de uma razão prática que deve ser substituída por uma razão comunicativa. Por isso, Habermas inicia seu *Faticidade e Validade* anunciando a substituição da razão prática pela razão comunicativa. Observe-se: não há superação; há substituição.

XI. Disso decorre que, se a fundamentação racional da norma deve ser previamente dada a partir dos assim denominados discursos

6 Cf. Garcia Amado, Juan Antonio. *La filosofia del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universid Externado, 1997, p. 55.

de fundamentação ou, se se quiser, de justificação, tem-se, de certo modo, uma nova modalidade de juiz: *não mais um juiz que é a boca da lei, mas, sim, agora, um juiz que é a boca dos discursos da norma racionalmente fundada* prima facie, o que complica sobremodo as pretensões da teoria do discurso habermasiana, ao supervalorizar os discursos de fundamentação, que são os discursos sobre a validade do direito. Pode-se dizer, assim, que, enquanto no modelo liberal-burguês se proibia o juiz de pronunciar discursos de validade, na teoria do discurso desonera-se o juiz dos discursos de fundamentação (validade).[7] Mas, pergunto, há tanta diferença assim entre essa "proibição" e essa espécie de "desoneração"?

XII. Com efeito, se o modelo exsurgente da revolução burguesa tinha a lei (vontade geral) como categoria (premissa) para a tomada de decisões do juiz, que, politicamente, estava impedido de "imiscuir-se" na interpretação da vontade do povo (leia-se, burguesia), ficando restrito à analise dos fatos (faticidade), tem-se agora, na teoria do discurso, em pleno Estado Democrático de Direito, a substituição da "categoria-lei" pela "categoria-discurso-de-fundamentação-prévia". Ou seja, na teoria do discurso, ao que tudo indica, resta ao juiz a "autonomia" da tomada de decisões nas "zonas cinzentas que surgem entre legislação e aplicação do direito", devendo, entretanto, sempre serem complementados pelos discursos de fundamentação.[8]

XIII. Penso, assim, que Habermas cai em uma nova objetividade: a dos discursos fundacionais previamente dados acerca da racionalidade das normas a serem aplicadas pelo juiz. Como lembra Arango, o afã de Habermas em apresentar uma fundamentação pós-metafísica do direito lhe roubou a possibilidade de oferecer um conceito autenticamente aberto, discursivo, de direito subjetivo, que poderia servir-lhe como base de seu sistema de direitos. A estreiteza do conceito de direito subjetivo em Habermas conduz a que os direitos fundamentais sociais somente podem ser fundados relativamente, desde que, para tanto, sejam determinados pela participação política, o que, em muitos casos (crianças, velhos, enfermos graves, discriminação sistemática à mulher, etc.) resulta inadequado e de conseqüências imprevisíveis.[9] Ocorre, assim, uma objetificação do discurso de fundamentação. Por esse motivo, não parece desarrazoado dizer que Habermas não distingue, paradigmaticamente, o empírico do transcendental. Tanto é assim que *sua pragmática é universal*, e não transcendental (que se faz com discursos práticos). A pragmática não tem nada de elemento prévio, circunstância, aliás, que o coloca contra Apel.

XIV. Para além de cisões, a aplicação hermenêutica não é somente a aplicação pelo juiz. Na hermenêutica filosófica, nem a norma está previamente fundamentada e nem é o juiz quem a "faz". Portanto, torna-se despiciendo afirmar que a aplicação (*applicatio*) hermenêutica não é somente a que é feita pelo juiz. A *applicatio* é esse momento em que se encontram fundamentação e aplicação, sem que, entretanto, cada um deles possa ser compreendido isoladamente. Um só é em face do outro. *Esse fenômeno ocorre na diferença ontológica.* Em conseqüência, é possível dizer que sempre aplicamos. Na discordância com a teoria do discurso habermasiana aqui exposta – sem precisar ressalvar a grande contribuição da teoria do discurso haberma-

7 *É evidente que não se ignora a relação que Habermas faz entre os discursos de fundamentação prévia e os discursos de aplicação. O questionamento tem relação com o caráter prévio da fundamentação (validade), elaborada sem a necessidade da situação concreta e a retirada dessa carga (fundamentadora/justificadora) do discurso de aplicação.*

8 *Nas palavras de Habermas, Direito e Democracia II, op. cit.*, p. 183, "na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para o desenvolvimento do direito – a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cautelas, é obrigada a to-mar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito –, os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação".

9 Cf. Arango, El concepto de derechos sociales fundamentales, *op. cit.*, pp. 269-270, que alerta para o fato de que o conceito de direito subjetivo acolhido por Habermas não se encontra em harmonia com a sua teoria da ação comunicativa e nem se adequa à sua teoria discursiva do direito. Isso porque Habermas limita de antemão as possíveis razões para os direitos subjetivos de modo que outras razões (p. ex., as necessidades básicas), não deriváveis indiretamente da autonomia individual, ficam excluídas da discussão constitucional. Ernst Tugendhat, acertadamente, coloca sua preocupação acerca dessa questão, ao dizer que a orientação unilateral pela liberdade é equivocada até para a tardição liberal, porque em especial o direito à vida e à integridade física não são em absoluto direitos de liberdade (*Leciones sobre ética*. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 344). Se o que pretende Habermas – continua Arango – é apresentar uma teoria discursiva dos direitos, deveria apoiar seu sistema de direitos sobre um conceito aberto e, nesse sentido, discursivo, e não no limitado valor da liberdade.

siana para a afirmação do Estado Democrático de Direito –, *a questão principal reside na impossibilidade de cindir discursos de fundamentação e discursos de aplicação.* E isso acarreta conseqüências. Este é o ponto em que incide a diferença entre texto e norma, entre ser e ente, entre questão de fato e questão de direito, entre palavra e coisa, etc. Compreendemos aplicando e aplicamos compreendendo.

XV. O que a teoria do discurso não leva em conta – e essa problemática se estende as diversas teorias da argumentação *stricto sensu*, embora com outras consequências (p. ex., *em favor da teoria do discurso habermasiana registre-se a acertada rejeição de se recorrer a valores e à ponderação, ao contrário das teorias argumentativas*) – é que, antes da explicação causal (se se quiser, o raciocínio subsuntivo-dedutivo), há algo mais originário e que é condição de possibilidade de qualquer explicação causal. Trata-se da pré-compreensão, da antecipação de sentido, onde o horizonte de sentido (pré-juízos) limita o processo de atribuição de sentido. Essa dimensão pré-compreensiva, forjada no mundo prático (faticidade), não é um elemento formal, traduzível por regras de argumentação, por exemplo, como se fosse um caminho para algo. Essa dimensão ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais, que fazem parte de nossa experiência (faticidade, modo-de-ser-no-mundo) e são, portanto, elementos a que temos acesso mediante o esforço fenomenológico de explicitação (Stein).

XVI. Essa problemática terá reflexos incomensuráveis na discussão dos assim denominados "casos fáceis" e casos difíceis" e qualquer outra distinção de ordem estrutural (regras e princípios, subsunção e ponderação, interpretação e aplicação, texto e norma, para referir apenas estas). A dupla estrutura da linguagem comanda essa "blindagem" antidualística.

XVII. "Casos fáceis" e "casos difíceis" partem de um mesmo ponto e possuem em comum algo que lhes é condição de possibilidade: a pré-compreensão.

XVIII. Acreditar na distinção (cisão) entre casos (fáceis) simples e casos difíceis (complexos) é pensar que o direito se insere em

uma "suficiência ôntica", enfim, que a "completude" do mundo jurídico pode ser "resolvida" por raciocínios causais-explicativos, em uma espécie de "positivismo da causalidade". Pensar assim é esquecer que essa "metafísica da causalidade" é apenas uma etapa necessária para chegarmos aos entes.

XIX. Partir de uma pré-elaboração do que seja um caso simples ou complexo é incorrer no esquema sujeito-objeto, como se fosse possível ter um "grau zero de sentido", insulando a pré-compreensão e tudo o que ela representa como condição para a compreensão de um problema. Não esqueçamos jamais que a discricionariedade interpretativa é fruto do paradigma da filosofia da cosnciência e se fortalece na cisão entre interpretar e aplicar, o que implica a prevalência do dualismo sujeito-objeto. E essa discricionariedade/arbitrariedade positivista – sob as mais variadas vestes – ainda domina o modo-de-agir dos juristas.

XX. Enquanto Dworkin considera o discricionarismo antidemocrático, Hart vai dizer que o poder discricionário é o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentações desses litígios (casos difíceis), por exemplo, o reenvio ao Legislativo. Embora as correntes positivistas possam não concordar com a afirmação, Hart representa uma espécie de pensamento médio: aliás, há uma coisa em comum entre o positivismo e as diversas teorias da argumentação: a distinção/divisão "casos simples – casos complexos" (fáceis-difíceis), o que demonstra a presença (e permanência) do paradigma da filosofia da cosnciência, emergente do dualismo metafísico e do esquema sujeito-objeto.

Constituir-a-ação: a permanência do caráter dirigente e compromissório da Constituição – a incindibilidade entre o constitucionalismo e a realização dos direitos fundamentais-sociais.

XXI. Na medida em que o direito é um saber prático que deve servir para resolver problemas e concretizar as promessas da modernidade que ganharam espaço nos textos constitucionais, a superação dos obstáculos que impedem o acontecer do constitucionalismo de caráter transformador, estabelecido pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito, pressupõe a

construção das bases que possibilitem a compreensão do estado da arte do *modus* operacional do direito, levando em conta um texto constitucional de nítida feição compromissória e dirigente e que, passadas mais de duas décadas, longe está de ser concretizado.

XXII. Na base dessa inefetividade, para além do problema relacionado à configuração política e econômica da sociedade brasileira (democracia em consolidação, alternando longos espaços de ausência de Estado de Direito, a histórica desigualdade social, a cultura patrimonialista, o regime presidencialista que se mantém com governabilidade *ad hoc*), encontra-se consolidada uma cultura jurídica positivista que coloniza a operacionalidade (doutrina e jurisprudência) e o processo de elaboração das leis, em um processo de reatroalimentação.

XXIII. O problema da inefetividade da Constituição não se resume a um confronto entre modelos de direito. *O confronto é, pois, paradigmático.* Veja-se, nesse sentido, o problema surgido na Espanha pós-Constituição de 1978, que formalmente encerrava a transição da ditadura franquista à democracia constitucional. Confronto paradigmático significa o embate entre o novo e o velho, como bem demonstra Hernández Gil, lembrando a necessidade de mudar radicalmente a linguagem jurídica, o sistema de linguagem ou o marco de referência jurídico de todos os operadores do direito da Espanha para uma compreensão adequada do novo paradigma constitucional recém-instituído. Neste ponto, assinala o professor espanhol, o ano de 1981 pode ser considerado crucial para esse intento. Com efeito, basta que se examine a correlação semântica que os juristas tinham antes e têm agora acerca de expressões como igualdade, discriminação, inocência, prova, domicílio ou lei fundamental, cujos significados sofreram radical alteração se comparados com a versão a-técnica e pré-técnica que tinham antes da entrada em funcionamento do Tribunal Constitucional. Sem a existência de um Tribunal Constitucional, tais modificações não teriam se firmado com tanta firmeza ou, ao menos, tal fenômeno não teria ocorrido com tanta rapidez. E isso pode servir para colocar uma questão de relevante interesse: o Tribunal Constitucional não somente utiliza normas de interpretação, como as

constrói e impõem à comunidade jurídica. Assim, na sentença 64/83, impôs aos juízes e Tribunais a obrigação de interpretar as leis em conformidade com a Constituição.[10]

XXIV. A Constituição ainda constitui, pois. E algumas posições precisam ser assumidas. Como bem diz Bercovici, "a principal crítica às Constituições que contêm programas de atuação, chamadas de 'Constituição dirigente', como a nossa, é a acusação de que elas 'prendem' os sucessivos governos à realização de seus objetivos, não respeitando o ideal da alternância política dos governos. A discricionariedade das políticas de governo é larga, mas não absoluta. Discricionariedade não significa plena liberdade e nem arbitrariedade; afinal, os governos constitucionais devem atuar de acordo com a Constituição. Do mesmo modo, a política não pode ser conduzida simplesmente por juízos de oportunidade, mas também está vinculada a padrões e parâmetros jurídicos, especialmente constitucionais. Ao contrário do que alegam seus críticos, a Constituição não substitui a política. Do mesmo modo, a Constituição é base para a legislação, mas a legislação não é simples execução da Constituição. O legislador tem margem de atuação política própria, embora possa ser limitado pelas diretrizes constitucionais. A Constituição, portanto, não é neutra, pois contém um programa de atuação que se impõe para o Estado e a Sociedade. Também não quer dizer que o texto constitucional tira a liberdade de opções políticas dos cidadãos. Este programa é, nas palavras de Diaz Revorío, 'suficientemente abierto', garantindo o pluralismo político".[11]

XXV. Daí que, analisando a problemática a partir do estado da arte da (in)efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil, com os olhos voltados ao conteúdo dirigente e compromissário da Constituição de 1988, penso que esta *tem uma força sugestiva*

10 Cf. Hernández Gil, Antonio. La justicia en la concepción del derecho según la Constitución española. In: *División de Poderes*, *op. cit.*, p. 155. No caso brasileiro, veja-se, p. ex., os conceitos de direito adquirido, ato jurídico perfeito, uso da propriedade, etc., cujos conceitos continuam sendo buscados em doutrina e textos legais infraconstitucionais escritos há dezenas de anos, como se os textos e as expressões tivessem conceitos-em-si-mesmos, metafísicos, portanto.

11 Cf. Bercovici, *Desigualdades*, *op. cit.*, pp. 289 e 290.

relevante quando associada à idéia de estabilidade que, em princípio, se supõe lhe estar imanente.[12] Esta estabilidade está articulada com o projeto da modernidade política, que, sucessivamente implementado, respondeu a três violências ("triângulo dialéctico"), através da categoria político-estatal: a) respondeu à falta de segurança e de liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de Direito contra a violência física e o arbítrio); b) deu resposta à desigualdade política, alicerçando liberdade e democracia (Estado Democrático); c) combateu a terceira violência – a pobreza – mediante esquemas de socialidade.[13] Tenho presente, assim, que a "Constituição dirigente" continua a ser o suporte normativo do desenvolvimento deste projeto de modernidade.

XXVI. Na medida em que não resolvemos essas três violências, mostra-se equivocado falar em desregulamentação do Estado, "lipoaspiração da Constituição" (sic) e enfraquecimento do papel da jurisdição constitucional. A pretensão é que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, *como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição.* A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se "interpõe" entre o Estado e a Sociedade.

XXVII. Descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado, implica solapar o próprio contrato social. O texto constitucional, fruto desse processo de repactuação social, não pode ser transformado em um latifúndio improdutivo. Afinal, como bem alerta Friedrich Müller, a função do direito constitucional, da legislação e da concretização da Constituição é exatamente a de manter a legitimidade do agrupamento político-estatal.

XXVIII. A Constituição, além de ser *o elo conteudístico que une "política e direito"* em um determinado Estado, é também um (eficiente) remédio contra maiorias. E, ao se constituir em remédio contra maiorias (eventuais ou não), tem-se que a Constituição traz ínsito um núcleo político que somente pode ser extirpado/solapado a partir de uma ruptura institucional. Esta é a regra do jogo democrático e o custo que representa viver sob a égide do Estado Democrático de Direito. E é dessa intrincada engenharia política que exsurge um *novo papel para o direito* e, por conseqüência, para a Constituição.

12 Ver, para tanto, Canotilho, *O Estado Adjetivado, op. cit.*, p. 40.
13 Idem, ibidem.

XXIX. Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e o grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, os defensores das teorias processuais-procedimentais e, do outro, os que sustentam posições materiais-substanciais acerca da Constituição. Alinho-me aos defensores das teorias materiais-substanciais da Constituição, porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais afigura-se com condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteúdistico que une política e direito. Como bem diz Laurence Tribe, as teorias procedimentalistas parecem apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso; porém, dizer que o processo é em si mesmo valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva.

XXX. A função da jurisdição constitucional deve fazer prevalecer a Constituição contra as maiorias eventuais, sem, a toda evidência, resvalar em direção a ativismos e/ou decisionismos, discussão, aliás, que perpassou estas reflexões em toda a sua extensão. Ou seja, a existência de um contramajoritarismo é condição de possibilidade para a efetivação dos direitos substantivos previstos na Constituição, funcionando, assim, essa regra, como uma garantia contra o enfraquecimento do núcleo político essencial que aponta para a construção de um Estado Social (art. 3º da CF). É essa tensão entre política e direito que inexoravelmente desaguará na discussão do papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional.

XXXI. Definitivamente, não se pode confundir a defesa de posturas substancialistas com ativismos judiciais. A defesa da Constituição – nos moldes substancialistas aqui definidos à luz da hermenêutica – está muito além de acusações desse jaez. Ativismos judiciais e discricionariedades interpretativas caminham,

no mais das vezes, lado a lado. *É a possibilidade efetiva de respostas corretas que se constitui como blindagem contra ativismos/discricionariedades.* Neste ponto, a hermenêutica aparece como um diferencial, deixando claro que suas preocupações em relação às teorias da argumentação (questão dos valores, papel da moral corretiva e a problemática relacionada ao uso da ponderação) são similares às da teoria do discurso habermasiana, isto é, é neste ponto que se pode dizer que há um convergência entre hermenêutica filosófica e a s teses habermasianas.

XXXII. Torna-se evidente – e não deve pairar qualquer dúvida a esse respeito – que não é difícil sustentar que a defesa de um substancialismo material-constitucional não dispensa – e não pretende dispensar – o papel fundamental que deve ser exercido pelo procedimento. Na verdade, o problema é exatamente o oposto, ou seja, o problema está na pretensão de autonomização das teorias processuais. Ora – e o alerta vem em boa hora formulado por José Adércio Leite Sampaio –, a Constituição não pode ser meramente procedimental a dispor sobre as regras de formação da vontade política exclusivamente. Entretanto, aduz, também não pode ser uma ordem dura de valores. É, sim, uma simbiose que assume as formas jurídicas e se limita às suas contingências, ao seu tempo e ao seu povo. A Constituição é uma obra inacabada e que tende a se rebelar contra seus criadores. A tarefa do jurista é pôr em marcha essa tendência dispersiva do texto sem permitir que se esvaia o sentido de norma ou que se destrua a engenharia original dos fundadores. É tentar domar o mito e decodificá-lo juridicamente. E é nesse contexto que deve ser analisada a jurisdição constitucional.[14]

XXXIII. Uma "baixa compreensão" acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inevitavelmente acarretará uma "baixa aplicação", com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos fundamentais sociais. As condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam (sempre e inexoravelmente) a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos)

14 Cf. Leite Sampaio, José Adércio. *A Constituição reiventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 19.

acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social. Desse belvedere compreensivo, o intérprete formulará (inicialmente) seus juízos acerca do sentido do ordenamento. E, sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o sistema jurídico – e essa é a especificidade maior da ciência jurídica –, de sua interpretação/aplicação (adequada ou não) é que exsurgirá a sua (in)efetividade.

XXXIV. Nesse confronto paradigmático, as velhas teses acerca da interpretação (subsunção, silogismo, individualização do direito na "norma geral", a partir de "critérios puramente cognitivos e lógicos", liberdade de conformação do legislador, discricionariedade do Poder Executivo, o papel da Constituição como estatuto de regulamentação do exercício do poder) dão lugar a uma hermenêutica que não trata mais a interpretação jurídica como um problema (meramente) "lingüístico de determinação das significações apenas textuais dos textos jurídicos".[15] Trata-se, efetivamente, de aplicar o grande giro hermenêutico ao direito e, portanto, à Constituição.

XXXV. O novo constitucionalismo nascido da revolução copernicana do direito público traz para dentro do direito temáticas que antes se colocavam à margem da discussão pública: a política, representada pelos conflitos sociais, os direitos fundamentais sociais historicamente sonegados e as possibilidades transformadoras da sociedade a serem feitas *no* e *a partir* do direito. Afinal, direito constitucional é direito político (H. P. Schneider).

XXXVI. Tais perspectivas nos aparecem a partir de um constitucionalismo compromissório e (ainda) dirigente,[16] mormente em países

15 Veja-se, a propósito, a contundente crítica de Neves, Antonio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 287 e segs.

16 As características desse novo constitucionalismo provocam profundas alterações no direito, proporcionando a superação do paradigma positivista, que pode ser compreendido no Brasil como produto de uma simbiose entre formalismo e positivismo, no modo como ambos são entendidos pela(s) teoria(s) crítica(s) do direito. Na verdade, embora o positivismo possa ser compreendido no seu sentido positivo, como uma construção humana do direito enquanto contraponto ao jusnaturalismo, e tenha, portanto, representado um papel relevante em um dado contexto histórico, no decorrer da história ele acabou se transformando – e no Brasil essa questão assume foros de dramaticidade – em uma concepção matematizante do social, a partir de uma dogmática jurídica formalista, de nítido caráter retórico. Com efeito, se o formalismo e o positivismo marca(ra)m indelevelmente o pensamento jurídico moderno, no Brasil é possível dizer que em muitos aspec-

onde as promessas da modernidade nunca foram cumpridas. E a materialidade das Constituições se institucionaliza a partir da superação dos três pilares nos quais se assenta(va) o positivismo jurídico (nas suas variadas formas e facetas): o problema das *fontes* (a lei), a teoria da *norma* (direito é um sistema de regras em que não há espaço para os princípios) e as condições de possibilidade para a compreensão do fenômeno, isto é, a questão fulcral representada pela *interpretação*, ainda fortemente assentada no esquema sujeito-objeto, donde a permanência do modelo subsuntivo, como se a realidade fosse acessível a partir de raciocínios causais-explicativos.

XXXVII. As características desse novo constitucionalismo provocam profundas alterações no direito, proporcionando a superação do paradigma positivista, que pode ser compreendido no Brasil como produto de uma simbiose entre formalismo e positivismo, no modo como ambos são entendidos pela(s) teoria(s) crítica(s) do direito. Na verdade, embora o positivismo possa ser compreendido no seu sentido positivo, como uma construção humana do direito enquanto contraponto ao jusnaturalismo e tenha, portanto, representado um papel relevante em um dado contexto histórico, no decorrer da história, ele acabou se transformando – e, no Brasil, essa questão assume foros de dramati-

tos ambos (ainda) se confundem, isto porque se engendrou um imaginário jurídico atrelado, ao mesmo tempo, ao formalismo e às suas insuficiências para explicar o direito e a realidade (o direito é concebido no plano abstrato e entendido como sendo apenas um objeto histórico-cultural), e ao positivismo, com as suas características que vêm delineando os caminhos da doutrina e jurisprudência, como: a não-admissão de lacunas; o não-reconhecimento dos princípios como normas; as dificuldades para explicar os "conceitos indeterminados"; as normas penais em branco e as proposições carentes de preenchimento com valorações, proporcionando *a discricionariedade do juiz, que acaba se transformando em arbítrio judicial (ou decisionismos voluntaristas)*; refira-se, ainda, a inoperância em face dos conflitos entre princípios, *culminando, via de regra, na sua negação, com a remessa da solução à discricionariedade do juiz*; por último, tem ficado visível que o positivismo não tem como tratar da questão da legitimidade do direito. Por isto, a legalidade ocupa o lugar da legitimidade (ver Grau, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 30 e segs.). Como conseqüência dessa (con)fusão entre normativismo e positivismo, tem-se uma verdadeira blindagem contra a "intervenção" da Constituição (entendida nos quadros do neoconstitucionalismo), que introduz as condições para a superação do problema da identificação (imanência) normativista-positivista entre vigência e validade: na verdade, a Constituição introduz a *diferença* entre vigência e validade, alçando a validade à condição primeira, caindo por terra a plenipotenciariedade textual-normativa e tudo o que isto vem representando no campo jurídico.

cidade – em uma concepção matematizante do social, a partir de uma dogmática jurídica formalista, de nítido caráter retórico. Com efeito, se o formalismo e o positivismo marca(ra)m indelevelmente o pensamento jurídico moderno, no Brasil é possível dizer que em muitos aspectos ambos (ainda) se confundem, isso porque se engendrou um imaginário jurídico atrelado, ao mesmo tempo, ao formalismo e às suas insuficiências para explicar o direito e a realidade (o direito é concebido no plano abstrato e entendido como sendo apenas um objeto histórico-cultural), e ao positivismo, com as suas características que vêm delineando os caminhos da doutrina e da jurisprudência, como: a não-admissão de lacunas; o não-reconhecimento dos princípios como deontológicos; as dificuldades para explicar os "conceitos indeterminados"; as normas penais em branco e as proposições carentes de preenchimento com valorações, proporcionando *a discricionariedade do juiz, que acaba se transformando em arbítrio judicial (ou decisionismos voluntaristas)*; refira-se, ainda, a inoperância em face dos conflitos entre princípios, *culminando, via de regra, na sua negação, com a remessa da solução à discricionariedade do juiz*; por último, tem ficado visível que o positivismo não tem como tratar da questão da legitimidade do direito. Por isso, a legalidade ocupa o lugar da legitimidade. Como conseqüência dessa (con)fusão entre normativismo e positivismo, tem-se uma verdadeira blindagem contra a "intervenção" da Constituição (entendida nos quadros do neoconstitucionalismo), que introduz as condições para a superação do problema da identificação (imanência) normativista-positivista entre vigência e validade: na verdade, a Constituição introduz a *diferença* entre vigência e validade, alçando a validade à condição primeira, caindo por terra a plenipotenciariedade textual-normativa e tudo o que isto vem representando no campo jurídico.

A resistência positivista em tempos de neoconstitucionalismo e os inadequados dualismos: de como Kelsen e Hart foram traídos.

XXXVIII. Não se pode menosprezar o papel do positivismo ainda nos dias atuais. Com efeito, o positivismo acredita que o mundo pode ser abarcado pela linguagem e que a regra – no plano do direi-

to – abarca essa "suficiência do mundo", isto é, a parte do mundo que deposita na regra as universalidades conceituais que pretendem esgotar a descrição da realidade. Na insuficiência daquela parte da linguagem para fornecer as respostas, chama-se à colação a subjetividade do intérprete, que, de forma solipsista, levanta o véu que "encobre" a resposta que a regra não pôde dar (sic). Ora, a diferença entre a regra (positivista) e o princípio é que este está contido naquela, atravessando-a, resgatando o mundo prático. Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo –, o *princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro* (aqui, o antidualismo entra como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno).

XXXIX. O princípio é a enunciação do que está enunciado. O enunciado pretende impor um universo significativo auto-suficiente. No fundo, a dogmática positivista não conseguiu ainda superar nem mesmo a metafísica clássica, circunstância facilmente perceptível em setores importantes da doutrina que a sustenta, que acreditam que a palavra da lei (regra) designa não a coisa individual, mas a "comum a várias coisas individuais", ou seja, a essência captável pelo intérprete (as súmulas são um típico exemplo da tentativa de abarcar a "substância" dos diversos casos jurídicos); por outro lado, a dogmática jurídica também não superou a metafísica moderna, o que se pode perceber nas posturas de considerável parcela dos juristas que – a pretexto de "ultrapassar" a "literalidade" do texto – coloca no sujeito a tarefa solipsista de descobrir os valores "escondidos" debaixo da regra, isto é, na "insuficiência" da regra – construída a partir da consciência de si do pensamento pensante – entra em cena o intérprete, para levantar o véu que "encobre o verdadeiro sentido da regra" (sic).

XL. Enquanto as insuficiências provocadas pela limitação própria das regras eram "superadas" pelas teorias da argumentação e correlatas (mas sempre ainda atreladas a teses axiológico-subjetivas), através do manuseio das incertezas (inerentes) da linguagem, o paradigma que supera esse modelo, sustentado no novo constitucionalismo, *passa a ter na aplicação dos princípios* – e não na sua ponderação como quer, por exemplo, Alexy – o modo de alcançar respostas adequadas constitucionalmente (respostas hermeneuticamente corretas), além de evitar a descontextualização do direito, cindindo o que é incindível: fato e direito, texto e norma, palavra e coisa, interpretação e aplicação, enfim, tantos dualismos que sustentam o modelo positivista-metafísico do direito. Na verdade, Alexy confunde texto e norma, deixando de lado a necessária problematização da aplicação, esquecendo-se, assim, do caso concreto. A teoria da argumentação proposta por Alexy busca uma espécie de ultra ou transracionalidade, alcançável a partir de fórmulas aptas a realizar o que ele denomina de ponderação de princípios (para além de Alexy, já se fala em ponderação de regras, como é o caso de Humberto Ávila).

XLI. Nesse embate paradigmático, assume relevância a *tensão* entre regras e princípios. Ante o conceitualismo provocado pelo império das regras, transformadas em significantes primordiais-fundantes, aptos para subsunções e deduções, reforçando, portanto, a subjetividade (discricionariedade) do intérprete, *os princípios* (constitucionais ou decorrentes da materialidade da Constituição) *ingressam no cenário* para superar esse paradigma da dedução (causalista-explicativo), que se move ainda no plano da teoria do conhecimento (esquema sujeito-objeto). Portanto, para esse setor da comunidade jurídica que defende tais posturas, a questão não é só metodológica; é ontológica no sentido clássico – esse paradigma é o da objetivação; nesse paradigma, há uma questão de método –; é uma posição ontológico-metafísica. *Move-se, pois, no campo do fundamentar.* Em outras palavras: *há um fundamento objetivamente ontológico e disso resulta o método positivista.* E é por tais razões que o método positivista exclui o hermenêutico e a pré-compreensão. *Quem está preso a esse paradigma é incapaz de entrar no campo do compreender, fixando-se na fundamentação de caráter objetificante.* O método é a forma, por excelência, de objetificação metafísica.

XLII. Parece não haver dúvida de que o positivismo – compreendido *lato sensu* – não conseguiu aceitar a viragem interpretativa ocorrida na filosofia do direito (invasão da filosofia pela

linguagem) e suas conseqüências no plano da doutrina e da jurisprudência.

XLIII. A discricionariedade positivista (no seu sentido clássico-original) – embora "limitada" pelo ordenamento jurídico – gera, de forma inexorável, uma espécie de *mundo da natureza hermenêutico*, em que viceja a liberdade interpretativa (veja-se, por todos, o decisionismo kelseniano e a discricionariedade admitida por Hart para a resolução dos *hard cases*), em que, no fundo, sustentado em uma subjetividade "assujeitadora", "cada juiz decide como quer, de acordo com a sua subjetividade".

XLIV. Isto ocorre porque as "limitações textuais" que deveriam fazer a contenção da discricionariedade (não esqueçamos que o poder do juiz em Hart, por exemplo, sofre, como não poderia deixar de ser, as limitações do ordenamento jurídico), confinando-a nos marcos do ordenamento, *acabam sendo ultrapassadas por um "aprimoramento genético" do positivismo:* não satisfeito com uma "discricionariedade contida nos marcos do ordenamento", o positivismo, a partir do esquema sujeito-objeto, constrói diversas maneiras de ultrapassar esses obstáculos. Afinal – e o direito, longe de estar imune, é instrumento de poder –, há momentos em que o texto jurídico não reflete o interesse do intérprete, o que, de aliado, transforma-o em obstáculo. E essa ruptura/ultrapassagem do *sentido limitado apofanticamente* é feito a partir de diversas teorias que colocam na subjetividade do intérprete o *locus* do processo hermenêutico, como as teorias realistas e axiologistas (por vezes, simplesmente voluntaristas) em geral, que, quando lhes interessa, colocam os textos jurídicos em um plano secundário, sob o pretexto de que cabe ao intérprete a "descoberta" dos valores "escondidos" embaixo do texto. Nesse caso, *até mesmo os textos constitucionais podem soçobrar diante da plenipotenciaridade da consciência do intérprete.*

XLV. O que ocorreu é que os positivistas de *terrae brasilis* traíram Herbert Hart e Hans Kelsen, os quais, embora defensores do poder discricionário dos juízes, admitiam que este se dava somente nos limites da "moldura do texto" (limites semânticos, portanto), e não para além desses contornos. Ou seja, a discricionariedade admitida pelos positivismos hartiano e kelseniano foi transformada em arbitrariedade. Assim, para o positivismo praticado no Brasil parece natural que, em determinados momentos – mesmo em plena vigência da Constituição democrática de 1988 – os "limites semânticos" (a moldura) possam vir a ser ultrapassados, sob "argumentos" tais como: em nome da "justiça", "dos valores esculpidos na norma", etc. Nesse sentido, veja-se, só para exemplificar: a) a interpretação dada pela Comissão de Comissão e Justiça da Câmara dos Deputados ao art. 60 da Constituição do Brasil para sustentar a "constitucionalidade" da emenda constitucional – PEC 157 –, buscando "autorizar uma revisão constitucional no ano de 2007"; b) a "transformação" do art. 89 da Lei 9.099/95, em que o vocábulo "poderá" passou a ser entendido como "deverá";[17] c) a "criação" de um recurso processual pelos Tribunais, não previsto na legislação (os embargos declaratórios com efeitos infringentes); d) as incontáveis súmulas inconstitucionais e *contra-legem* emitidas pelos Tribunais, como o recente enunciado nº 330 do STJ, que "altera a redação" do art. 514 do Código de Processo Penal, restringindo direitos fundamentais.[18]

XLVI. O resultado disso é uma situação incontrolável no plano da operacionalidade do direito. É tarefa da teoria do direito, pois, construir um discurso que coloque um freio nesse "ir além" dos marcos do ordenamento, que deveria demarcar o espaço da discricionariedade-arbitrariedade interpretativa de que falaram Hart e Kelsen. Isto é, nem mesmo no interior do positivismo

17 Há decisões que simplesmente negam a legislação, invocando razões pragmáticas, desacompanhadas de fundamentação constitucional, como a da Câmara do Tribunal de Justiça do RS, que, entendendo que, por ser "uma das finalidades da pena penal o castigo", os fatos graves cometidos pelo acusado exigiam um cumprimento maior da pena que lhe foi imposta no regime que a sentença lhe impôs, *verbis*: "Ainda que implementou o requisito objetivo de um sexto da pena, por outro lado, não o cumpriu com relação ao efeito retributivo da condenação" (Agravo em Execução nº 70009949967).

18 Súmula 330: "É dispensável a resposta preliminar de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial". Tem-se, no caso, típico exemplo de decisionismo e arbitrariedade que decorre da discricionariedade positivista. A súmula contraria o Código de Processo Penal (nesse sentido, ver Streck, Maria Luiza S. A súmula 330 do STJ – desvelando os sintomas de uma crise. *Revista Ibero-americana de ciências penais*, Porto Alegre, n. 15, 2007, pp. 66-77). Portanto, não poderia ser emitida, uma vez que o Tribunal não é legislador. Isso para dizer o menos.

foi possível controlar o *(ab)uso* da subjetividade do intérprete. Por outro lado, se foi calcado no esquema sujeito-objeto da filosofia da consciência que o positivismo ultrapassou os limites normativos – veja-se a jurisprudência dos valores e o realismo jurídico norte-americano e escandinavo –, é com uma espécie de retorno à metafísica clássica (não confessada, evidentemente) que o mesmo positivismo buscará conter esse "mundo da natureza" hermenêutico.[19] E o faz através de verbetes, enunciados e súmulas vinculantes, *que pretendem abarcar todas as hipóteses de aplicação de cada texto jurídico* (com o sacrifício da situação concreta). Na medida em que, como sustenta parte considerável da teoria do direito, é impossível impedir que os juízes decidam "como querem" – porque, afinal, obedecem apenas à sua subjetividade –, buscou-se construir conceitualizações prévias (discursos de fundamentação prévios?) acerca do sentido das normas, *pensando-se, assim, que seria possível combater os "excessos" do positivismo através do próprio positivismo* (ou através de outras teorias de cariz analítico-discursivo).

XLVII. Essa construção dogmática é fruto de uma espécie de *adaptação darwiniana* do positivismo jurídico, que funciona a partir da elaboração de conceitos jurídicos com objetivos universalizantes, utilizando, inclusive, os princípios constitucionais, que passam a ter a "função de mandados de otimização". Ou seja, os princípios constitucionais que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceitualizações, que acabaram por transformá-los em regras. Basta ver, para tanto, que a preocupação sempre foi com a efetividade quantitativa, que, aliás, foi gerada pelo *modus* compreensivo-interpretativo calcado no esquema sujeito-objeto ainda vigorante no direito.

XLVIII. Parte considerável da doutrina reproduz a posição dos tribunais, que elaboram uma espécie de versão positivista de "discursos de fundamentação prévia". Ora, se os diversos mecanismos que buscaram resolver a multiplicidade de demandas não tiveram êxito até hoje – e todos eles possuem um perfil que objetiva colocar em segundo plano a substancialidade do direito –, é porque está sendo atacada tão-somente a contradição secundária do problema. Ou seja, se as múltiplas respostas e a discricionariedade (ausência de "controle" na interpretação e nas decisões judiciais) está ligada ao positivismo (em suas diversas matizes) – e é isso que gera o "caos" no sistema jurídico –, parece que a resposta está para além do positivismo e sua "*ratio essendi*".

19 É possível perceber uma certa imbricação dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no plano da metodologia do direito no Brasil. Enquanto alguns autores colocam na consciência do sujeito-juiz o *locus* da atribuição de sentido, outros ainda sustentam as teses formalistas que negam a figura do juiz como "órgão criador de direito".

XLIX. Trata-se, pois, de examinar essa complexa problemática a partir de um câmbio paradigmático, que envolve, certamente, um salto da subsunção à compreensão, do esquema sujeito-objeto para a intersubjetividade, da regra para o princípio e, fundamentalmente, do positivismo para o (neo)constitucionalismo, conseguindo-se, assim, uma solução adequada ao terceiro[20] problema que envolve a metodologia contemporânea: em face do caráter hermenêutico assumido pelo direito nesta quadra da história (paradigma do Estado Democrático de Direito) e em face da indeterminabilidade do direito, quais as possibilidade que temos para encontrar respostas corretas, evitando-se tanto os objetivismos como os subjetivismos interpretativos?

L. Contra o objetivismo do texto ou do "sentido previamente dado do texto" (posturas normativistas-semânticas)[21] e o subjetivismo (posturas axiológicas *lato sensu* que desconsideram ou relativizam o texto) do intérprete, cresce o papel da hermenêu-

20 Como já se viu, o primeiro problema é como se interpreta, enquanto o segundo é como se aplica. Ambos são resolvidos, no plano da hermenêutica, a partir de sua não-cisão, isto é, a partir da *applicatio*.

21 Como assinala Dworkin, o problema das teorias semânticas é que elas estão presas por um aguilhão semântico. Daí que, ou os advogados, apesar das aparências, realmente aceitam, em linhas gerais, os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não pode existir absolutamente nenhum verdadeiro acordo ou desacordo sobre o que é direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som. O segundo termo desse dilema parece absurdo. Portanto, os filósofos do direito adotam o primeiro e tentam identificar as regras fudnamentais ocultas que devem estar contidas, mas não reconhecidas, na prática jurídica. Elas produzem e discutem as teorias semânticas do direito. Cf. Dworkin, *O Império do Direito*, *op. cit.*, pp. 55-56.

tica de cariz filosófico e seu antirrelativismo. Embora o avanço e a importância das teorias do discurso para o enfrentamento das demandas de um universo de direito pós-positivista, em que a jurisdição assume especial relevância, pela necessidade de controlar a (in)determinabilidade das normas que não conseguem – por impossibilidade filosófica – abarcar as diversas hipóteses de aplicação, *a hermenêutica aqui proposta* (para superação do positivismo) *pretende ir além dos discursos prévios de fundamentação trazidos pelas teorias discursivas como solução para o problema da subjetividade* (e, portanto, da discricionariedade) *do juiz.*

O papel de uma Crítica Hermenêutica do Direito: a busca (e a necessidade) de respostas corretas.

LI. A hermenêutica, a partir do que venho denominando de uma *Crítica Hermenêutica do Direito* ou *Nova Crítica do Direito*, que introduz na relação texto-norma a diferença ontológica (*ontologische Differentz*), *locus* do mundo prático que é afastado pelas diversas teorias discursivo-procedurais, procura ultrapassar igualmente o dualismo "regra-princípio", evitando-se, assim, a repristinação da subsunção e da dedução para os assim denominados "casos simples" (lembremos a todo instante que, paras as teorias argumentativas, os casos simples são resolvidos dedutivamente!).

LII. A concepção hermenêutica que introduzo a partir d(ess)a *Nova Crítica do Direito* procura ir além da cisão/separação entre texto e norma. Texto não é um enunciado lingüístico; texto é evento; norma é produto da interpretação desse texto; portanto, a norma é a condição de possibilidade do sentido do texto. Normas não são, pois, "capas de sentido". Isso faz com que não se possa atribuir qualquer norma a um texto. É nisso que reside a superação do esquema sujeito-objeto; não há um sujeito que terá o objeto à sua disposição. O sentido de algo exsurgirá, assim, de uma síntese hermenêutica, que – por estar superado o esquema sujeito-objeto – não se dá subsuntiva ou dedutivamente.

LIII. Definitivamente, é preciso ter claro que a dedução sempre chega tarde. Subsunções e deduções dependem de um sujeito e

de um objeto, contexto no qual a linguagem é apenas um instrumento, e o método (cânone jurídico) passa a ser o supremo momento da subjetividade. O problema é que, tanto a construção da categoria (enunciado) apta para a dedução, como o estabelecimento de qualquer procedimento para controlar o processo interpretativo, sempre tem como pressuposto um fundamento último. E tal circunstância não consegue descolar as teorias procedimentais (nas suas variadas formas) das *aporias da metafísica.*

LIV. Daí a tarefa fundamental de qualquer teoria jurídica nesta quadra da história: concretizar direitos, resolvendo problemas concretos. Ou seja, passar da filologia (semanticidade) para a sangria do cotidiano. Desse modo, se os dilemas da teoria jurídica nestes tempos de resgate de direitos são "como se interpreta", "como se aplica" (Ian Schapp) e de como é possível superar o decisionismo positivista que permite múltiplas e variadas respostas, é necessário dar um salto em direção às perspectivas hermenêuticas que têm na linguagem não um instrumento ou uma terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto, mas, sim, a sua própria condição de possibilidade.

LV. É, pois, a incindibilidade entre interpretar e aplicar que irá representar a ruptura com o paradigma representacional-metodológico. E é o círculo hermenêutico que vai se constituir em condição de ruptura do esquema (metafísico) sujeito-objeto, *nele introduzindo o mundo prático* (faticidade), que serve para cimentar essa travessia, até então ficcionada *na* e *pela* epistemologia. Não há como isolar a pré-compreensão.

LVI. Negar a possibilidade de que possa existir (sempre), para cada caso, uma resposta conformada à Constituição, portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (porque é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo), pode significar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se mostra antitético ao caráter não-relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do novo constitucionalismo principiológico, introduzido pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas.

LVII. Uma interpretação é correta quando "desaparece", ou seja, quando fica "objetivada" através dos "existenciais positivos", *em que não mais nos perguntamos sobre como compreendemos algo ou por que interpretamos dessa maneira, e não de outra: simplesmente, o sentido se deu (manifestou-se) do mesmo modo como nos movemos no mundo através de "nossos acertos cotidianos"*, conformados pelo nosso modo-prático-de-ser-no-mundo. Fica sem sentido, destarte, separar/cindir a interpretação em *easy cases* e *hard cases*. Na medida em que o nosso desafio é levar os fenômenos à representação (pela linguagem), casos simples (*easy cases*) e casos complexos (*hard cases*) estão diferenciados pelo nível de possibilidade de objetivação, tarefa máxima de qualquer ser humano. Daí que, paradoxalmente, o caso difícil, quando compreendido corretamente, torna-se um "caso fácil". É aqui que – por ser correta (porque nem sequer nos perguntaremos sobre ela) – a interpretação, por mais paradoxal que possa parecer, "desaparece" (*Paradoxerweise ist eine Auslegung dann richtig, wenn sie derart zum Verschwinden fähig ist*). Ou seja, reiterado a partir da existencialidade compreensiva, o caso (que não é simples e nem complexo, mas, sim, *um caso*) passará ao *nível da objetivação* e sobre o qual não haverá perquirição acerca dos motivos da compreensão. Por tais razões, torna-se inviável – como querem, *v. g.*, os teóricos da teoria da argumentação – sustentar "raciocínios dedutivos" (causais-explicativos) para os "casos fáceis".

LVIII. Para melhor explicar esse fenômeno, é possível dizer – fundado em Gadamer – que a possibilidade de múltiplas respostas está calcada no *logos apofântico*, cuja função é significar o discurso, isto é, a proposição cujo único sentido é a de realizar o *apofainesthai*, o mostrar-se do que foi dito. *É uma proposição teórica no sentido de que ela abstrai de tudo que não diz expressamente*. O que constitui o objeto da análise e o fundamento da conclusão lógica é apenas o que ela própria revela pelo seu dizer.[22] Ora, na medida em que sempre há um déficit de previsões, as posturas positivistas "delegam" ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), além de dar azo à tese de que o direito é (apenas) um conjunto de normas (regras). Em conseqüência, transforma-se a interpretação jurídica em filologia, forma refinada de negação da diferença ontológica. E também não se pode, a pretexto de superar o problema da arbitrariedade (subjetivista-axiologista) do juiz, "desonerá-lo" da "tarefa" de elaboração de discursos de fundamentação, que, na teoria do discurso de Habermas e Günther, dão-se *prima facie*.

22 Cf. Gadamer, *Wahrheit und Methode, Ergänzung*, *op. cit.*, pp. 193-194.

LIX. Nitidamente, há, ainda, uma resistência à viragem hermenêutico-ontológica, instrumentalizada em uma dogmática jurídica[23] (que continua) refratária a uma reflexão mais aprofundada acerca do papel do direito nesta quadra da história. Sejamos claros: no campo da interpretação do direito, não houve ainda a invasão da filosofia pela linguagem. E não há como esconder essa evidência: inserido nessas crises, o jurista (ainda) opera

23 A crítica à dogmática jurídica não significa, a toda evidência, qualquer pregação no sentido de que a dogmática jurídica seja despicienda. A dogmática jurídica pode ser crítica. E deve ser crítica. Afinal, não há direito sem dogmática, como bem assevera Jacinto Coutinho. É exatamente a partir de uma dogmática jurídica consistente e crítica que se pode construir as condições para evitar – ou minimizar – os decisionismos e as discricionariedades. Na arguta observação de Jacinto Coutinho, "não há direito sem uma dogmática onde as palavras tenham um sentido aceito pela maioria, ainda que elas escorreguem e, de tanto em tanto, mereçam – e tenham – uma alteração de curso. Metáforas e metonímias (ou condensações e deslocamentos, como queria Freud), a partir da demonstração de Lacan, esvaziam de sentido (ou conteúdo) preestabelecido qualquer palavra que ganhe um giro marcado pela força pulsional e, portanto, determinada pelo inconsciente. Falar de dogmática – enquanto descrição das regras jurídicas em vigor (Haesaert) –, contudo, não é falar de dogmatismo; e isto é despiciendo discutir. Sem embargo, não são poucos os que confundem – e seguem confundindo – os dois conceitos, com efeitos desastrosos para o direito. Quando se fala de dogmática e o interlocutor pensa em dogmatismo, a primeira reação, invariavelmente, é de desprezo; e por que não de medo, mormente se se quer algo que possa suportar uma postura avançada, de rompimento com o *status quo*. Sem embargo do erro grosseiro, a situação cria embaraços e constrangimentos, exigindo uma faina dissuasiva elaborada e complexa, com efeitos duvidosos porque se não tem presente os reais resultados (...) A dogmática, então, precisa ser crítica (do grego *kritiké*, na mesma linha de *kritérion* e *krisis*) para não se aceitar a regra, transformada em objeto, como uma realidade. Isso só é possível, por evidente, porque se tem presente que o real é impossível quando em jogo a sua apreensão e, com muito custo, que a parcialidade a que se chega depende, no seu grau (embora difícil mensurar o *quantum*), de muitos saberes que não aquele jurídico. Trata-se, portanto, de uma linha média, que não abdica, de forma alguma, da dogmática (dado ser imprescindível o seu conhecimento, sob pena de se não ter juristas, mas verdadeiros gigolôs), a qual deve estar sempre atenta ás arapucas ideológicas do positivismo e, assim, abre-se, por necessidade, por ser imperioso, a outros saberes, a serem dominados na medida do possível". Cf. *Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei*, *op. cit.*, pp. 37 e segs.

com as conformações da hermenêutica clássica, vista como pura técnica (ou técnica pura) de interpretação (*Auslegung*), na qual a linguagem é entendida como uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito cognoscente (o jurista) e o objeto (o direito) a ser conhecido. *Sempre sobra, pois, a realidade!* Esse modo-de-ser encobre o acontecer propriamente dito do agir humano, *objetificando-o na linguagem e impedindo que se dê na sua originariedade, enfim, na sua concreta faticidade e historicidade.*

LX. A tarefa de um discurso crítico é a de mostrar que sempre há algo que nos antecede, que é a dimensão da linguagem, que é condição de possibilidade. Para que o ôntico nos apareça, há um algo (pré-)ontológico que nos antecipa o sentido. Aí está a pré-compreensão, *e esta é impossível de negar*, mesmo que obedeçamos a todos os procedimentos necessários para a conformação de uma verdade consensual. No ser-no-mundo, no mundo prático, está a superação do paradigma epistemológico. Afinal, é exatamente por isso que interpretar e aplicar são coisas incindíveis. Sempre aplicamos. As coisas não estão à nossa disposição; do mesmo modo, os textos não nos aparecem "desnudos" para, neles, aplicarmos "capas de sentido". Nem objetivismos, nem subjetivismos, pois.[24]

LXI. Nesta quadra do tempo, em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, de ruptura com o positivismo e da invasão da filosofia pela linguagem, parece que a preocupação primordial dos juristas e de qualquer teoria jurídica que se pretenda transformadora é a de realização do direito (as promessas da modernidade incumpridas). Nesse sentido, o esforço das diversas teorias buscando a superação dos obstáculos à realização dos direitos fundamentais sociais elencados nos textos constitucionais exsurgidos do interior dessa verdadeira revolução copernicana do direito constitucional, trazendo para o seu campo questões que antes faziam parte apenas do "território independente" das relações privadas. As Constituições – mormente a brasileira, fortemente dirigente e compromissória –

24 Ou, como bem diz Müller, *op. cit.*, p. 47, nem o dogma da evidência, nem o dogma voluntarista.

invade as relações privadas e as submete à esfera pública. O direito não mais apenas regula; nem tampouco apenas promove; agora, transforma as relações sociais.

LXII. Para esse desiderato – a realização das promessas incumpridas da modernidade –, as teorias críticas (teoria do discurso habermasiana, as diversas teorias da argumentação, a hermenêutica, etc.), todas inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito, têm um objetivo comum: *a superação do positivismo jurídico e do dogmatismo que se enraizou na doutrina e na jurisprudência brasileiras, responsáveis em grande medida pela inefetividade da Constituição*. Se existem pontos convergentes – como a necessidade de suplantar as velhas teorias das fontes e da norma –, o mesmo não se pode dizer acerca do que representa o processo de compreensão (interpretação) dessas rupturas paradigmáticas.

LXIII. Da analítica à teoria da argumentação mais tradicional, passando pela teoria do discurso mais sofisticada como a de Habermas e a hermenêutica filosófica gadameriana (herdeira da filosofia hermenêutica de Heidegger), *existe um manancial de possibilidades para que se olhe o novo com os olhos do novo*. O procedimentalismo de cariz habermasiano está, de uma forma ou de outra, conectado com a mudança estrutural da esfera pública ocorrida no seio do pensamento pós-metafísico, próprio de um "agir comunicativo e de uma razão destranscendentalizada". Da mesma forma que a hermenêutica e o que é denominado de constitucionalismo da efetividade, o pensamento habermasiano está preocupado com a revisão humanista do pensamento do jovem Marx ou direcionado "para a reconstrução do materialismo histórico", sendo possível vislumbrar em ambos os discursos a preocupação com a "inclusão do outro".[25] E isso é alvissareiro. Cada uma das correntes filosóficas ou teorias, a seu modo, apontam as possíveis saídas para a superação da crise do direito brasileiro, cada vez mais aguda. Nessa intensa procu-

25 Estou inteiramente de acordo com Souza Cruz (*Habermas e o Direito*, *op. cit.*, p. 249) neste ponto, que é crucial para o desenvolvimento das condições de um discurso crítico superador da dogmática positivista.

ra, há algo que é inacessível e, ao mesmo tempo, incontornável. Ou algo que é incontornável e que, por isso, é inacessível. Conteudística ou procedimentalmente, é essa incerteza que parece mover os juristas rumo a essa longa travessia. Daí a importância do presente debate entre hermenêutica e teorias discursivas. Qual é a teoria (mais) correta? Qual é a que melhor responde às demandas do direito brasileiro? Essa resposta, a toda evidência, é muito difícil de ser alcançada. Para esse desiderato, é necessário manter um elevado grau de coerência na "escolha" e utilização da teoria. Para ser mais claro, é preciso evitar "mixagens teórico-metodológicas". Há, por exemplo, nítidas diferenças entre verdade e consenso, verdade e método e conteudística e procedimento, para citar apenas estas. Na busca das soluções para a complexidade do direito, não é adequado que o intérprete/aplicador lance mão apenas "das partes nobres" das teorias ou daquelas que interessem ad hoc para o "seu caso". Assim, *v.g.*, hermenêutica filosófica é incompatível com métodos, circunstância que não a transforma em "intrumento" para sacramentar relativismos, conforme já explicitado à saciedade no decorrer destas reflexões. Se assim agir, o "usuário" acabará com a própria razão de existir da teoria hermenêutica, isto porque ela foi forjada a partir da crise e das insuficiências da filosofia e da metodologia tradicional, saltando da epistemologia para a ontologia, enfim, do fundamentar para o compreender! O mesmo se diga em relação à teoria habermasiana, incompatível – para citar apenas esta – até a raiz com a ponderação de que fala Alexy.

LXIV. Daí a contradição: não é possível servir a dois (ou mais) senhores da ciência ao mesmo tempo. Trata-se de uma opção paradigmática, o que acarreta uma impossibilidade de misturar, por exemplo, posturas ainda assentadas no esquema sujeito-objeto (em menor ou maior grau) e posturas antiepistemológicas. Definitivamente, hermenêutica não é teoria da argumentação, do mesmo modo que verdade não é consenso.

LXV. Mas, é possível "fazer" epistemologia hermeneuticamente. A hermenêutica não afasta a epistemologia. Entretanto, o que não é possível fazer é confundir os níveis nos quais nos movemos. *A separação entre o epistemológico e o nível concreto não é o mesmo que dividir o transcendental e o empírico.* Em muitos momentos, a hermenêutica introduz o elemento epistemológico, se assim se quiser dizer.

LXVI. A posição hermenêutica não pretende eliminar procedimentos. Ela já sempre compreende essa circunstância, porque é capaz de analisar filosoficamente os elementos da pré-compreensão. Ou seja, quando explicito o (já) compreendido, esse processo se dá no nível lógico-argumentativo, e não filosófico. E insista-se: filosofia não é lógica. Esse "proceder epistemológico" é antecipado; *não se confunde com o próprio conhecimento.* Pela hermenêutica, fazemos uma fenomenologia do conhecimento. Não é uma coisa concreta. É, sim, a descrição da autocompreensão que opera na compreensão concreta. Na explicitação é que haverá o espaço de uma teoria do conhecimento.

LXVII. Mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, pois. Ou ainda, em outras palavras, a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas (aqui reside a questão da moral, porque a Constituição agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente a promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas da modernidade, etc), faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou ahistórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo.

LXVIII. A Constituição do Brasil, ao estabelecer a obrigatoriedade da fundamentação das decisões, não o fez no plano de uma "repetição" dogmático-histórica do conceito, mas, sim, fê-lo sob a égide das duas grandes revoluções copernicanas que atravessaram o século XX: o constitucionalismo, que traz para dentro do direito os conflitos sociais e tudo aquilo que era território "exclusivo" do normativismo-privatístico, e a invasão da filosofia pela linguagem, que redundou na derrocada do esquema sujeito-objeto (nas versões das duas metafísicas).

LXIX. Suplantou-se, assim, a idéia de uma subjetividade assujeitadora, que sempre deu – e lamentavelmente ainda dá – azo às diversas posturas axiologistas no âmbito do direito. Portanto, a fundamentação/justificação do compreendido – a partir de uma intersubjetividade que traduza a tradição legítima do legado do Estado Democrático de Direito – passa a ser um direito fundamental do cidadão. A derrota do positivismo não se dará apenas no plano da superação da regra pelo princípio; também não se dará apenas na desmitificação da discricionariedade do intérprete para a solução dos casos difíceis; *dar-se-á, fundamentalmente, pela suplantação do paradigma da filosofia da consciência.*

LXX. Por isso, ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender, mas, sim, *compreendemos para interpretar*, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, nas palavras de Gadamer. Essa explicitação não prescinde de uma estruturação no plano argumentativo. Significa, pois, "iluminar as condições sobre as quais se compreende".[26] A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

LXXI. De minha parte, insisto na assertiva de Gadamer, no sentido de que a hermenêutica filosófica (fenomenologia hermenêutica) não quer ter a última palavra. As críticas dirigidas às teses habermasianas nem de longe têm a pretensão de obscurecer e/ou negar a contribuição de Habermas (ou de Alexy, Atienza, e outros importantes jusfilósofos preocupados com a interpretação do direito) para a reflexão sobre temas sociais, políticos, jurídicos, etc.

LXXII. A hermenêutica não quer corrigir ou substituir qualquer teoria discursivo-argumentativa-procedimental. Não pretende, pois,

26 Cf. Gadamer, *Wahrheit und Methode, Grundzüge, op. cit.*, p. 300.

concorrer com uma teoria do conhecimento que procure justificar os elementos do conhecimento empírico. A hermenêutica não proíbe que se faça essa justificação/explicitação de forma procedural. *Só que a hermenêutica não concorda com a eliminação do primeiro passo na compreensão, que é exatamente o elemento hermenêutico.* Em outras palavras, não sou contra a teoria procedimental; só afirmo que o modo de ser manifestativo da compreensão precede a teoria do conhecimento.

LXXII. Na acepção aqui trabalhada, ressalvando, à evidência, outras interpretações elaboradas sobre as teorias desenvolvidas ao longo do tempo por autores como Heidegger, Gadamer, Grondin, Stein, entre outros, a hermenêutica apenas pretende, e aqui parafraseio Villalibre, *permanecer fiel às coisas mesmas, partindo da base do próprio caso jurídico concreto, da singularidade desses casos, e não de hipóteses, categorias, construções imaginárias ou de quaisquer outras posturas desse jaez herdadas da tradição filosófica de índole metafísica.*[27]

LXXIV. Diante de uma demanda por uma tutela que esteja relacionada com a vida, com a dignidade da pessoa, enfim, com a proteção dos direitos fundamentais, o que fazer? A guinada lingüística representou a morte do sujeito da subjetividade assujeitadora, *mas não a morte do sujeito da relação*, que se preocupa com as coisas, com o mundo prático.

LXXV. Sendo mais claro: a morte da subjetividade (consciência de si do pensamento pensante) não significa que não há mais sujeitos. *Portanto, o novo paradigma não trouxe a indiferença.* Ao contrário, ao colocar a linguagem como condição de possibilidade, colocou por terra o esquema sujeito-objeto. Daí a importância do mundo prático, enfim, da "sangria" do cotidiano, da dura realidade de um país em que as promessas da modernidade até hoje estão incumpridas! Por tais razões é que é impossível "abrir mão" da razão prática.

27 Cf. Villalibre, Modesto Bercaino. *La revolución filosófica de Martin Heidegger*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2001, pp. 163 e segs.

FACULDADE BIBLIOTECA

LXXVI. A viragem lingüística-hermenêutica (*ontologische Wendung*) demonstrou que ambas as metafísicas (clássica e moderna) foram derrotadas. E o direito, *locus* privilegiado do processo hermenêutico – porque os textos necessitam sempre de interpretação, questão que a própria dogmática jurídica reconhece –, não pode caminhar na contramão desse rompimento paradigmático. Tais conclusões, porque hermenêuticas, não são, a toda evidência, definitivas. Como já referido acima, a hermenêutica, por ser crítica, está inexoravelmente condenada à abertura e ao diálogo. Aliás, como reconhece o próprio Habermas,[28] *Wort behalten. Gadamer ist der erste, der die Offenheit des Gesprächt betont. Von ihm können wir alle die hermeneutische Grundweisheit lernen, dass es eine Illusion ist, zu meinen, man könne das letze Wort behalten.*

LXXVII. Em suma, na era das Constituições compromissórias e sociais, uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto *não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do direito*, que sirva tão-somente para colocar "capas de sentido" aos textos jurídicos. No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução ou subsunção.

LXXVIII. Conseqüentemente, o método (ou o "procedimento discursivo") sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos (discursos de fundamentação) separados da "realidade". *Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu.* O uso da linguagem não é arbitrário, isto é, "a linguagem não depende de quem a usa" (Gadamer). A compreensão antecede qualquer argumentação, porque lhe é condição de possibilidade.

LXXIX. Portanto, é equivocado afirmar que o juiz primeiro decide e só depois fundamenta (justifica), tese defendida, por exemplo, pela teoria da argumentação de Atienza, que, ao propor um modelo que permita reconstruir racionalmente o processo de argumentação em um "caso difícil", estabelece *como um dos*

28 Cf. Habermas, Jürgen. Urbanisierung der Heideggerschen Provinz Laudatio auf Hans-Georg Gadamer. In: *Das Erbe Hegels. Zwei Reden aus Anlass der Verleichung des Hegel-Preises 1979.* Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1979, p. 31.

passos (mais especificamente, o quarto) a justificação das hipóteses de solução formuladas, isto é, "hay que presentar argumentos en favor de la interpretación propuesta", como se a solução pudesse ser encontrada *antes* da fundamentação, isto é, como se, para encontrar a solução, a compreensão – que depende sempre de uma pré-compreensão – não fosse, ela mesma, a condição de possibilidade do encontro da referida resposta.[29]

LXXX. Na verdade, o juiz só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento. O fundamento, no caso, é condição de possibilidade para a decisão tomada. Há um sentido que lhe é antecipado, onde a decisão é parte inexorável (dependente) do fundamento. E a resposta está em Heidegger: quando olho para um lugar e vejo um fuzil, é porque antes disso eu já sei o que é uma arma. Sem isso, a questão do sentido do fuzil não se apresentaria, ou seja, o fuzil não exsurgiria como (als) fuzil. *O que quero referir é que não é possível desdobrar o ato de aplicação em dois momentos: decisão e fundamentação. Um faz parte do outro, questão que vem bem explicada pelo teorema ontológico-fundamental do círculo hermenêutico.*

LXXXI. Vê-se, aqui, a relevância da compreensão acerca da diferença entre a estruturação do sentido e o sentido da estruturação. Mas somente é possível compreender isso a partir da admissão da tese de que a linguagem *não é um mero instrumento* ou uma "terceira coisa" que se interpõe entre um sujeito (cognoscente) e um objeto (cognoscível). O "abismo gnosiológico" que "separa" o homem das coisas e da compreensão acerca de como elas são não depende – no plano da hermenêutica jurídico-filosófica – de pontes que venham a ser construídas, paradoxalmente, depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita...!

A (metáfora da) resposta correta como antídoto ao estado de natureza hermenêutico.

LXXXII. Numa palavra final: frente a esse estado d'arte, representado pelo predomínio do positivismo que sobrevive a partir das mais

29 Cf. Atienza, *Argumentación Jurídica*, *op. cit.*, p. 236.

diversas posturas e teorias sustentadas, de um modo ou de outro, no predomínio do esquema sujeito objeto – problemática que se agrava com uma espécie de protagonismo do sujeito-intérprete (especialmente juízes e tribunais) em pleno paradigma da intersubjetividade –, penso que, mais do que uma possibilidade, a busca de respostas corretas em direito é uma necessidade.

LXXXIII. Portanto, trata-se de afirmar que a resposta correta aqui trabalhada traduz uma resposta verdadeira, no sentido hermenêutico, em que, fenomenologicamente, descrevemos as coisas como acontecem, sendo que esse sentido depende do horizonte no qual ele pode dar-se, graças à abertura ou ao encobrimento próprio da existência. Os conceitos jurídicos (enunciados lingüísticos que pretendem descrever o mundo, epistemologicamente) não são o lugar dessa resposta correta, mas a resposta correta será o lugar dessa "explicitação", que, hermeneuticamente, não se contenta com essa fundamentação de caráter universal, porque nela – nessa resposta – há um elemento *a priori*, "uma espécie de universo antepredicativo ou pré-conceitual que aí é abordado e pretende aí ser expresso"[30] (essa é a tarefa da interpretação, que explicita esse compreendido). Em outras palavras, a resposta correta é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolvermos a idéia do que significa fundamentar, do que significa justificar.[31]

LXXXIV. A resposta correta – nem a única e nem uma entre várias – já sempre opera implícita ou explicitamente com uma pré-compreensão que pode ser mostrada como sendo a condição de possibilidade da correção. É uma correção que leva em consideração os pressupostos hermenêuticos, e não apenas a afirmação rasa do objeto. *Por isso estará para além do caráter lógico-argumentativo*; e nisso estará a sua "ligação originária" ou "co-originariedade" com o mundo prático, porque este somente pode ser compreendido a partir dessa resposta (é uma fundamentação de caráter pragmático, porque esta fundamentação está ligada à faticidade e à historicidade, filtradas através da

30 Cf. Stein, *Sobre a verdade*, *op. cit.*, pp. 156 e segs.
31 Idem, ibidem.

wirkungsgeschichtliches Bewußtsein). Nisso reside aquilo que entendemos por "caso concreto"; nisso já de há muito reside a incindibilidade entre "questão de fato-questão de direito", interpretação-aplicação e assim por diante.

LXXXV. A resposta correta proposta na presente obra, a partir de uma simbiose entre a teoria integrativa de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica), guardadas, a toda evidência, as especificidades/particularidades dos modelos de direito da *common law* e *civil law*, deve ser entendida como uma metáfora. A resposta correta é uma metáfora, como o juiz Hércules de Dworkin também o é.

LXXXVI. Se a resposta para a fragmentação do estado de natureza medieval foi a delegação de todos os direitos em favor do Leviatã representado pela soberania absoluta do Estado (o Estado Moderno absolutista superou, desse modo, a forma estatal medieval), na hermenêutica jurídica de cariz positivista a resposta para o império dos subjetivismos, axiologismos, realismos ou o nome que se dê a tais posturas – que colocam no intérprete (juiz, tribunal) o poder discricionário de atribuir sentidos – *não pode ser, sob hipótese alguma, a instauração de uma supra-hermeneuticidade ou a delegação dessa função para uma supernorma* que possa "prever todas as hipóteses de aplicação", que, *mutatis mutandis*, é a pretensão última das súmulas vinculantes.

LXXXVII. Na realidade, o combate ao estado de natureza hermenêutico – originário da discricionariedade/arbitrariedade positivista – termina por não ser um combate ao positivismo. Ao contrário, destituído de uma adequada compreensão hermenêutica, a partir dos seus dois teoremas fundamentais, qualquer forma de vinculação sumular, por mais paradoxal que possa parecer, reforçará o positivismo, com a continuidade do caos decisionista.

LXXXVIII. Com a institucionalização das súmulas vinculantes por intermédio da EC 45/04[32] (não esqueçamos que as que não são vinculantes possuem força semelhante em face do poder de vio-

32 Uma advertência deve ser feita: a alteração constitucional deixa claro que uma súmula, a partir da EC 45/04 – para ter efeito vinculante – *somente poderá versar sobre matéria constitucional*. Como conseqüência imediata, fica afastada qualquer possibilidade de vir a ser sumulada, com *efeito vinculante*, matéria infraconstitucional. É muito simples: as súmulas com efeito vinculante

lência simbólica que exercem, com o que a assertiva vale para todo tipo de pauta geral com pretensão normativa), a dogmática jurídica pretende dar uma solução final a um determinado "caso difícil", para que o intérprete/usuário se depare, no momento seguinte, com um caso (tornado) fácil. Conseqüentemente, a súmula se transforma em uma regra e, na medida em que as "regras se interpretam por subsunção/dedução – sic – (como sustentam as teorias da argumentação), *o sistema alcança o seu apogeu*: uma volta ao mundo das regras e às facilidades oferecidas pela metodologia subsuntiva-dedutiva. Ou seja, quando o sistema se encontra em face de incertezas significativas (casos difíceis e tudo o que isso representa), basta elaborar

somente podem ser editadas em matéria constitucional. Veja-se que, em matérias sumuladas mais contemporaneamente à EC/45 (*v.g.*, súmulas 700, 706, 713, 714, 720), há visível conteúdo infraconstitucional. *Tais súmulas não se enquadram no dispositivo constitucional.* Conseqüentemente, é possível afirmar que as súmulas que versem sobre matéria constitucional anteriores à EC 45, para receberem o manto de "validade vinculante", deverão passar pelos seguintes requisitos: a) que versem sobre controvérsia atual, sendo que essa controvérsia deve ser de âmbito nacional, envolvendo decisões de diferentes tribunais e não meramente de divergência entre órgãos fracionários de tribunais; b) que sejam confirmadas pelo quorum de dois terços; c) se for o caso de súmula que diga respeito à matéria constante no final do parágrafo primeiro (controvérsia entre os tribunais, e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica), parece razoável concluir que deve ser exigido que a referida controvérsia *não seja antiga*. Isto implica dizer que não pode haver efeito *ex tunc* na aferição dos requisitos para a edição de súmulas vinculantes. Súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria *não constitucional* não podem ser vinculantes (nem as anteriores à emenda e nem as que serão produzidas no futuro). Mas o que significa a afirmação de que as súmulas que tratam de matéria infraconstitucional ou que não preencham os demais requisitos da emenda constitucional "não podem ser vinculantes"? A resposta é simples: a Reforma do Judiciário instituiu dois tipos de súmulas: a vinculante, editada pelo Supremo Tribunal, obedecendo aos requisitos previstos no art. 103-A e parágrafos, e as demais, que *não são vinculantes*. As antigas súmulas do Supremo Tribunal e as demais súmulas existentes no ordenamento devem servir apenas de indicação, pela singela razão de que pertencem à categoria das "súmulas não vinculantes", que passam a fazer parte de um grupo de súmulas de segundo nível. No fundo, creio que, em meio a tantas tentativas de emendar a Constituição, o *establishment* caiu em uma armadilha. Talvez por saber da gravidade e das conseqüências da vinculação jurisprudencial em países cujo direito é de filiação romano-germânica, a EC 45 veio a restringir a edição de súmula vinculante. Registre-se, ainda, que ficam sem "validade" as súmulas do Superior Tribunal de Justiça – e de outros tribunais – *que versem sobre matéria constitucional*. A alteração constitucional deixou claro que *somente o Supremo Tribunal Federal pode emitir súmulas sobre matéria constitucional*. Aliás, seria um contra-senso estabelecer súmulas vinculantes sobre matéria constitucional e permitir que outros tribunais continuem a elaborar súmulas sobre matéria constitucional! Assim, de pronto, ficam revogadas, por exemplo, a súmula nº 2 do STJ e o enunciado 310 do TST, para falar apenas destas. E muito menos podem tais súmulas servir de obstáculo para aferição de juízo de admissibilidade. São súmulas que se tornaram inconstitucionais.

uma súmula, que será apta para resolver os "casos futuros". Retorna-se, de forma sofisticada, ao modelo formal-burguês: na medida em que as súmulas antecipam o discurso de validade, a tarefa dos aplicadores estará restrita ao "encaixe" da situação fática (subsunção). Com um agravante: na medida em que súmulas são textos e na medida em que o positivismo interpreta textos *sem coisas*, qualquer tentativa de vinculação jurisprudencial/conceitual receberá uma adaptação *darwiniana* do senso (demasiadamente) comum teórico dos juristas. E tudo começa de novo...!

LXXXIX. Numa palavra final: podemos achar que o conhecimento do mundo, a interpretação que fazemos e as conclusões que tiramos, são produtos de nossas subjetividades, de nossos interesses, de nossas intuições e desejos. E que tudo é relativo. E que, afinal, vale a interpretação de quem tem o poder de fazê-la (ou de impô-la, como um arbitrário juridicamente prevalecente, para ficar nos limites do direito). Em face disso – e busco socorro em Contardo Calligaris – *parece que estamos diante da seguinte encruzilhada:*

– ou desistimos da verdade, considerando que o mundo é um vasto teatro em que as subjetividades se enfrentam e que o que importa é apenas a versão de quem ganha a luta (retórica ou armada),

– ou, então, talvez seja possível amparar a verdade, preservá-la de nossas próprias motivações.

Podemos, por exemplo, desconfiar de nossas idéias, sobretudo quando nos sentimos particularmente satisfeitos com o entendimento da realidade que elas nos proporcionam.

Pois a verdade (com o curso de ação que, eventualmente, ela "impõe") *é geralmente pouco gratificante e de acesso trabalhoso!*

Aceito, pois, este (penoso) desafio, porque penso, com Simon Blackburn, que podemos remover as aspas pós-modernistas das coisas com que devemos nos importar: verdade, razão, objetividade e confiança. Elas não são nada menos, se não mais, *que as virtudes que todos devíamos estimar enquanto tentamos entender o mundo desconcertante que nos cerca.*

Capítulo 13
Sobre as Críticas à Hermenêutica Filosófica – Prolegômenos de uma Teoria da Decisão e uma Teoria dos Princípios: Um Posfácio Necessário.

13.1. Definitivamente, o Direito não está Imune às Rupturas Paradigmáticas Ocorridas na Filosofia. Ainda o Problema dos Dualismos "Teoria-Prática", "Direito-Moral" e "Sujeito-Objeto".

Embora o ceticismo de parcela considerável da comunidade jurídica, é impossível negar as conseqüências da viragem lingüístico-ontológica para a interpretação do direito. Está-se a tratar de uma ruptura paradigmática que supera séculos de predomínio do esquema sujeito-objeto. E, consequentemente, está-se a tratar da superação daquilo que, no direito, representou o *locus* privilegiado da relação sujeito-objeto: o positivismo. Essas questões (são as que mais) têm gerado críticas (e perplexidades) em determinados setores da comunidade jurídica, a partir de uma série de sub-temas: por que a hermenêutica filosófica – que representou a ruptura com o método – assume tamanha importância? Por que é necessário romper com a discricionariedade na interpretação do direito? Por que a hermenêutica é anti-relativista e por que essa circunstância não é devidamente compreendida pela comunidade jurídica? Por que a relação "direito-moral" está umbilicalmente ligada ao papel dos princípios? E, finalmente, por que propugnar por respostas corretas em direito?

Essas perguntas foram respondidas no decorrer da obra. Mas há alguns pontos que atravessam as diversas temáticas e que nos cobram, a todo o momento, um *reforço de sentido*, porque dizem respeito à legitimidade e validade do direito em tempos de ruptura com a tradição positivista *lato sensu*. Com efeito, parece recorrente dizer que esse problema (central) está localizado na discussão entre *direito e moral*. E, consequentemente, no papel desempenhado pela razão prática no contexto d(e um)a teoria do direito que já não pode conviver com as divisões/cisões entre faticidade-validade, moral-direito, teoria e prática, para ficar apenas nestas.