

HERMENÊUTICA, NEOCONSTITUCIONALISMO E “O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE DOS JUÍZES”

Lenio Luiz Streck¹

1. As demandas de um novo paradigma

Indubitavelmente, o novo constitucionalismo – que exsurge a partir do segundo pós-guerra - recebe da teoria neoconstitucionalista os aportes necessários para uma confluência de teses e posturas aptas para a realização do direito. Por isso, de pronto é possível dizer que a teoria neoconstitucionalista é paradigmática porque ultrapassa a tese de que o direito se basta. Não é, assim, uma nova forma ou uma versão sofisticada de positivismo que, agora (constitucionalismo do segundo pós-guerra) sairia da lei para um texto fundante: as Constituições. Não se trata de um “novo legalismo” ou “super legalismo”. O legalismo forjou-se inicialmente como expressão da politicidade do direito, a partir da prescrição do poder soberano, legitimando-se per se, mas, ao mesmo tempo se auto-limitando. Em um segundo momento, a legalidade tornou-se fato político, tornando o direito instrumento das estratégias políticas. Os acontecimentos históricos, entretanto, fizeram com que não bastasse alterar o fundamento de validade do direito. Se isso fosse suficiente, o legalismo seria transformado em constitucionalismo ou, melhor dizendo, o constitucionalismo seria um legalismo de “nível superior”.

Explicando melhor essa problemática: o neoconstitucionalismo é uma resposta a outro tipo de poder ilimitado: o do *Estado Corporação* (Garcia-Pelayo), o *Estado Social burocrático* (Ferraloji), que se autonomiza do indivíduo em seu momento operacional, que se formou durante o entre guerras e cujo paroxismo foi representado pelos estados nazi-facistas. *Isto é o neoconstitucionalismo*: uma técnica ou engenharia do poder que procura dar resposta a movimentos históricos de natureza diversa daqueles que originaram o constitucionalismo liberal, por assim dizer (ou primeiro constitucionalismo). Por isso o neoconstitucionalismo é paradigmático; por isso ele é ruptural; não há sentido em tratá-lo como continuidade, uma vez que seu “motivo de luta” é outro. Do mesmo modo, não há como tentar compatibilizar neoconstitucionalismo e positivismo jurídico porque – e isso é ressaltado por Oto – *mesmo o primeiro constitucionalismo era contrário ao positivismo*, como nos lembra Nicola Matteucci. *A questão direito-moral é outra coisa*. Daí que – e não tenho receio de afirmar - essa postura massificada que vê no neoconstitucionalismo uma mutação do positivismo jurídico (sic) para

nele introduzir a moral através de discursos corretivos/adjudicadores, mostra-se sobremodo equivocada, *porque não entende essa "motivação histórica" da qual ele é tributário*. Claro, na medida em que todas estas posturas são caudatárias das teorias analíticas *lato sensu*, elas não “dão conta” do “destino” que a história nos impõe. E isso a hermenêutica pode nos mostrar muito bem, revolvendo o chão lingüístico da história, a partir de uma reconstrução institucional do Estado, do direito e da política.

Nessa linha, seguindo a matriz teórica da hermenêutica filosófica (na leitura que proponho desde *Hermenêutica Jurídica em Crise – 8ª. Edição - e Verdade e Consenso – 3ª. Ed -*), é preciso dizer mais. Com efeito, o neoconstitucionalismo – por tudo o que ele representa – efetivamente transformou-se em um campo extremamente fértil para o surgimento das mais diversas teorias (que se pretendem) capazes de responder às demandas desse novo paradigma juspolítico-filosófico. Das teorias do discurso à fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias realistas, os últimos cinquenta anos viram florescer teses com objetivos comuns no campo jurídico: superar a concepção do direito entendido como um modelo de regras, resolver o problema da incompletude das regras, solucionar os casos difíceis (não “abarcados” pelas regras) e a (in)efetividade dos textos constitucionais, nitidamente compromissórios e principiológicos, comprometidos com as transformações sociais.

Considero esse novo constitucionalismo, portanto, como proporcionador de uma verdadeira revolução copernicana no plano da teoria do direito e do Estado. O novo constitucionalismo – que aqui será denominado de neoconstitucionalismo² – representa a real possibilidade de ruptura com o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista, formal-burguês), a partir de uma perspectiva normativa e, por vezes, fortemente diretiva

¹ Doutor e Pós-Doutor em Direito; Professor da UNISINOS-RS e da UNESA-RJ; Procurador de Justiça-RS; Coordenador da parte brasileira do Acordo Internacional CAPES-GRICES (UNISINOS-Faculdade de Direito de Coimbra).

² O texto não pretende discutir o significado de neoconstitucionalismo. A doutrina acerca da matéria é exuberante (no Brasil, entre outros, veja-se Ecio Oto e Suzanna Pozzolo, em seu *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006). Nesse sentido, não assume relevância – *nos limites destas reflexões* – a classificação em neoconstitucionalismo ideológico, teórico ou metodológico (essa classificação é feita por COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo*. Um análise metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003), isso porque, a um só tempo, o neoconstitucionalismo é ideológico, pois alça a Constituição a “elo contudístico” que liga a política e o direito (aqui se poderia falar no aspecto compromissório e dirigente da Constituição, que é, assim, mais do que norma com força cogente, representa um justificação político-ideológica); teórico, porque estabelece as condições de possibilidade da leitura (descrição) do modelo de constitucionalismo e dos mecanismos para superação do positivismo (papel dos princípios enquanto resgate da moral expungida do direito pelo positivismo, problemática que deve ser resolvida a partir dessa teoria do direito e do Estado); metodológico, na medida em que ultrapassa a distinção positivista entre descrever e prescrever o direito, sendo que, para tal, reconecta direito e moral (o que ocorre sob vários modos, a partir de teses como a co-originariedade entre direito e moral ou o papel corretivo que a moral assumiria neste novo modelo de direito). Em síntese, neoconstitucionalismo significa ruptura, tanto com o positivismo como com o modelo de constitucionalismo liberal. Por isso, o direito deixa de ser regulador para ser transformador. Trata-se, pois, de uma questão paradigmática.

(especialmente em *terrae brasilis*), valendo lembrar, nesse sentido, a determinação constitucional, em textos constitucionais de Portugal, Espanha, Brasil, Colômbia, para citar apenas alguns, de efetivação dos direitos fundamentais-sociais). Ora, a tradição (compreendida no sentido estipulado por Gadamer) nos mostra que, definitivamente, não havia espaço para o mundo prático no positivismo. Não havia espaço para a discussão de conflitos sociais, que não eram “assunto” para o direito. Sendo mais específico: isso não era pauta para a Constituição e, portanto, não era pauta para o direito.

Diante desse novo paradigma, as diversas teorias jusfilosóficas tinham (e ainda têm) como objetivo primordial buscar respostas para a seguinte pergunta: como construir um discurso capaz de dar conta de tais perplexidades, sem cair em decisionismos e discricionariedades do intérprete (especialmente dos juizes)?³ A libertação do direito de qualquer fundamento metafísico deslocou o problema dessa fundamentação (legitimidade) para outro ponto: as condições interpretativas. E nisso residirá a diferença dos diversos enfoques. A toda evidência, trata-se de opções paradigmáticas.

Essas indagações e perplexidades demandam novos paradigmas, que, por sua vez, exigem novas formas de compreensão. Tais questões já podiam ser percebidas no neopositivismo, fonte para a construção de metalinguagens⁴ e discursos analíticos, e que centrou suas críticas às insuficiências da linguagem natural (ordinária), propondo, como contraponto, a construção de uma linguagem artificial, para assegurar, assim, a neutralidade científica. A razão disso é que a linguagem natural não se apresentava confiável para abarcar as complexidades do discurso científico.

Sob outro viés, apontando igualmente para as insuficiências da tradição, Habermas vai propor uma teoria comunicativa capaz de superar a linguagem “sistematicamente distorcida” da tradição. Ou seja, para Habermas, a linguagem da tradição não se mostra(va) adequada para a compreensão das formas de comunicação “sistematicamente distorcidas” por esta proporcionadas. Por isso, pretendeu superar a razão prática pela razão comunicativa. Em sentido contrário, Gadamer resgata o valor da tradição, colocando a pré-compreensão

³ É difícil caracterizar as teses decisionistas (discricionárias). Aqui parece adequada – e essa posição é aqui adotada – a noção “forte” de discricionariedade cunhada por Dworkin (*Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1978), para criticar as posturas positivistas. De qualquer modo, assim como é difícil fazer um quadro acerca de (todas) as modalidades de positivismo, também é complexo delinear as posturas decisionistas, que vão desde o normativismo kelseniano, que atribui ao juiz, nos casos difíceis, um poder absoluto, até as teses da escola de direito livre e do realismo norte-americano, passando por Herbert Hart (*The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997) alvo principal das críticas de Dworkin. A partir de tais autores e posturas, forjou-se um enorme contingente de concepções que têm no esquema sujeito-objeto o seu suporte epistemológico (embora isso não seja confessado por um considerável número de posturas que pretendem criticar o positivismo jurídico).

(*Vorverständnis*) como condição de possibilidade. Mas, registre-se, há um algo a mais na tese hermenêutico-gadameriana, ao dizer que essa pré-compreensão está eivada de faticidade, do modo prático de ser no mundo que Heidegger havia percebido para superar a metafísica representacional. Veja-se a importância da revolução proporcionada por Heidegger ao mostrar que a filosofia é hermenêutica, condição de possibilidade para, mais tarde, levar Gadamer a dizer, também de forma revolucionária, em seu *Wahrheit und Methode*, que a hermenêutica é filosófica, não é método(logia).

A importância desse debate está no fato de que o novo paradigma de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) se torna possível a partir de algo novo introduzido no discurso constitucional: os *princípios*, que passam a representar a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo (veja-se, nesse sentido, por todos, o sistema de regras defendido por Kelsen e Hart). Dito de outro modo, esse mundo prático – seqüestrado metafisicamente pelas diversas posturas epistemo-metodológicas – centra-se no “teatro do sujeito autocentrado e desdobrado sobre as palavras possíveis, coerentes, sensivelmente concebíveis”, proporcionando um “grande exorcismo da realidade”, mantendo-a distanciada, “nada querendo saber dela”.⁵

⁴ Veja-se que a teoria da norma fundamental kelseniana é uma metalinguagem sobre o direito, que é, assim, a linguagem-objeto. São nítidas, pois, as influências do neopositivismo lógico nas teses kelsenianas.

⁵ Cfe. HAAR, Michel. *Heidegger e a essência do homem*. Lisboa: Piaget, s/d, pp. 115 e segs. Cabe, aqui, uma explicação: em face da complexidade/dificuldade para definir as diversas posturas positivistas, não parece desarrazoado a opção por uma classificação que poderia ser denominada de “a contrario sensu”, a partir das características das posturas consideradas e autodenominadas pós-positivistas, entendidas como as teorias contemporâneas que privilegiam o enfoque dos problemas da indeterminabilidade do direito e as relações entre o direito, a moral e a política (teorias da argumentação, a hermenêutica, as teorias discursivas, etc). Ou seja, *talvez seja mais fácil compreender o positivismo a partir das posturas que o superam*. Autores como Albert Calsamiglia (CALSAMIGLIA, Albert. *Pospositivismo. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, 1998, pp. 209 e segs.) consideram que a preocupação das teorias pós-positivistas é com a indeterminação do direito nos casos difíceis, ou seja, para os pós-positivistas, o centro de atuação se há deslocado em direção da solução dos casos indeterminados (mais ainda, os casos difíceis não mais são vistos como excepcionais). Afinal, os casos simples eram resolvidos pelo positivismo com recurso às decisões passadas e às regras vigentes. Já nos casos difíceis se estava em face de uma “terra inóspita”. “No deja de ser curioso que cuando más necesitamos orientación, la teoría positivista enmudece”. Daí a debilidade do positivismo (*lato sensu*), que sempre dependeu de uma teoria de adjudicação, que indique como devem se comportar os juízes (e os intérpretes em geral). Veja-se a pouca importância dada pelo positivismo à teoria da interpretação, sempre deixando aos juízes a “escolha” dos critérios serem utilizados nos casos complexos. Para o pós-positivismo, uma teoria da interpretação não prescinde de valoração moral, o que está vedado pela separação entre direito e moral que sustenta o positivismo. O pós-positivismo aceita que as fontes do direito não oferecem resposta a muitos problemas e que se necessita conhecimento para resolver estes casos. Alguns são céticos sobre a possibilidade do conhecimento prático, porém, em linhas gerais, é possível afirmar que existe um esforço pela busca de instrumentos adequados para resolver estes problemas (Dworkin e Soper são bons exemplos disso). Em acréscimo às questões levantadas por Calsamiglia, vale referir o acirramento da crise das posturas positivistas diante do paradigma neoconstitucionalista, em face da sensível alteração no plano da teoria das fontes, da norma e das condições para a compreensão do fenômeno no interior do Estado Democrático de Direito, em que o direito e a jurisdição constitucional assumem um papel que vai muito além dos “planos” do positivismo jurídico e do modelo de direito com ele condizente.

2. O novo modelo constitucional como remédio contra o seqüestro da realidade produzido pelo “modelo de regras do positivismo”

É inegável que a noção de constitucionalismo social (força normativa e textos com forte conteúdo diretivo) teve a função de trazer, para o âmbito das Constituições, temáticas que antes eram reservadas à esfera privada. Por isso é que que parcela significativa dos textos constitucionais surgidos após a segunda guerra mundial publiciza os espaços antes “reservados aos interesses privados”. E essa publicização somente poderia ocorrer a partir da assunção de uma materialidade, espaço que vem a ser ocupado pelos princípios.

Com efeito, se o constitucionalismo compromissório e diretivo altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma⁶ (atrás de cada regra há, agora, um princípio que não a deixa se “desvencilhar“ do mundo prático), é porque também o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto (nas suas duas faces, objetivista e subjetivista), tinha que ceder lugar a um novo paradigma compreensivo-interpretativo.

É nesse contexto que ocorre a invasão da filosofia pela linguagem (*linguistic turn*, que, no plano da hermenêutica filosófica, prefiro chamar de *ontologische Wendung* – giro ontológico), a partir de uma pós-metafísica (re)inclusão da faticidade que, de forma inapelável, mormente a partir da década de 50 do século passado, atravessará o esquema sujeito-objeto, estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão (*hermeneutische Zirkel*). Destarte, esse *déficit* de realidade produzido pelas posturas jusfilosóficas ainda prisioneiras do esquema sujeito-objeto será preenchido pelas posturas interpretativas, especialmente as hermenêutico-ontológicas, que deixam de hipostasiar o método e o procedimento, colocando o *locus* da compreensão no modo-de-ser e na faticidade (mundo prático), bem na linha da viragem ocorrida a partir de Wittgenstein e Heidegger. Assim, salta-se do *fundamentar* enquanto busca de um *fundamentum inconcussum*, em direção do compreender, onde este – o compreender – não é mais um agir do sujeito, mas, sim, um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade. E isso é extremamente ruptural.

⁶ Para tanto, consultar importante estudo de SANCHIS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

Muito embora a relevância paradigmática desse fenômeno, um simples passar d'olhos na operacionalidade do direito – e falo aqui na especificidade de *terrae brasilis* – é suficiente para constatar a cotidiana resistência exegético-positivista por parte da dogmática jurídica, ainda sustentada muito mais em decisionismos e discricionariedades do que em discursos que procurem efetivamente colocar o direito como uma ciência prática, destinada a resolver problemas (sociais), mormente nesta fase da história.

Ou seja, é preciso compreender que o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase conhecida por “direito do Estado Social” (que nem sequer ocorreu na América Latina); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo/qualitativo em relação às fases anteriores, porque agora é um auxiliar no processo de transformação da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente – e essa questão permeou, de diversos modos, as realidades jurídico-políticas dos mais diversos países europeus e latino-americanos – o polo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: *a jurisdição constitucional*, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar no garantidor dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia.

Mas, se, efetivamente, o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito objetivou – e ainda objetiva – resgatar a “realidade perdida”, de que modo a teoria jurídica tem reagido diante desse fenômeno? Como dar por vencido o modelo subsuntivo, que coloca o *sujeito* isolado do *objeto*, e que relega a linguagem a uma terceira coisa, à *dis*-posição do sujeito cognoscente, a ponto de se “delegar” ao juiz o poder de solucionar os “casos difíceis”? De que modo é possível resolver a inexorável tensão entre *fato* e *norma*, separados politicamente pela Revolução Burguesa e, filosoficamente, pelas duas metafísicas (clássica e moderna)?

Dito de outra forma, até mesmo algumas teorias discursivas, a pretexto de superar as diversas formas assumidas pelo positivismo jurídico e buscando resolver os problemas da impossibilidade de antevisão de todas as hipóteses de aplicação próprias de um direito que assumia um caráter inexoravelmente hermenêutico, apostaram na construção de discursos (prévios) de justificação/fundamentação (*Begründungsdiskurs*), com o que acabaram por incorrer na própria problemática que pretendiam criticar no positivismo.

Dito de outro modo: penso que as diversas posturas positivistas, ao desindexarem do discurso jurídico o mundo prático, não encontraram adversário à altura em teses como a teoria do discurso habermasiana, que, sob pretexto da “morte” do sujeito solipsista, acabou por deslocar o problema da atribuição de sentido em favor de *uma contrafática situação ideal de*

fala, cuja função é a de servir de justificação prévia ao procedimento de adequação entre a faticidade e a validade e, assim, superar a tensão entre fato e norma.

No fundo, não houve grandes alterações em relação ao âmago das teorias jurídicas arraigadas ao esquema sujeito-objeto. Discursos de justificação prévia (*Begründungsdiskurs*) – construção teórica das teorias discursivas (especialmente Günther e Habermas) – procuram ultrapassar a decisão de origem, para atingir todas as “situações semelhantes futuras”. Ao mesmo tempo, para evitar decisionismos decorrentes de “ativismos judiciais”, tais teorias buscam aliviar o juiz da carga representada pelos problemas da fundamentação da norma que aplica, isto é, a racionalidade da decisão (discurso de aplicação – *Anwendungsdiskurs*) do juiz já não depende do fundamento racional dessa norma, porque este “problema” já vem resolvido por um discurso de fundamentação (anterior).

Isso, no entanto, não ocorre impunemente. Afinal, se fosse possível uma lei (um texto jurídico transformado em uma norma) prever todas as suas hipóteses de aplicação, estar-se-ia em face do fenômeno da entificação metafísica dos sentidos. Isso, entretanto, não se corrige com “discursos de adequação”, como propõem Klaus Günther e Jürgen Habermas, que nada mais fazem do que reconhecer a impossibilidade filosófica daquilo que sustenta a sua própria tese.

É preciso compreender que nos movemos numa impossibilidade de fazer coincidir texto e sentido do texto (norma), isto é, movemo-nos numa impossibilidade de fazer coincidir discursos de validade e discursos de adequação. É neste ponto que se dá o embate entre hermenêutica (filosófica) e a(s) teoria(s) discursiva(s). Objetivamente, não conseguimos atingir um saber que possa abranger todos os modos de aplicação dos textos jurídicos de uma vez. Em outras palavras, a objetividade conteria as hipóteses aplicativas, em que o texto conteria a norma, ou, melhor ainda, o texto (a regra) conteria todas as normas (hipóteses de aplicação) possíveis.

Se trabalhamos no interior de um paradigma (o paradigma da *ontologische Wendung*) no qual o direito assumiu um caráter hermenêutico, que decorre da própria característica que marcou o direito a partir do segundo pós-guerra, em que visivelmente a tradição nos mostra o papel interventivo da jurisdição constitucional, então a preocupação de qualquer teoria jurídica deve estar voltada ao enfrentamento das conseqüências desse fenômeno.

Numa palavra: se o direito é um saber prático, a tarefa de qualquer teoria jurídica, hoje, é buscar as condições para a concretização de direitos – afinal, insisto, a Constituição (ainda) constitui, isto é, a Constituição não perde sua principal característica: a de norma superior e com perfil que ultrapassa paradigmaticamente a noção de direito liberal e social –

e, ao mesmo tempo, envidar todos os esforços para evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas. Sendo mais claro: é contraditória qualquer perspectiva jus-interpretativa calcada na possibilidade de múltiplas respostas, porque leva, ineroxavelmente, ao cometimento de discricionariedades, fonte autoritária dos decisionismos judiciais.

Trata-se, pois, de entender que, se o primeiro problema metodológico – como se interpreta – tem uma resposta que está fundamentada na superação do paradigma representacional, em que não mais cindimos interpretação de aplicação, o segundo – como se aplica – parece bem mais difícil de resolver, isto é, aqui se trata de dar uma resposta talvez ao maior desafio do direito nestes tempos de pós-positivismo: como evitar decisionismos, ativismos, etc, e alcançar uma resposta correta (adequada constitucionalmente) em cada caso. Ou seja, como transformar a Constituição – e a sua interpretação – em um direito fundamental do cidadão, no sentido de que o resultado dessa interpretação não seja fruto de um sujeito solipsista ou dependente de métodos igualmente elaborados a partir do (velho) paradigma representacional. Este é o cerne da discussão hermenêutica, pois.

3. O problema da discricionariedade positivista e sua incompatibilidade com a “era dos princípios”

Parece não haver dúvida – mormente após o debate Dworkin-Hart e de tudo o mais que a tradição jusfilosófica nos tem legado no decorrer do século XX – que o positivismo (nas suas mais variadas acepções) está ligado à discricionariedade interpretativa (cujas conseqüências são decisionismos e arbitrariedades), além de ser incompatível com a noção de princípio forjada no neoconstitucionalismo. O positivismo, assim, porque não leva em conta o modo prático de ser-no-mundo – e essa questão é visível nas características semântico-analíticas das diversas teorias que pretendem dar conta da indeterminabilidade do direito – possibilita múltiplas respostas (exatamente em face da “delegação” que é dada ao juiz para encontrar a resposta nos *hard cases*).⁷ Desse modo e a partir disso, parece razoável afirmar que essa discricionariedade/arbitrariedade (e sua conseqüência, as múltiplas respostas) não será contida ou resolvida através de regras e meta-regras que cada vez mais contenham a solução prévia das várias hipóteses de aplicação, isto porque – e a resposta aqui deve ser peremptória – a discricionariedade/arbitrariedade é exatamente produto daquilo que

⁷ À evidência, esse não é o problema da teoria do discurso habermasiana, que, assim como a hermenêutica, aceita/adota a tese da existência de “respostas corretas”.

proporcionou a sua institucionalização, isto é, o positivismo jurídico e suas diversas facetas, que sempre abstraíram a situação concreta no ato de aplicação.

A (histórica) discricionariedade positivista – embora (historicamente) “limitada” pelo ordenamento jurídico – tem proporcionado 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 Herbert Hart para a resolução dos *hard cases*), onde, no fundo, queiramos ou não, cada juiz decide como quer (arbitrariamente), de acordo com a sua subjetividade (esquema sujeito-objeto), mesmo porque esses “limites” do ordenamento são limites semânticos, os quais jamais foram obstáculo para as pretensões positivistas, bastando, para tanto, um exame da incontável quantidade de súmulas (para falar apenas nesse tipo de *prêt-à-porter*) contra-*legem* e/ou inconstitucionais.

Dito de outro modo, as “fronteiras textuais”, produtos de um direito produzido democraticamente e que deveriam estabelecer limites à discricionariedade, “confinando-a” nos marcos do ordenamento, acabam sendo ultrapassadas por um “aprimoramento genético” do positivismo, isto é, não satisfeito com uma “discricionariedade contida nos marcos do ordenamento”, o positivismo praticado no Brasil constrói diversas maneiras de ultrapassar essas fronteiras (veja-se, por exemplo, o argumento, muito utilizado até mesmo por cultores de determinadas teorias críticas, de que o texto é tão-somente “a ponta do *iceberg*”, e que, por baixo dele, estão os valores...; veja-se, enfim, o realismo jurídico, a jurisprudência de valores, etc). Assim, para essa modalidade de positivismo – para, aqui, não rejeitar teses de que possam existir outros “positivismos” que não têm na discricionariedade judicial a sua *holding* –, há momentos em que o texto jurídico já não “satisfaz suficientemente” o “interesse” do intérprete (afinal, antes de tudo, o direito é instrumento de poder). Como consequência, para esse tipo de positivismo (ainda dominante em *terrae brasiliis*) o texto jurídico, mesmo que produzido democraticamente e em conformidade com a Constituição, transforma-se em um “obstáculo” que deve ser ultrapassado, em nome dos valores, da *mens legis*, da *voluntas legis*, etc. E assim por diante.

Esse “ir-além-do-texto”, enfim, essa discricionariedade que se transforma em arbitrariedade, tem lugar a partir de diversas teorias que colocam na subjetividade do intérprete o *locus* do processo hermenêutico, tais como as teorias realistas e axiologistas (por vezes, simplesmente voluntaristas) em geral, que, quando lhes interessa, relegam os textos jurídicos a um plano secundário, sob o pretexto de que “cabe ao intérprete a descoberta dos valores escondidos embaixo do texto”. Nesse caso – e não faltam exemplos nesse sentido –

até mesmo os textos constitucionais podem soçobrar diante da “plenipotenciabilidade” da “consciência do intérprete”.

O resultado disso é uma situação incontável até mesmo para esse tipo de positivismo, demandando, do seu interior, reações contra esse “ir além” dos marcos do ordenamento que deveria demarcar o espaço da discricionariedade interpretativa. Explicando melhor, mormente porque essa questão está fortemente presente na dogmática jurídica brasileira: se foi calcado no esquema sujeito-objeto que o positivismo ultrapassou os limites semânticos do texto⁸ (aqui não se pode perder de vista o valor da tradição compreendida no sentido gadameriano), é com uma espécie de retorno à metafísica clássica (não confessada, evidentemente) que o mesmo positivismo buscará conter esse “mundo da natureza” hermenêutico. E o faz através de verbetes, enunciados e súmulas vinculantes (versão para a *civil law* dos precedentes da *common law*), com os quais se pretende abarcar todas as hipóteses de aplicação de cada texto jurídico.

A consequência disso é o sacrifício da situação concreta. Assim, se no interior do modelo positivista de aplicação do direito parece impossível impedir que os juízes decidam “como queiram” – porque, afinal, “obedecem” apenas à sua subjetividade (esquema sujeito-objeto) –, o próprio positivismo elabora conceitualizações prévias (espécie de “discursos de fundamentação prévios” elaborados sem os pressupostos exigidos pela teoria do discurso habermasiano) acerca do sentido dos textos jurídicos, buscando, desse modo, “combater os excessos” decorrentes do próprio modelo. Em outras palavras, *é o positivismo travando um combate consigo mesmo*.

Eis aí o paradoxo. Essa viravolta do positivismo “contra si mesmo” é fruto de uma espécie de adaptação *darwiniana*, que funciona a partir da elaboração de conceitos jurídicos com objetivos universalizantes, utilizando, inclusive, os princípios constitucionais. 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 (a conceitualização de um princípio petrifica seu sentido).

Ora, se os diversos mecanismos que buscaram resolver a multiplicidade de demandas não tiveram êxito até hoje – e todos eles possuem um perfil que busca 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) estão ligadas ao positivismo (em suas

⁸ Veja-se, nesse sentido, o papel da jurisprudência de valores e do realismo jurídico norte-americano e escandinavo.

diversas matizes) – e é isso que gera o “caos” no sistema jurídico – parece que a resposta está para além do positivismo e de sua *ratio essendi*.

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 neoconstitucionalismo, conseguindo-se, assim, uma resposta adequada para o terceiro⁹ 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 são as possibilidades que temos para encontrar respostas corretas, evitando-se tanto os objetivismos quanto os subjetivismos interpretativos?

4. A tarefa de uma hermenêutica crítica: construir as condições para efetivar a Constituição (que não esgotou sua tarefa) e evitar discricionariedades interpretativas, superando distinções estruturais (dualismos metafísicos).

Contra o objetivismo do texto ou do “sentido previamente dado ao texto” (posturas normativistas-semanticistas) e o subjetivismo (posturas axiológicas *lato sensu* que desconsideram ou relativizam o texto) do intérprete, cresce o papel da hermenêutica filosófica e seu antirelativismo. 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 indeterminabilidade das normas que não conseguem – por impossibilidade filosófica – abarcar as diversas hipóteses de aplicação, a hermenêutica filosófica, adaptada ao que venho denominando de Crítica Hermenêutica do Direito¹⁰, 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.

Como o direito é um saber prático e que deve servir para resolver problemas e concretizar os direitos fundamentais-sociais que ganharam espaço nos textos constitucionais,

⁹ Como já se viu, o primeiro problema é como se interpreta e 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*.

¹⁰ Remeto o leitor para os meus: *Verdade e Consenso. Constituição, Hermêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007; e *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, onde proponho as bases de uma nova crítica do direito.

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.

O problema da inefetividade da Constituição – e tudo o que ela representa – não se resume a um confronto entre modelos de direito. O confronto é, pois, paradigmático. A Constituição ainda possui força normativa, pois. Penso que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito (guardadas as especificidades de cada país e de seus respectivos estágios de desenvolvimento social e econômico) tem uma força sugestiva relevante quando associado à idéia de estabilidade que, em princípio, se supõe lhe estar imanente.¹¹ Esta estabilidade está articulada com o projeto da modernidade política, que, sucessivamente implementado, respondeu a três violências (“triângulo dialético”), 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.¹² Tenho presente, assim, que o papel diretivo da Constituição continua a ser o suporte normativo do desenvolvimento deste projeto de modernidade.

Na medida em que não resolvemos essas três violências – e essa questão aparece dramaticamente na realidade de países como Brasil, Colômbia, Venezuela, Argentina, para falar apenas destes –, mostra-se equivocado falar em desregulamentação do Estado e enfraquecimento da força normativa dos textos constitucionais e, conseqüentemente, da própria justiça constitucional no seu papel de garantidor da Constituição. Na verdade, 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.

É nesse sentido que assume relevância uma análise do problema a partir de uma leitura hermenêutica. As alterações do papel do Estado estão ligadas às transformações do papel do direito. *Por isso é que não há teoria constitucional sem (teoria do) Estado.* Se no Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que diminui a liberdade de conformação legislativa, ocorre um crescimento do espaço de atuação da justiça constitucional – em razão

¹¹ Ver, para tanto, CANOTILHO, J.J. Gomes. O Estado Adjetivado e a Teoria da Constituição. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 17, 2003, p. 40.

do papel destinado às constituições nesta quadra da história e à *institucionalização da moral no direito* como demonstração do fracasso do positivismo e do modelo de regras –, parece inexorável a necessidade de colocar efetivos controles no produto final da interpretação do direito: a aplicação pelos juízes e tribunais.

Essa nova configuração nas esferas de tensão dos Poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo, reforça, sobretudo, o caráter hermenêutico que o direito assume. Afinal, há um conjunto de elementos que identificam essa fase da história do direito e do Estado: textos constitucionais principiológicos, a previsão/determinação de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e as crescentes demandas sociais que buscam no poder judiciário a concretização de direitos tendo com base os diversos mecanismos de acesso à justiça.

Mas isso, à toda evidência, não pode comprometer os alicerces da democracia representativa. O grande dilema contemporâneo será, assim, *o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito*. Parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é. E também parece evidente que o constitucionalismo não é incompatível com a democracia. Mas, se alguém deve dizer por último o sentido do direito no plano de sua aplicação cotidiana, e se isso assume contornos cada vez mais significativos em face do conteúdo principiológico e transformador da sociedade trazidos pelas Constituições, *torna-se necessário atribuir um novo papel à teoria jurídica*.

Ou seja, se o positivismo fracassou com a antidemocrática “delegação” em favor dos juízes para a decisão dos “casos difíceis”, não parece apropriado que o advento do constitucionalismo principiológico possa ser compreendido a partir daquilo que sustentou o velho modelo: o esquema sujeito-objeto, pelo qual casos “fáceis” eram solucionados por subsunção e casos difíceis por “escolhas discricionárias” do aplicador.

Conseqüentemente, não se pode substituir a discricionariedade (subjetivista), que sustentou o positivismo, por um novo tipo de discricionariedade, que – fosse admitida – teria um terreno muito mais fértil para se instalar nesta quadra do tempo, uma vez que, *vistos a partir de uma perspectiva metafísica*, os princípios possuem textura bem mais “aberta” que o velho modelo de regras do positivismo. É neste ponto que a teoria do direito deve dar um salto, adequando-se ao novo perfil assumido pelo direito (que será sempre um direito constitucional). Por isso a relevância do tríptico problema metodológico antes delineado: interpretação, aplicação e a (im)possibilidade de alcançar respostas corretas em direito.

¹² Idem, ibidem.

Se as concepções metafísicas sobre o direito estão sustentadas na atribuição de sentidos *in abstracto* – e por isso sustentam a possibilidade da existência de múltiplas respostas –, é porque a interpretação ocorre em etapas, cindindo/separando a interpretação da aplicação, como se fossem “mundos distintos”. Ora, é exatamente neste ponto que reside o diferencial entre a hermenêutica e as diversas teorias discursivo-procedurais. Em outras palavras, é 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. Definitivamente, não há como isolar a pré-compreensão.

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 –, 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.

É possível – e necessário – dizer, sim, que uma interpretação é correta e a outra é incorreta. Movemo-nos no mundo exatamente porque *podemos fazer afirmações dessa ordem*. E disso nem nos damos conta. Ou seja, na compreensão os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer; ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer na e pela interpretação. Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer outra concepção teórico-filosófica (ainda) chamam de “raciocínio subsuntivo” ou “raciocínio dedutivo” nada mais é do que esse “paradoxo hermenêutico”, que se dá exatamente porque a compreensão é um existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto porque compreendi, pela simples razão de que já compreendi, o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde).

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*.

4.1. A indevida distinção entre casos fáceis e casos difíceis

Daí a necessidade de deixar claro que a crise dos modelos interpretativos não autoriza que as teorias da argumentação ou outras teorias procedurais venham a se constituir em uma espécie de reserva hermenêutica, que somente seria chamada à colação na “insuficiência” da regra, isto é, quando se estiver em face de “casos difíceis” (*hard cases*). Casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*) partem de um mesmo ponto e possuem em comum algo que lhes é condição de possibilidade: a pré-compreensão (*Vorverständnis*). Esse equívoco de separar *easy cases* de *hard cases* é cometido tanto pelo positivismo de Hart como pelas teorias discursivo-argumentativas, valendo citar, por todos,¹³ Alexy¹⁴ e Atienza¹⁵. O que têm em comum é o fato de que, nos *hard cases*, consideram que os princípios (critérios) para solvê-los não se encontram no plano da aplicação, mas, sim, devem ser retirados de uma “história jurídica” que somente é possível no plano de discursos *a priori* (no fundo, discursos de fundamentação prévios). Também Dworkin faz indevidamente essa distinção entre casos fáceis e casos difíceis. Mas o faz por razões distintas. A diferença é que Dworkin não “desonera” os discursos de aplicação dos discursos de fundamentação, que se dão *prima facie*. Na verdade, a exemplo de Gadamer, ele não distingue discursos de aplicação de discursos de fundamentação, assim como não separa interpretação e aplicação.

Acreditar na distinção (cisão) entre casos simples (fáceis) e casos difíceis (complexos) é pensar que o direito se insere em uma “suficiência ôntica”, isto é, 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.

¹³ Embora essa questão não esteja explícita em Habermas e Günther, penso que ambos incorrem nessa cisão. Para tanto, valho-me da leitura de Habermas em seus: *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Cátedra, 1989; *Direito e democracia I e II. Entre Faticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; Reply to may critics. In: THOMPSON, J.; HELD, D. (Eds.). Habermas. *Critical Debates*. London, 1982; e Günther em seus: *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004; Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 6, São Paulo, Humanitas, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2000. Essa questão é por mim enfrentada em *Verdade e Consenso*, op.cit.

¹⁴ Cfe. ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. In: VALDÉS, Ernesto Garzón (Org.). *Derecho y Filosofía*. Alfa, Barcelona-Caracas: Alfa, 1985; Problemas da teoria do discurso. *Revista do Direito Brasileiro*, n. 1, Brasília, UnB, 1996; Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003; *Teoria de la Argumentación Jurídica. Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*. Madrid: CEPC, 1997.

¹⁵ Cfe. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002; Argumentación jurídica. In: *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000.

O que as teorias argumentativas não levam em conta 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.¹⁶

Partir de uma pré-elaboração (*prima facie*) do que seja um caso simples ou complexo é incorrer no esquema sujeito-objeto, como se fosse possível existir 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 que a discricionariedade interpretativa é fruto do paradigma representacional e se fortalece na cisão entre interpretar e aplicar, o que implica a prevalência do dualismo sujeito-objeto.

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, na verdade, 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 e difíceis), o que demonstra a presença (e permanência) do paradigma representacional, emergente do dualismo metafísico e do esquema sujeito-objeto.

Deixando isso mais claro: na medida em que o nosso desafio é levar os fenômenos à representação (pela linguagem), casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*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, transforma-se em um “caso fácil”. É aqui que, por ser correta (sequer nos perguntaremos sobre ela), a interpretação “desaparece”. Ou seja, reiterado a partir da existencialidade

¹⁶ Nesse sentido, consultar STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia. Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004; *Diferença e metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000; Vida humana, um conceito da antropologia filosófica. *Veritas*, n. 4, v. 48, dez/2003.

compreensiva, o caso (que não é fácil e nem difícil, 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”.

O problema de um “caso” ser fácil (*easy*) ou difícil (*hard*) não está nele mesmo, mas na possibilidade – que advém da pré-compreensão do intérprete – de se compreendê-lo. Fosse possível distinguir/cindir (*a priori*) casos fáceis e casos difíceis, chegar-se-ia à conclusão de que os casos seriam fáceis para determinados intérpretes e difíceis para outros...! A questão – vista de outro modo – é: fácil ou difícil para quem?

Portanto, há algo anterior à distinção: trata-se de uma “dobra hermenêutica” que cada caso possui, assim como ocorre com a linguagem (aliás, um caso só vem à compreensão através da linguagem, porque – e não devemos esquecer – *texto é evento*). Ou seja, uma “suficiência ôntica” pode até “explicar” um caso simples para um intérprete. Entretanto, esse mesmo caso pode permanecer como complexo para outro. Conseqüentemente, a distinção entre casos fáceis e difíceis está na compreensão, portanto, *nas condições de possibilidades que o intérprete possui de entender os pré-juízos*. Se está na compreensão, então dependerá de uma pré-compreensão, que *antecede* a “designação” de ser um caso fácil ou difícil. Daí a absoluta inadequação de se dizer que os casos fáceis se “resolvem” mediante raciocínios dedutivos (causais explicativos).

4.2. Da inadequada distinção/cisão entre regras e princípios

Do mesmo modo, tem-se a inadequada compreensão acerca da tensão entre regra e princípio, que acaba sucumbindo em mais um dualismo metafísico. A regra não explica; ela esconde (a regra não desvela; ela vela). O princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra (pelo enunciado, que pretende impor um universo significativo auto-suficiente). No fundo, o positivismo jurídico não conseguiu ainda nem sequer superar a metafísica clássica, circunstância facilmente perceptível em setores importantes da doutrina jusfilosófica que a sustentam, acreditando 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. Por outro lado, as posturas positivistas também não superaram a metafísica moderna, o que se pode perceber pelas posições assumidas por considerável parcela dos juristas que – a pretexto de “ultrapassar” a “literalidade” do texto, coloca no sujeito a tarefa “essencialista” 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 com a sua “mente privilegiada” (veja-se, nisso, a imbricação dos dois paradigmas metafísicos) para levantar o véu que “encobre o verdadeiro sentido da regra” (sic).

Eis a novidade: por trás de cada regra, passa a existir um princípio. 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 da linguagem, o paradigma que supera esse modelo, sustentado no novo constitucionalismo (neoconstitucionalismo), 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/verdadeiras), evitando a descontextualização do direito e a cisão do que é incindível: fato e direito, texto e norma, palavra e coisa, interpretação e aplicação, enfim, os diversos dualismos que sustentam o modelo positivista-metafísico do direito. Desnecessário lembrar que a aplicação dos princípios aqui especificada diz respeito à *applicatio* gadameriana, o que nos remete, necessariamente, à faticidade, ao modo prático de ser no mundo, à diferença ontológica (*ontologische Differentz*). Portanto, *não se está substituindo a regra pelo princípio ao sustentar a aplicação destes no lugar da regra*. Essa ilusão poderia levar à conclusão de que essa aplicação poderia se dar nos moldes alexianos.

Numa palavra – e permito-me insistir –, é importante notar que essa distinção entre regra e princípio deve ser vista à luz do paradigma hermenêutico, sob pena de não ser compreendida e provocar confusões. Estará equivocado aquele que achar que se trata da distinção obtida pelo “critério forte”, que vê nos princípios uma estrutura lógica diferenciada daquela percebida nas regras (dado A deve ser B). Essa “diferença”, a rigor, somente será percebida no plano apofântico, quando criamos um mínimo de entificação necessária para transmitir mensagens. Neste plano – e apenas neste – podemos dizer que o princípio (independente da sua forma textual), diferentemente das regras, traz consigo a carga de uma filosofia prática, razão pela qual acaba sendo, no mais das vezes, associado aos valores. Nesse contexto, os princípios representariam a tentativa de resgate de um mundo prático abandonado pelo positivismo. As regras, por outro lado, representariam uma “técnica” para a concretização desses valores (sic), ou seja, meios (condutas) para garantir um “estado de coisas” desejado. Mas, convém notar *que essa distinção somente poderá ser feita no plano apofântico*, não tendo sentido se entendida como uma analítica constituidora de sentido. No plano hermenêutico, há a pré-compreensão como condições de possibilidade, que impede a distinção estrutural entre regras e princípios.

Distinguir regra e princípio não pode significar que as regras sejam uma espécie de renegação do passado – e de seus fracassos – e nem tampouco que os princípios traduzam o ideal da “boa norma”. Ora, regra e princípio são textos, d’onde se extraem normas. Regras (se se quiser, preceitos) produzidas democraticamente podem/devem, igualmente, traduzir a institucionalização da moral no direito. *A distinção regra-princípio não pode significar, assim, maior ou menor grau de subjetividade.* Isso é equivocado e proporciona mal-entendidos. Se assim o fosse, os princípios não representariam uma ruptura com o mundo de regras. Mas regras não são “boas” nem “más”; carregam, inegavelmente, um capital simbólico que denuncia um modelo de direito que fracassou: o modelo formal-burguês, com suas derivações que cresceram à sombra do positivismo jurídico. E isso não pode ser olvidado.

É neste contexto que deve ser compreendida a diferença entre regra e princípio. O princípio não é a “norma da regra”; também a regra não é um “ente disperso no mundo jurídico, ainda sem sentido”. A diferença é que sempre há uma ligação hermenêutica entre regra e princípio. Isso é fundamental para a compreensão do problema. Não fosse assim e não se poderia afirmar que atrás de cada regra há um princípio. Esse princípio, que denominamos instituidor, na verdade, constitui o sentido da regra na situação hermenêutica gestada no Estado Democrático de Direito. Essa é a especificidade; não é um princípio geral do direito, um princípio bíblico, um princípio (meramente) político. No fundo, quando se diz que entre regra e princípio há (apenas) uma diferença (ontológica, no sentido da fenomenologia hermenêutica – no original, *ontologische Differenz*), é porque regra e princípio se dão, isto é, eles acontecem (na sua norma) no interior do círculo hermenêutico. Há sempre, pois, um engendramento significativo (um *Ereignis* significativo).

Em síntese, é necessário entender que, diante do conceitualismo provocado pelo império das regras em um mundo de subsunções e deduções que nada mais fazem do que reforçar a subjetividade (discricionariedade) do intérprete, os princípios constitucionais ingressam no cenário jurídico para *superar esse paradigma da dedução* (causalista-explicativo), que se move ainda no plano da teoria do conhecimento (esquema sujeito-objeto).

Portanto, para as posturas positivistas ainda inseridas nesse modelo, a questão não é só metodológica, mas, sim, ontológica no sentido clássico, que é o paradigma da objetivação; nesse paradigma, há uma questão de método – é uma posição ontológico-metafísica. Move-se, pois, no campo do fundamental. Em outras palavras: há um fundamento objetivamente ontológico e disso resulta o método positivista. Nisso está assentado o paradigma positivista. Positivismo, subjetivismo (filosofia da consciência), discricionariedade (que redundando em arbitrariedades) estão umbilicalmente ligados (sem desconsiderar a importância para o

positivismo jurídico das teorias semânticas assentadas no paradigma objetivista–metafísico-clássico).¹⁷ 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, por excelência, a forma de objetificação metafísica.

4.3. A ponderação como repristinação da discricionariedade positivista: a diferença entre hermenêutica e teoria da argumentação jurídica

Se no positivismo os “casos difíceis” eram “deixados” a cargo do juiz resolver de forma discricionária (com as conseqüências históricas de que já falei anteriormente), em tempos de pós-positivismo e naquilo que se denominou de teoria(s) da argumentação jurídica(s), os *hard cases* passaram a ser resolvidos a partir de *ponderações de princípios*. Quando os princípios entram em conflito, devem ser ponderados, diz, por todos, Alexy, sustentando, assim, a tese da hierarquização axiológica. O problema é saber como é feita essa “escolha”...!

Penso, aqui, que o calcanhar de aquiles da ponderação – e, portanto, das diversas teorias argumentativas – reside no deslocamento da hierarquização “ponderativa” em favor da “subjetividade” (assujeitadora) do intérprete, com o que a teoria da argumentação, como sempre denunciou Arthur Kauffman, não escapa do paradigma representacional. No fundo, volta-se ao problema tão criticado da discricionariedade, que, para o positivismo (por todos, Kelsen e Hart), é resolvido por delegação ao juiz. Assim, também nos casos difíceis de que falam as teorias argumentativas, a escolha do princípio aplicável “repristina” a antiga “delegação positivista” (na zona da franja, em Hart ou no perímetro da moldura, em Kelsen), cabendo ao intérprete dizer qual o princípio aplicável, isto é, tal como no positivismo, cabe ao juiz decidir nas “zonas de incertezas” e das “insuficiências ônticas”, para usar aqui uma expressão que faz parte do repertório que identifica a “dobra da linguagem” (Stein-Streck) que sustenta a ausência de cisão entre *hard* e *easy cases*.

A ponderação, modo simples, acaba por repetir a idéia da subsunção. Mesmo que – como propõe Alexy – devam ser feitas fórmulas e critérios de hierarquização, isso não livra a

¹⁷ Desnecessário lembrar o papel das súmulas vinculantes, que cumprem exatamente esse papel de objetificação. É evidente que isso não é privilégio das súmulas, uma vez que, em *terrae brasilis*, de há muito o direito contenta-se com um conjunto de *prêt-à-posters* significativos, por intermédio dos quais o senso comum teórico pretende estabelecer previamente as diversas hipóteses de aplicação de um texto, transferindo o problema da interpretação do direito para o plano dos discursos de fundamentação, fortificando, assim, os diversos dualismos metafísicos.

ponderação das armadilhas do velho problema da metodologia, tão bem criticada e superada por Gadamer em *Wahrheit und Methode*. A ponderação de que trata a teoria da argumentação estará baseada em um “método”, que, a par de ser construído, solipsisticamente, pelo próprio intérprete, nada mais será do que uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto. Afinal, sempre é possível perguntar acerca das condições de possibilidade que existem para afirmar que “este” critério para fazer a ponderação é melhor que o outro. Ou, de outro modo, qual é o fundamento de validade do critério? E volta-se ao trilema de Münschausen. Veja-se que até adeptos da teoria da argumentação, como Pietro Sanchis, admitem que o “juízo de ponderação” implica uma margem (considerável) de discricionariedade. Pergunta-se, então: qual é a distância daí até a arbitrariedade interpretativa (ou, se quiser, do decisionismo)?

Eis aqui a diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação: enquanto esta compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação à subjetividade do intérprete, àquela parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, *diminuindo* – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete. Claro que, para tanto, a hermenêutica salta na frente para dizer que, primeiro, são incindíveis os atos de interpretação e aplicação (com o que se supera o método) e, segundo, não há diferença estrutural entre *hard cases* e *easy cases*.

É nesse contexto, isto é, por acreditar na existência de *hard cases* e *easy cases* e, sobretudo, por “dispensar” a pré-compreensão antecipadora, a teoria da argumentação utiliza-se do princípio da proporcionalidade como “chave” para resolver a ponderação, a partir das quatro características de todos conhecidas. Como a proporcionalidade só “é chamada à colação” em caso de necessidade de ponderação (são os casos difíceis), é ao intérprete que caberá “hierarquizar” e “decidir” qual o princípio aplicável. Ora, se, ao fim e ao cabo, é ao intérprete que cabe hierarquizar (e escolher) o princípio aplicável, a pergunta que fica é: qual é, efetivamente, a diferença entre o “intérprete ponderador” e o “intérprete positivista-discricionarista”?

Claro que a Teoria da Argumentação Jurídica – mormente a de Alexy – responderá que há um conjunto de critérios que deverão sempre balisar a escolha. Mas, pergunto, qual é a diferença desses critérios (ou fórmulas) dos velhos métodos de interpretação, cujo calcanhar de aquiles – na feliz expressão de Eros Grau e Friedrich Müller – é(ra) exatamente não ter um

critério para difundir qual o melhor critério, que, em outras palavras, comparei, em textos anteriores, com a “ausência/impossibilidade” de um *Grundmethode*?¹⁸

Portanto, neste ponto há que se dar razão a Habermas e aos adeptos de sua teoria, sobre as suas críticas ao “uso discricionário da ponderação” e à “ponderação discricionária” (aliás, a própria ponderação passa a ser, por si só, instrumento para o “livre exercício” da relação sujeito-objeto). Assim, por exemplo, quando se está dizendo que uma lei x é inconstitucional porque fere o princípio da proporcionalidade, na verdade, antes disso, a lei x é inconstitucional porque, por certo, violou um determinado princípio constitucional. Na verdade, estão corretas as críticas de Habermas de que não se deve ponderar valores, nem em abstrato, nem em concreto. Por isso, a proporcionalidade não será legítima se aplicada como sinônimo de equidade. Proporcionalidade¹⁹ será, assim, o nome a ser dado a necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão (aqui há uma aproximação de Habermas com Dworkin).

6. A resposta correta como remédio contra a discricionariedade. Aportes finais em tempos de pós-positivismo.

De tudo o que foi exposto, penso que uma reflexão que aponte para a superação do imaginário jurídico-positivista necessita dos pressupostos hermenêuticos, que apontam para a superação do esquema sujeito-objeto, assim como dos diversos dualismos próprios dos paradigmas metafísicos objetificantes (clássico e moderno). É preciso, portanto, insistir nisso. Consciência e mundo, linguagem e objeto, sentido e percepção, teoria e prática, texto e norma, vigência e validade, regra e princípio, casos simples e casos difíceis, discursos de justificação e discursos de aplicação: esses dualismos se instalaram no nosso imaginário sustentados pelo esquema sujeito-objeto.

Frente ao estado da arte representado pelo predomínio do positivismo, que sobrevive a partir das mais diversas posturas e teorias que se sustentam, 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 possibilidade, a busca de respostas corretas em direito é uma necessidade.

¹⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*, op. cit.

¹⁹ Ao invés da proporcionalidade, que acaba sendo utilizada como uma panacéia para resolver “qualquer problema”, parece mais indicado utilizar as suas duas “faces”: a proibição de excesso (*Übermassverbot*) e proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Por isso, a resposta correta que venho propondo é uma simbiose entre a teoria integrativa de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica). Dito de outro modo, trata-se de enfrentar o “estado de natureza hermenêutico” em que o discricionarismo positivista transformou o sistema jurídico. A “liberdade” na interpretação dos textos jurídicos proporcionada pelo império das correntes (teses, teorias) ainda arraigadas/prisioneiras do *esquema sujeito-objeto* tem gerado esse “estado de natureza interpretativo”, representado por uma “guerra de todos os intérpretes contra todos os intérpretes”...! Cada intérprete parte de um “grau zero” de sentido. Cada intérprete reina nos seus “domínios de sentido”, com seus próprios métodos, metáforas, metonímias, justificativas, etc. Os sentidos “lhe pertencem”, como se estes estivessem a sua disposição, em uma espécie de reedição da “relação de propriedade” (neo)feudal. Nessa “guerra” entre os intérpretes – afinal, cada um impera *solipsisticamente* nos seus “domínios de sentido” – reside a morte do próprio sistema jurídico.

A resposta correta é uma metáfora, como o juiz Hércules de Dworkin também o é. Afinal, metáforas servem para explicar coisas. Isso, à evidência, implica pensar esse modelo dentro de suas possibilidades. Com efeito, metáfora são criadas porque se acredita que um determinado fenômeno poderá ser melhor explicado a partir da explicação já consolidada de um outro fenômeno, ou seja, a “operação com que transferimos significados não-sensíveis para imagens ou remetemos elementos sensíveis a esferas não-sensíveis”²⁰. Portanto, se considerarmos que essa distinção fundamental entre sensível e não-sensível não existe, a colocação da metáfora representa uma atitude tipicamente metafísica, induzindo o agente a compreendê-la como um ponto de partida universal.

Contudo – e essa advertência reveste-se de fundamental relevância, para não gerar malentendidos –, se a metáfora for pensada dentro das limitações de uma linguagem apofântica, que terá sempre como pressuposto a dimensão hermenêutica da linguagem, ela permitirá, a exemplo do neologismo, uma aproximação entre o dito e o fenômeno já compreendido, uma vez que nela encerra, como já foi visto, um grau de objetivação minimamente necessário. A metáfora é entendida, assim, como a possibilidade, a partir da diferença ontológica, de “ligar” significantes e significados. A metáfora significa a impossibilidade de sinonímias “perfeitas”.

A metáfora da resposta correta será, desse modo, a explicitação de que é possível

²⁰ Cf. STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 69 e segs. O conceito “tradicional” de metáfora pode ser aplicado, v.g., às súmulas vinculantes e aos enunciados *prê-à-porter* proto-sumulares que conformam a cultura jurídica dominante, porque pretendem estabelecer explicações prévias de outros fenômenos

atravessar o “estado de natureza hermenêutica” (lembremos o “estado de natureza” de outra metáfora, a de Hobbes, em seu Contrato Social) instalado no direito. A metáfora nos mostra que, ao nos situarmos no mundo, isso não implica um *genesis* (grau zero) a cada enunciação. Dito de outro modo, pela resposta correta – compreendida nos moldes aqui delimitados – estabelece-se a convicção (hermenêutica) de que há um desde-já-sempre (existencial) que conforma o meu compromisso minimamente objetivado(r), uma vez que, em todo processo compreensivo, o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando, assim, ao que chamamos de objetivação, como sempre nos lembra Ernildo Stein.

Mas – e aqui vai uma advertência indispensável –, a ruptura com o “estado de natureza hermenêutico” não se dará através de uma delegação em favor de uma instância última, isto é, um “abrir mão do poder de atribuir sentidos em favor de uma espécie de Leviatã hermenêutico”, como parece ser o caso da institucionalização da simplista idéia das súmulas vinculantes ou de outros mecanismos vinculatórios (v.g., Leis 8.038, 9.756 e 11.277, para falar apenas destas).

Dito de outro modo, 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 super-norma* que possa “prever todas as hipóteses de aplicação”, que, *mutatis, mutandis*, é a pretensão última das súmulas vinculantes. Assim, contra o caos representado pelos decisionismos e arbitrariedades, o *establishment* propõe um “neo-absolutismo hermenêutico”. E isso recrudescer a crise, longe de debelá-la.

Nesse sentido, parece não haver dúvidas de que a admissão de múltiplas respostas a cada caso está relacionada, antes de tudo – ao contrário do que sustentam os juristas – não “ao caso concreto” por todos tão reverenciado, mas, sim, ao conceitualismo da regra, que pretende “abarcar” (todas) as possíveis “situações de aplicação” de forma antecipada, “independente” do mundo prático, da situação fática. Aqui, o “caso concreto” acaba sendo “exprimido” para “dentro” desse conceito, que, assim, não passa de uma “capa de sentido” com pretensões

a partir da explicação consolidada de um, isoladamente, como se o problema do direito se resumisse à validade (prévia) dos discursos.

universalizantes. De um lado, é isso que acontece. Mas há também outra parte dos juristas, que pretende superar o problema desse semanticismo sem ser-no-mundo. Trata-se daqueles para os quais o caso concreto tem a função ideológica de servir para – a exemplo do realismo jurídico e suas derivações – abrir uma nova “cadeia de sentidos”, como se o intérprete partisse de um “grau zero de sentidos”. Como resultado, são ignorados, sob os mais argumentos mais voluntaristas e voluntariosos, os próprios limites de sentido e o sentido dos limites que se encontram minimamente entificados (se se quiser, solidificados em uma tradição) nos textos jurídicos produzidos democraticamente sob o pálio do Estado Democrático de Direito. Para ser mais simples: escudado no “caso concreto”, diz-se qualquer coisa sobre qualquer coisa...O problema é saber como se procede no caso seguinte...! Soçobram, pois, não somente os textos jurídicos produzidos democraticamente, mas a própria democracia, uma vez que passamos a ser reféns dessa batalha de sentidos que se dá entre os os diversos “sujeitos” solipsistas detentores, cada um, de um “feudo interpretativo”.

Na verdade, “nesse” mundo positivista, o que conta é o enunciado, isto é, todas as outras formas de linguagem e todos os outros modos de dizer do objeto de análise se resumem ao enunciado, que fica à *dis-posição* do sujeito-intérprete. Esse fenômeno, aliás, embora sob outra motivação, é muito bem explicada por Gadamer, para quem 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.²¹ 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, como querem, por exemplo, Habermas e Günther.

A *resposta correta* – que não é única e nem uma entre várias²² – à luz da hermenêutica (filosófica)²³ – será a “resposta hermenêuticamente correta” para aquele caso, que exsurge na

²¹ Cfe. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Ergänzungen Register. Hermeneutik II*. Tübingen: Mohr, 1990, pp.193 e 194.

²² Nesse sentido, ver meu *Verdade e Consenso*, op. cit.

síntese hermenêutica da *applicatio*. Essa resposta propiciada pela hermenêutica deverá, a toda evidência, estar justificada (a fundamentação exigida pela Constituição implica a obrigação de justificar) no plano de uma argumentação racional, o que demonstra que, se a hermenêutica não pode ser confundida com teoria da argumentação²⁴, não prescinde, entretanto, de uma argumentação adequada (vetor de racionalidade de segundo nível, que funciona no plano lógico-apofântico). Afinal, se interpretar é explicitar o compreendido (Gadamer), a tarefa de explicitar o que foi compreendido é reservado às teorias discursivas e, em especial, à teoria da argumentação jurídica. Mas esta não pode substituir ou se sobrepor àquela, pela simples razão de que é metódico-epistemológica.

Nesse sentido, a tese da resposta constitucionalmente adequada (ou a resposta correta para o caso concreto) pressupõe uma sustentação argumentativa. A diferença entre hermenêutica e a teoria argumentativo-discursiva é que àquela trabalha com uma justificação do mundo prático, ao contrário desta, que se contenta com uma legitimidade meramente procedimental. Isto é, na teoria do discurso, a pragmática é convertida no procedimento.

Mutatis, mutandis, trata-se de justificar a decisão²⁵ (decisão no sentido de que todo ato aplicativo – e sempre aplicamos – é uma de-cisão). Para esse desiderato, compreendendo o problema a partir da antecipação de sentido (*Vorhabe, Vorgriff, Vorsicht*), no interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, sem que um e outro sejam “mundos” estanques/separados, fundem-se os horizontes do intérprete do texto (insista-se, texto é evento, texto é fato, texto não é um mero enunciado lingüístico). Toda a interpretação começa com um texto, até porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo. O sentido exsurgerà de acordo com as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo, d’onde pré-juízos falsos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos.

Através do círculo hermenêutico, faz-se a distinção entre pré-juízos verdadeiros e falsos, a partir de um retorno contínuo ao projeto prévio de compreensão, que tem na pré-compreensão a sua condição de possibilidade. O intérprete deve colocar em discussão os seus

²³ A partir da leitura que faço da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica, proponho uma Crítica Hermenêutica do Direito. Ver, para tanto, meus *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, op. cit.; e *Verdade e Consenso*, op. cit.

²⁴ Há uma nítida diferença entre a tese da resposta correta a ser dada pela hermenêutica filosófica e o tipo de resposta proposta a partir das teorias do discurso e da argumentação. Assim, embora minha concordância em relação à inviabilidade da “única resposta correta”, não é possível, porém, concordar com as críticas à referida tese feitas à luz da teoria da argumentação jurídica, exatamente pelo não abandono, por parte destas, da subsunção e, portanto, do esquema sujeito-objeto (pelo menos, se assim se quiser, para os “*easy cases*”).

²⁵ A justificativa é condição de possibilidade da legitimidade da decisão. Nesse sentido, guardadas as especificidades da operacionalidade do direito na common law e na civil law, remeto o leitor a Dworkin, em seu *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p 238.

pré-juízos, isto é, os juízos prévios que ele tinha sobre a coisa antes de com ela se confrontar. Os pré-juízos não percebidos enquanto tais nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. Não perceber os pré-juízos “como” pré-juízos alienam o intérprete, fazendo-o refém da tradição *ilegítima*. A compreensão tem ínsita a permanente tensão entre coisa e intérprete. Por conseguinte, compreender não é um ato reprodutivo (*Auslegung*), e, sim, um ato produtivo, de dar sentido à coisa (*Sinngebung*). Interpretar será, assim, explicitar uma possibilidade verdadeira do texto compreendido. Interpretar *é iluminar as condições sobre as quais se compreende*, para usar as precisas palavras de Gadamer.

Na verdade, essa explicitação é o espaço “epistemológico” da hermenêutica. Explicita-se as condições pelas quais se compreendeu. 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. 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. Pela hermenêutica, fazemos uma fenomenologia do conhecimento. Não é uma coisa concreta. É, sim, a descrição da autocompreensão que opera na compreensão concreta.

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.

Por outro lado, parece despiciendo referir que a resposta correta não é, jamais, uma resposta definitiva. Do mesmo modo, a pretensão de se buscar a resposta correta não possui condições de garanti-la. Corre-se o risco de se produzir uma resposta incorreta. Mas o fato de

se obedecer a coerência e a integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão de pré-juízos advindos da tradição, já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental *que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada a Constituição*. Hermeneuticamente – e na medida em que o tempo é o nome do ser e a distância temporal é sempre um aliado e não um inimigo – a resposta correta é (sempre) provisória, até porque há uma dialética entre velamento e desvelamento. O ser se vela e se desvela. A linguagem proporciona descobertas e encobrimentos. Por isso, os enunciados lingüísticos que descrevem o direito não são o lugar da resposta correta, *mas a resposta correta será o lugar dessa “explicitação”*, que, hermeneuticamente, não se contentará com uma fundamentação de caráter *a priori* dos discursos de fundamentação.

Na era das Constituições compromissórias e sociais, enfim, em pleno pós-positivismo, uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto e dar conta do mundo prático 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. Conseqüentemente, o método (o procedimento discursivo) sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos separados da “realidade”.

Numa palavra: mundo é mundo pensado. E a filosofia é hermenêutica; não é lógica. As coisas só são na medida em que são compreendidas. Quando falo em rupturas paradigmáticas quero falar de profundas alterações no modo de entender o mundo. Ora, é nesse contexto que é preciso ter presente que o novo paradigma neoconstitucional (e, portanto, nos propósitos destas reflexões, pós-positivista) consubstancia e proporciona um deslocamento do pólo de tensão do solipsismo (*Selbstsichtigkeit*) das decisões do judiciário em direção à esfera pública de controle dessas decisões. E disso o campo jurídico (dominante) não se dá (e até hoje não se deu) conta, isto é, não compreende que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito deve ser compreendido no contexto da ruptura paradigmática ocorrida no campo da filosofia. *Dito de outro modo, o direito não está imune ao pensamento que move o mundo*. Conseqüentemente, a derrocada do esquema sujeito-objeto (ponto fulcral das reflexões das teorias democráticas que vão desde as teorias do discurso à hermenêutica) tem repercussão no novo modelo de Estado e de Direito exurgido a partir do segundo pós-guerra. *Por isso, o novo constitucionalismo dessa quadra da história é condição de possibilidade para a superação do positivismo; e, por isso, é pós-positivista*.

No interior dessa ruptura paradigmática – cujos efeitos são profundamente revolucionários para o direito –, o sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) dá lugar à

intersubjetividade. O solipsismo proporciona/proporcionou uma “privatização” de sentidos (afinal, é a consciência de si do pensamento pensante). Daí a pergunta: de que modo um/esse sujeito, que se sustenta (*fundamentum inconcussum*) individual e egoisticamente, pode vir a compreender a sua própria antítese? Ora, o modelo formal-burguês (liberal-individualista e tudo o que dele decorreu) foi concebido a partir e pelo sujeito solipsista. É por tais razões que a derrocada do modelo de direito e de Estado demanda um “novo” sujeito, mas um sujeito que já não possa “dominar” os sentidos, como se fossem “propriedade sua”, enfim, como se os sentidos fossem produtos de sua consciência individual. Dito de outro modo, é indispensável compreender que o novo paradigma neoconstitucionalista (pós-positivista) exige uma construção intersubjetiva de sentidos. O que parece difícil de ser entendido no campo jurídico é que, no modelo fruto do império da subjetividade, o sujeito – que se “assenhora” dos espaços em que se dão os sentidos – lê/interpreta o mundo através destes (seus) territórios significativos. Ou seja, o esquema sujeito-objeto é uma forma de impedir a penetração do nível discursivo forjado intersubjetivamente nos espaços públicos. Para assim agir, o sujeito do esquema *s-o* toma “posse” da linguagem (para ele, apenas uma terceira coisa) e constrói blindagens contra a manifestação hermenêutica dos fenômenos.²⁶ E é essa “terceira coisa” que possibilita a entificação dos sentidos (veja-se o congelamento de sentidos feita pelo sentido comum teórico), colocando-se como barreira contra a transcendência²⁷ (lembramos dos diversos dualismos que povoam o discurso jurídico).

Para uma melhor compreensão dessa fenomenologia, basta que examinemos alguns sintomas (positivistas) dessa não recepção do paradigma da intersubjetividade no e pelo direito. Com efeito, quando já de há muito está anunciada a morte do sujeito (da subjetividade assujeitadora – filosofia da consciência), parece que, no âmbito do direito, tal notícia não surtiu qualquer efeito. Continuamos a apostar nesse sujeito do esquema metafísico “sujeito-objeto” e, portanto, no deslocamento do polo de tensão dos sentidos em “favor” do sujeito discricionário. Para exemplificar, veja-se que o Código de Processo Penal sustenta-se no modelo inquisitivo, pelo qual o juiz toma decisões de ofício – prisões, diligências, busca de provas etc (há até mesmo recursos de ofício); o Código de Processo Civil é fruto de repetidas apostas no procedimento que tem o sujeito-juiz como protagonista – recordemos, aqui, o

²⁶ Isso fica nítido pela seguinte questão: o discurso dogmático, refém do esquema sujeito-objeto, provoca o velamento do sentido do ser autêntico do direito; no fundo, o discurso jurídico-dogmático “nadifica” as possibilidades transformadoras e emancipatórias do direito exurgente do neoconstitucionalismo.

²⁷ A transcendência é entendida no sentido da fenomenologia hermenêutica. Nesse sentido, o princípio pode ser entendido como a transcendência da regra. É por tais razões que venho sustentando que entre regra e princípio não há uma distinção estrutural e sim apenas uma diferença, que é ontológica (evidentemente, estou falando da *ontologische Differentz*).

papel da escola instrumentalista do processo –, com a função de adaptar o procedimento à correta aplicação da técnica processual, reconhecendo-se ao julgador o poder de adequar (sic) o mecanismo às especificidades da situação, utilizando-se, para tal, de sua “sensibilidade” e seu “sentido do justo” (considere-se, ainda, que as sucessivas reformas foram transferindo as decisões colegiadas para o monocratismo);²⁸ no direito civil, parcela considerável dos juristas aposta nas cláusulas gerais, que, em face de sua abertura, dariam maior possibilidade para o juiz “buscar o justo concreto” (sic), o que nada mais é do que reforçar a velha discricionariedade positivista; no direito penal, basta uma leitura do artigo 59, para compreendermos a dimensão da cognição (metafísica) a ser feita pelo aplicador, sem considerar a ontologia clássica que sustenta a(s) teoria(s) do delito; no direito tributário, o sujeito liberal-individualista continua a ser – mesmo nesta quadra da história – o protagonista de uma contraposição Estado-Sociedade (como se ainda vivêssemos no século XIX), cuja leitura/interpretação é feita, não raras vezes, a partir de “regras que superam princípios constitucionais” (sic); por último, na teoria do direito, em nome da ponderação – e esse o problema fulcral, v.g., da teoria da argumentação jurídica –, abre-se um campo profícuo para o exercício de discricionariedades (que levam à arbitrariedades) e decisionismos, sob os auspícios dos diversos graus de “proporcionalidades”, além da defesa da distinção lógico-estrutural entre casos simples (que seriam solucionados por dedução ou subsunção- sic) e casos complexos (para os quais são “chamados à colação” os princípios). Isso para dizer o mínimo.

De todo modo, nisso tudo há um ponto comum. Está-se diante de um novo princípio epocal. Na verdade, se o último princípio epocal da era das duas metafísicas foi a vontade do poder (*Wille zur Macht*),²⁹ o novo princípio, forjado na era da técnica, transforma o direito em uma mera racionalidade instrumental (lembremos, sempre e novamente, as escolas instrumentalistas do processo...!). Manipulando o instrumento, tem-se o resultado. Ao final dessa “linha de produção”, o direito é (será) aquilo que (ess)a vontade do poder quer que seja.

²⁸ Parece que a comunidade jurídica esquece que, cada vez que se pretende “processualizar mais o sistema”, ocorre uma diminuição do processo enquanto instrumento de garantia do devido processo legal. Na verdade, essa “processualização” – entendida como a construção de mecanismos que visam desafogar os Tribunais e “simplificar” o “procedimento” – acaba por não produzir maiores possibilidade de acesso à justiça, à participação das partes, etc, e, sim, tão-somente reforçam o poder decisório do condutor do processo (desculpem minha insistência no tema, mas esse sujeito é o *Selbstsüchtiger* de que tanto venho falando), que é transformado no único protagonista (para quem tem dúvidas, recomendo que frequente seções de Turmas e Câmaras dos Tribunais, assista o julgamento dos agravos decorrentes das decisões monocráticas, etc). No fundo, as reformas que buscam “efetividades quantitativas” acabam funcionando como o direito do consumidor: sob pretexto de o proteger, coloca-se à sua disposição telefones 0800...

²⁹ Lembremos, pois, o *eidos* platônico, a *ousia* aristotélica, o *ens creatur* aquiniano, o *cogito* descartiano, o *Ich denke* kantiano, o *absoluto* hegeliano e o último grande princípio da metafísica moderna, o *Wille zur Macht*, de

Chega-se, assim, ao ápice da *não democracia*: o direito transformado em política. Não que direito e política estejam cindidos. Parece despidendo qualquer comentário acerca dessa problemática (pensemos, por exemplo, na doutrina de Hans P. Schneider). O que ocorre é que a relação direito-política não pode criar/estabelecer uma contradição em si mesmo, ou seja, se o direito serve para controlar/garantir a democracia (e, portanto, a política), ele não pode ser a própria política.

Por isso, em tempos de pós-positivismo, se, de um lado, ocorre um aumento do espaço de poder do Judiciário (justiça constitucional), ao mesmo tempo ocorre a diminuição do espaço do legislador (liberdade de conformação). Consequentemente, parece inexorável que tenhamos, na mesma proporção, controlar as decisões judiciais. Afinal, não tem sentido que, depois de tantas lutas, deixemos a interpretação/aplicação do direito, fruto de uma revolução copernicana que veio para resgatar as promessas incumpridas da modernidade, *a cargo de um sujeito solipsista*, que, a partir de sua consciência de si do pensamento pensante (*Sebstgewisheit des denkenden Denken*), resolva os problemas decorrentes da indeterminabilidade dos textos jurídicos. Do mesmo modo, não tem sentido pensar que, se os princípios foram introduzidos nas Constituições (do paradigma do Estado Democrático de Direito) para resgatar o mundo prático até então seqüestrado pelo modelo de regras do positivismo, estes venham a ter, exatamente nesta quadra da história, a função de “abrir” a interpretação em favor desse sujeito (solipsista) e, portanto, ao invés de diminuir os espaços de discricionariedade, aumentá-los. Por isso, mundo é mundo pensado. O paradigma neoconstitucionalista-pós-positivista tem como condição de possibilidade a revolução copernicana da viragem lingüístico-ontológica. Não compreender esse fenômeno pode levar a mal-entendidos e a resistências paradigmáticas. E essa questão pode vir a assumir contornos dramáticos em países de modernidade tardia, onde o positivismo pode servir – e tem servido - de instrumento para obstaculizar a concretização da Constituição.

Nietzsche. Por isso é que Heidegger vai dizer que o princípio que rege a contemporaneidade é a “era da técnica” (pensemos, aqui, na exacerbação das posturas procedimentalistas, nas suas mais diversas clivagens).