

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

GRAZIELLY ALESSANDRA BAGGENSTOSS

VANESSA VIEIRA PESSANHA

ANDREAS KRELL

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

H553

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Grazielly Alessandra Baggenstoss; Vanessa Vieira Pessanha; Andreas Krell – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-626-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho (GT) de Hermenêutica Jurídica do XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), que ocorreu em Salvador-BA, concentrou-se em três etapas de apresentação – cada uma seguida por uma sessão de comentários por parte da coordenação do GT e dos pesquisadores presentes – e contemplou trabalhos de base teórica e estudos de aplicabilidade das construções teóricas hermenêuticas. A inestimável contribuição de cada um dos artigos apresentados sedia-se na contemporaneidade e na relevância da abordagem dos temas selecionados pelas autoras e pelos autores, os quais traçam pensamento crítico e em sintonia com a realidade brasileira atual.

O texto intitulado “Hermenêutica jurídica e jurisdição constitucional no âmbito do Estado Democrático de Direito”, elaborado por Rebeca Henriques Silva Ivo e Daniel Alves dos Santos, desenvolve, a partir da teoria hermenêutica de Lenio Streck, uma crítica às técnicas de interpretação utilizadas por uma boa parte dos juízes brasileiros, que deixa de aproveitar as novas possibilidades hermenêuticas surgidas com a “virada linguística” na Filosofia, e insiste em uma atitude solipsista, sem respeitar a “integridade” do Direito.

O artigo “Hermenêutica e paradigma do pluralismo na jurisdição constitucional”, apresentado por Edhyla Carolliny Vieira Vasconcelos Aboboreira, estrutura-se na inquietação acerca de como se legitima a atuação do magistrado e como as teorias hermenêuticas podem contribuir para a certificação dessa legitimidade. Passando por uma discussão sobre os principais modelos de democracia na atualidade (liberal, comunitário, deliberativo), a autora apresenta o modelo da “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, de Peter Häberle.

O trabalho “Hermenêutica, exegese e ativismo judicial: a concretização da norma constitucional”, da lavra de Bricio Luis da Anunciação Melo e de Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias, traz o questionamento sobre o ativismo judicial que pode ser “do bem” e “do mal”, destacando o ponto decisivo da postura do magistrado e os frequentes abusos do conceito de proporcionalidade. Os autores enfatizam, ainda, que, para uma legitimação de sua atuação, pela leitura de Konrad Hesse, o intérprete deve partir da norma e retornar a ela – e não retornar à sua vontade.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Maria Cristina Zainaghi são autoras do artigo intitulado “A interpretação da norma processual”, em que se destacou a preocupação para com a aplicabilidade da norma processual do novo Código de Processo Civil Brasileiro (2016), em que, especialmente no âmbito executório, procede-se a uma extensão extrema de norma sob a justificativa de promover a sua efetividade. Assim, defendem que a base principiológica da codificação resta prejudicada, o que dificulta sobremaneira uma interpretação “razoável” das normas.

No trabalho “Coerência e integridade: o desafio hermenêutico do advogado na superação ao casuísmo da fundamentação judicial no sistema de precedentes judiciais”, Silvio Ulysses Sousa Lima e José Eleomá de Vasconcelos Ponciano levantam a questão do déficit argumentativo na hora da apresentação de razões jurídicas por parte dos advogados, sublinhando a finalidade deste ato para contribuir para a construção de uma decisão judicial correta pelo magistrado.

Alexander Perazo Nunes de Carvalho e José Nilo Avelino Filho propõem o artigo “Utilização (in)correta dos princípios como suporte fundamental das decisões judiciais no Brasil”, em que, a partir da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), discutem e criticam a utilização equivocada e pouco organizada dos princípios por parte dos tribunais brasileiros.

Os “Critérios de interpretação de Savigny e a hermenêutica do direito privado contemporâneo” são trazidos por Antonio Lourenço da Costa Neto e Marcia Maria Pinheiro da Silva, cujos estudos têm por objeto a obra “Sistema do Direito Romano Atual”, de Savigny, e a sua recepção no Brasil e em Portugal. Verificando algumas incorreções nas traduções realizadas, concluem pela atualidade dos ensinamentos da obra, bem como pela não superação dos constructos teóricos delineados pelo autor.

A “Teoria sistêmica, alopoiese e justiça social na Lei 13.467/2017: uma visão pós-luhmanniana da reforma trabalhista” foi apresentada por Mauricio de Melo Teixeira Branco, o qual demonstrou, a partir dos conceitos básicos da “Teoria dos Sistemas”, de Niklas Luhmann, e de escritos pós-luhmannianos, que a Reforma Trabalhista brasileira, de 2017, reflete uma relação alopoiética entre os sistemas jurídico e econômico no país, com predomínio deste último.

Bárbara Gomes Lupetti Baptista e Daniel Navarro Puerari trouxeram o estudo “A ausência de consenso sobre a extensão dos termos ‘proporcionalidade’ e ‘razoabilidade’ em ações indenizatórias em trâmite nos Juizados Especiais Cíveis do Estado do RJ”, em que refletem

criticamente sobre a utilização, em casos no órgão jurisdicional mencionado, dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade com o intuito de construir soluções corretas para os litígios relacionados à concessão de danos morais.

O trabalho “A utilidade de argumentos pragmáticos no processo de tomada de decisões judiciais justas – um viés eleitoralista”, da autoria de Leonardo Tricot Saldanha e Sarah Francieli Mello Weimer, oferece o cenário da justiça eleitoral e a sua argumentação pragmática para criticar as técnicas decisórias típicas deste ramo jurídico, as quais sobrevalorizam as consequências da decisão judicial sem, contudo, revelar essa preocupação nos motivos da sentença.

A “Pensão alimentícia como direito coletivo fundamental stricto sensu e seu acolhimento e efetivação por meio da hermenêutica jurídica” é o trabalho de Letícia de Oliveira Catani Ferreira e Danilo Henrique Nunes, em que defendem a sua hipótese ao argumento de que o direito coletivo perfaz-se a partir da vinculação de um determinado grupo de pessoas por questões jurídicas.

Finalmente, o artigo “(In)segurança jurídica: a interpretação e a aplicação da Lei n. 13.467/17 de acordo com o art. 8º, § 2º da CLT” é trazido por Maria Júlia Bravieira Carvalho, que questiona as súmulas e a sua caracterização como determinações normativas que criam direitos ou obrigações, procurando avaliar se o referido dispositivo legal proporcionará maior segurança jurídica às relações de trabalho.

Todos os 18 (dezoito) artigos aprovados para o GT de Hermenêutica Jurídica foram apresentados, promovendo discussões bastante proveitosas e debates relevantes. Vale registrar que os trabalhos aprovados para o GT e não mencionados nesta apresentação dos anais podem ser encontrados na “Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica”, periódico do Conpedi disponível na Plataforma Index Law Journals.

Saudações acadêmicas e votos de boa leitura,

Prof. Dr. Andreas Krell (UFAL)

Profa. Dra. Grazielly Alessandra Baggenstoss (UFSC)

Profa. Dra. Vanessa Vieira Pessanha (UNEB)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

HERMENÊUTICA JURÍDICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

LEGAL HERMENEUTICS AND CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

**Rebeca Henriques Silva Ivo
Daniel Reis Alves Dos Santos**

Resumo

O texto tem por objetivo apresentar revisão bibliográfica acerca da crise do Direito, do Positivismo e da dogmática jurídica no âmbito da Jurisdição Constitucional. Com efeito, o tema é estudado à luz da moderna Hermenêutica Jurídica e do Estado Democrático de Direito. Para tanto, os aportes teóricos de Lenio Streck e Flávio Quinaud Pedron são significativos para este convite enquanto instrumento de viabilização do Estado Democrático de Direito. Em verdade, o Constitucionalismo não morreu e pode (deve) ser reestruturado através da viragem linguística, da democracia, integridade do direito (Dworkin), do combate ao solipsismo e à filosofia da consciência.

Palavras-chave: Crise do positivismo, Hermenêutica jurídica, Jurisdição constitucional, Controle difuso de constitucionalidade, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The text aims to present a bibliographical review about the crisis of Law, Positivism and legal dogmatics within the scope of Constitutional Jurisdiction. In fact, the theme is studied in the light of modern legal hermeneutics and the democratic rule of law. To that end, the theoretical contributions of Lenio Streck and Flávio Quinaud Pedron are significant for this invitation as an instrument for the viability of the Democratic State of Law. In fact, Constitutionalism has not died and can be (restructured) through linguistic turning, democracy, integrity of the law (Dworkin), the struggle against solipsism and the philosophy of conscience.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Crisis of positivism, Legal hermeneutics, Constitutional jurisdiction, Diffuse control of constitutionality, Democracy

INTRODUÇÃO

Nos estudos jurídicos tradicionais destaca-se a concepção puramente normativa da Constituição, ou seja, a doutrina Positivista de Hans Kelsen, a qual leciona que o fundamento de validade de uma ordem normativa encontra-se na norma fundamental. A respeito da lição acerca da “Estrutura Escalonada da Ordem Jurídica” (KELSEN, 2009, p. 246 e 247), vejamos:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental- hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade de último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Para a validade de todo o arcabouço jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 apresenta-se como norma suprema da qual todas as outras normas inferiores retiram o seu fundamento de validade, em forma de hierarquia das normas. Com efeito, Kelsen deixou o Positivismo como legado científico e filosófico na sociedade jurista brasileira.

Partindo do pressuposto que a Constituição de 1988 é dotada de rigidez e que esta característica instrumentaliza a sua própria Supremacia e sustenta o Estado Democrático de Direito, o Controle de Constitucionalidade surge como garantia de validade das normas infraconstitucionais e de realização dos direitos fundamentais, sobretudo através do Controle Difuso-Incidental de Constitucionalidade.

Ocorre que hodiernamente e não raras vezes ventila-se a crise do positivismo, a ilegitimidade da Jurisdição Constitucional, o solipsismo do Poder Judiciário e a “Crise das Instituições”, entendida como entraves políticos entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Lenio Luiz Streck, em “Verdade e Consenso” explica “onde tudo começa” com a premissa de que o positivismo, como postura científica, solidificou-se no século XIX e no

âmbito do Direito pode ser concretizada como produto do Poder Legislativo, com os códigos. Entretanto, de algum modo, percebe-se que o descrito nos códigos não cobrem a realidade e resta a dúvida de como controlar o exercício da interpretação (STRECK, 2014, p. 32 a 34).

Em sequência, Streck aponta a constatação radical de Kelsen: “o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático. Desse modo, temos uma ênfase na semântica”; disso resulta, grosso modo, discricionariedades, arbitrariedades e solipsismo no Poder Judiciário (STRECK, 2014, p. 35).

Em kelsen, há uma cisão entre direito e ciência do direito que irá determinar, de maneira crucial, seu sentido de interpretação. De fato, também a interpretação de Kelsen será fruto de uma cisão: interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de conhecimento. A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua ‘aplicação’, normas. A descrição dessas normas de forma objetiva e neutral – interpretação como ato de conhecimento – produz proposições (...) por outra banda, a interpretação como ato de conhecimento – que descreve, no plano de uma metalinguagem, as normas produzidas pelas autoridades jurídicas- produz proposições que se inter-relacionam de maneira estritamente lógico-formal. Vale dizer: a relação entre as proposições é, essa sim, meramente sintática. Minha preocupação, contudo, não é dar conta dos problemas sistemáticos que envolvem o projeto kelseniano de ciência jurídica; é explorar e enfrentar o problema lançado por Kelsen e que perdura de modo difuso e, por vezes, inconsciente no imaginário dos juristas: a ideia de discricionariedade do intérprete ou do decisionismo presente na metáfora da “moldura da norma”.

As críticas de Streck são dirigidas ao “positivismo normativista pós-Kelseniano”, visto que este admite decisionismos e protagonismos judiciais, que resultam em arbitrariedades.

Em sequência de raciocínio, na obra “Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica”, LenioLuiz Streck aponta que os dispositivos constitucionais não são efetivados, e esse descumprimento não significa mero “cotejamento entre a legislação infraconstitucional e o texto constitucional”, na verdade o autor entende que “há um imaginário de incumprimento que se forjou à margem daquilo que se pode chamar de falta de efetividade stricto sensu”. Isso

porque o Poder Judiciário exerce sua função de maneira solipsista, como se o direito fosse uma mera técnica, um mero instrumento.

O autor elabora as suas reflexões a partir do método de Heidegger, como “interpretação ou hermenêutica universal”, portanto, reformula as ideias de jurisdição constitucional através da antimetafísica, com bases na viragem linguística e no rompimento da filosofia da consciência. Com efeito, a linguagem deixa de ser um instrumento entre o sujeito e o objeto para se tornar verdadeira “condição de possibilidade”. Com fundamento em Gadamer, a linguagem constitui o próprio mundo do homem. “O processo de interpretação deixa de ser reprodutivo (Auslegung) para ser produtivo (Sinngabung)” (STRECK, 2014b, p. 32).

Entretanto, o Constitucionalismo não morreu, a Constituição – e tudo o que representa o constitucionalismo contemporâneo – ainda não atingiu o devido lugar de destaque (portanto, cimeiro) no campo jurídico brasileiro, segundo Streck. Resta efetivá-lo à luz da Hermenêutica Jurídica e do Estado democrático de Direito.

Para tanto, seguem breves reflexões acerca da crise da jurisdição constitucional e sua dogmática jurídica, com os aportes significativos deste estudo à luz da Hermenêutica Jurídica.

1. A CRISE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DA HERMENÊUTICA JURÍDICA, SEGUNDO LENIO LUIZ STRECK

Em tempos atuais o “direito” não atende às demandas de uma sociedade “complexa e conflituosa”, o direito individual (liberal) resta esgotado frente ao crescimento do direito supraindividual, portanto, as práticas discursivas do direito merecem ser rediscutidas. “Essa crise ocorre porque o velho modelo de direito (de feição liberal-individualista) não morreu, e o novo modelo (forjado a partir do Estado Democrático de Direito) não nasceu ainda” (STRECK, 2014a, p.29).

As noções de Constituição dirigente, da força normativa da Constituição, de Constituição compromissória, não podem ser relegadas a um plano secundário, mormente em um país como o Brasil, onde as promessas da modernidade, contempladas no texto constitucional de 1988, longe estão de ser efetivadas. Há de se detectar os problemas que fizeram com que parcelas dos dispositivos da CF/1988 não obtivesse efetivação: a prevalência /dominância dos paradigmas aristotélicos-tomistas (objetivismo) e o paradigma da

filosofia da consciência (subjetivista-solipsista), refratários à guinada linguístico-hermenêutica (STRECK, 2014a, p. 29).

Para compreender a Constituição necessita-se de prévio entendimento acerca da teoria da Constituição, isso porque, para interpretar é necessário compreender e para compreender é necessário pré-compreensão. “É impossível ao intérprete se colocar em lugar do outro. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (Horizontverschmelzung), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos” (STRECK, 2014a, p. 32).

Para considerar uma norma jurídica válida através da sua conformidade com a Constituição, faz-se necessária uma prévia compreensão acerca do sentido da Constituição.

O intérprete não interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro conhecendo, depois interpretando, para, finalmente, aplicar...Claro que não! No plano da hermenêutica (ontologia da compreensão), esses três momentos ocorrem em um só: a *applicatio*. logo, quando um intérprete interpreta um texto, estará no entremeio do círculo hermenêutico. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico. É impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão. Ou seja, como assinala Stein, nós, que dizemos o ser, devemos primeiro escutar o que diz a linguagem. A compreensão e explicitação do ser já exigem uma compreensão anterior (STRECK, 2014a, p. 32 e 33).

O alemão Hans-Georg Gadamer faz verdadeiro giro hermenêutico ao ensinar o equívoco em cindir o ato interpretativo, porque sempre aplica-se (*applicatio*). “O processo hermenêutico é sempre produtivo (afinal, nunca nos banhamos na mesma água do rio)” (STRECK, 2017, p. 1).

O caráter produtivo da hermenêutica não autoriza que o “intérprete se assenhore do texto”, ou seja, não é permitida a arbitrariedade ao interpretar, “não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa” (STRECK, 2014a, p.33).

O autor entende que a “metafísica corrompeu a interpretação jurídica”, isso porque o pensamento jurídico tornou-se dogmático-positivista e objetificador, podendo ser facilmente constatada na análise da jurisdição constitucional, na qual vivenciamos um “hibridismo-

sistêmico”, que consiste na importação de institutos oriundos do sistema *common law*, a exemplo da Súmula Vinculante da filtragem recursal (STRECK, 2014a, p.33).

Nessa linha de raciocínio cabe lembrar que a importante Emenda Constitucional 45/2004 criou o pressuposto recursal da arguição de repercussão geral para o Recurso Extraordinário¹, com efeito, seu objetivo reside em diminuir a quantidade de Recursos Extraordinários, subjugando o interesse individual. “Tanto Tavares (2004) quanto Madeira(2011) reconhecem que o julgamento da repercussão geral se dá no modelo do processo objetivo – já presente nas demandas pelo sistema do controle concentrado” (PEDRON, 2015)².

Um dos motivos da crise do direito passa exatamente por essa questão, em que a busca por instrumentos que engessam o processo interpretativo reforça o poder dos Tribunais Superiores, “todos esses mecanismos vinculadores – entendidos a partir de um imaginário estandardizado (senso comum teórico dominante) – tem um nítido caráter metafísico, porque procuram estabelecer categorias fixas para servirem de premissas dedutivistas”. Esses mecanismos, são, portanto, “antihermenêuticos”, porque não singularizam os casos individuais de efetivação dos direitos fundamentais (STRECK, 2014a, p. 34).

O autor utiliza a matriz da ontologia fundamental heideggeriana para adaptá-la ao direito e denomina “Crítica Hermenêutica do Direito ou Nova Crítica do Direito (NCD)” no intuito de enfrentar a crise do direito.

A constituição é o fundamento de validade do ordenamento jurídico e o seu significado depende do processo hermenêutico que “desvendará o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas exsurgentes, que envolvem a produção democrática do direito”. Mas, como pensar na produção democrática se os juízes entendem que a “interpretação é um ato de vontade?” (STRECK, 2014a, p. 34).

Victor Gameiro Drummond observa a forma como os julgadores abordam elementos pessoais às suas decisões, aplicando a hermenêutica romântica vinculada à filosofia da consciência, quando, em verdade, deveriam atuar conforme a hermenêutica contemporânea à luz da viragem linguística.

O que é curioso é que não há segredo ou tentativa de se afastar a percepção de que o julgamento se deu por critérios e entendimentos

¹ Artigo 102, § 3º, da Constituição Federal de 1988: No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

² Documento retirado da Biblioteca Digital do Senado Federal.

pessoais (...) é como dizer: ‘decido conforme minha consciência’ (...) a consciência do juiz é o que menos importa! Aqui impera a confusão entre a consciência do julgador e os conceitos delimitados por Gadamer e Heidegger, tais como tradição, círculo hermenêutico, entre outros (DRUMMOND, 2014)³.

Drummond desenvolveu o conceito de *Mantras Performáticos*⁴ para nomear a repetição de ideias “filosoficamente vazias”, a exemplo da expressão: “decido conforme a minha vontade”.

Streck aponta acórdãos do Supremo Tribunal Federal no qual o Ministro Marco Aurélio entende que a interpretação é um ato de vontade, a exemplo do AI 252347: “no mais, a respeito da interpretação dada a textos de lei, observe-se que tal atividade revela sempre um ato de vontade, possuindo uma carga construtiva muito grande, no que é buscada a prevalência do trinômio Lei, Direito e Justiça”, o autor entende essa questão como uma herança Kelseniana do decisionismo (STRECK, 2014a, p. 38).

Esse panorama fragiliza o modelo de jurisdição constitucional, que, conseqüentemente, fragiliza o conceito de Constituição. Pode-se caracterizar a Constituição brasileira de 1988 como “Constituição social, dirigente e compromissória”, entretanto, o autor pergunta: “isso basta? Os textos constitucionais são plenipotenciários, produzindo eficacidades?” Esse espaço deve ser ocupado pelo Estado (pela Teoria do Estado ao lado da Teoria da Constituição). “Não há Constituição sem Estado. Do mesmo modo, não há Teoria da Constituição sem Teoria do Estado” (STRECK, 2014a, p. 39).

O autor entende que o Poder Judiciário e os juristas devem repensar a eficácia das normas constitucionais, em especial acerca da justiça constitucional, tendo em vista o seguinte panorama: “uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente (só) nega a aplicação de tais direitos, mormente no plano dos direitos prestacionais e dos direitos de liberdade” (STRECK, 2014a, p. 39).

³ Documento extraído da revista *on line* da UNISINOS.

⁴ Mantras Performáticos, segundo Victor Gameiro Drummond, “são mandados comportamentais (diretos ou indiretos), expressões que possuem juízos de valor intrínsecos, muitas vezes simbólicos, que tem como objetivo incrementar determinado comportamento (originalmente) no direito do autor”. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.63.08/0>. Data de acesso: 29 de novembro de 2017.

Portanto, o direito deve criar os meios necessários para cumprir as promessas modernas de igualdade, justiça social e respeito aos direitos fundamentais, afinal de contas, a Constituição vigente é considerada Constituição Democrática e deve ser cumprida.

Como bem assinala Castanheira Neves, é desnecessário ressaltar que a exclusão do positivismo jurídico como perspectiva adequada do pensamento jurídico não significa o não reconhecimento do direito positivo como o modo de ser do direito. O positivismo traduz uma certa índole do pensamento jurídico, ou uma certa forma de considerar o direito e a posição do jurista perante ele; enquanto o direito positivo tem a ver com o modo de existência do direito, o qual, nesse modo de existência, pode ser ou não perspectivado positivisticamente. Por isso é que a aceitação ou não do positivismo é problema da gnosiologia e da metodologia jurídicas, e a consideração do direito positivo é o problema jurídico da teoria do direito, especialmente do problema das fontes do direito, ou é o problema da filosofia do direito (o problema do ser do direito). A confusão dos dois problemas tem uma explicação sobretudo histórica: foi com o reconhecimento exclusivo do direito positivo contra o jusnaturalismo, na teoria das fontes e no problema do ser do direito, que o positivismo jurídico começou a sustentar o seu positivismo epistemológico-metodológico. Mas aquele reconhecimento do direito positivo não implica este positivismo, antes pode ser acompanhado do seu repúdio-tal é, por exemplo, a posição que sustentamos no problema das fontes do direito (STRECK, 2014a, p. 40).

O enfraquecimento da democracia é o resultado de todo esse cenário, naquilo que ela tem de mais importante: a produção democrática do direito, tornando despiciendo ‘discursos adjudicadores e corretivos’. Afinal, como sustentam as diversas posturas axiologias, realistas e subjetivistas (seja o nome que a elas se dê), o texto é apenas a ponta do iceberg...!” (STRECK, 2014a, p. 41).

A resistência positivista em face do novo modelo constitucionalista coloca a lume uma desfuncionalidade do direito e das instituições encarregadas de aplicar a lei. O direito brasileiro, e a dogmática

jurídica que o instrumentaliza, está assentado em um paradigma (ou modelo de direito) liberal – individualista que sustenta essa desfuncionalidade, que, paradoxalmente, vem a ser a sua própria funcionalidade! Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modelo de direito representado pelo Estado Democrático de Direito –desse (velho/defasado) direito, produto de um modelo liberal-individualista de direito (STRECK, 2014a, p. 40).

O autor observa que não surpreende que os institutos jurídicos arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), o mandado de injunção (MI), a inconstitucionalidade por omissão (ADO) restam ineficazes ou levaram anos para serem regulamentados, assim como não surpreende que o Controle Difuso de Constitucionalidade não seja prática cotidiana entre os operadores do Direito, existe, em verdade, “fascínio pelo direito infraconstitucional”, para adaptá-lo à Constituição.

O autor aponta, por fim, uma crise no ensino do direito. As faculdades de Direito funcionam como “centros de transmissão do conhecimento jurídico oficial, e não propriamente como centros de produção do conhecimento científico” (STRECK, 2014a, p. 61).

A comunidade jurídica não consegue, assim, alcançar o patamar da viragem linguístico/hermenêutica, no interior da qual a linguagem, de terceira coisa, de mero instrumento e veículo de conceitos, passa a ser a condição de possibilidade. Permanecem os juristas, desse modo, prisioneiros da relação sujeito-objeto (problema transcendental), refratária à relação sujeito-sujeito (problema hermenêutico). Sua preocupação é de ordem metodológica e não ontológica (no sentido heideggeriano-gadameriano). A revolução copernicana provocada pela viragem linguístico-hermenêutica tem o principal mérito de deslocar o *locus* da problemática relacionada à ‘fundamentação’ do processo compreensivo-interpretativo do ‘procedimento’ para o ‘modo de ser’ (STRECK, 2014a, p.67).

A inexistência de um ensino jurídico adequado ao Estado Democrático de Direito resulta na falta de efetividade dos direitos constitucionais, “ocorreu verdadeira revolução copernicana no direito constitucional e na ciência política, que ainda não foi suficientemente compreendida pelos juristas brasileiros” (STRECK, 2014a, p. 68).

2. ASPECTOS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A visão acima exposta induz reflexão acerca da discricionariedade do Poder Judiciário, cuja consequência reside no déficit democrático (STRECK, 2014b, p. 39). “No Estado Democrático de Direito há um vínculo indissociável entre Constituição e Justiça Constitucional” (STRECK, 2014a, p. 526).

A legitimidade da Jurisdição Constitucional é vista pela doutrina crítica como instituto antidemocrático, visto que ao poder judiciário cabe declarar a inconstitucionalidade de leis que são criadas pelo poder legislativo, cujos membros foram eleitos democraticamente pelo povo para a defesa de seus interesses através da criação das leis, em suma, não caberia ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade dessas leis. A questão torna-se mais complexa no controle difuso de constitucionalidade, no qual as partes buscam efetivar seus direitos subjetivos.

Fundamentando o entendimento, Habermas, em “Direito e Democracia”:

A prática de decisão está ligada ao direito e a lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de Direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito (HABERMAS, 1997, p. 297).

Marcos Augusto Maliska em seu artigo “Acerca da legitimidade do controle da constitucionalidade” bem delinea a polêmica entre Kelsen e Carl Schmitt acerca da guarda da Constituição nos anos trinta.

O entrave que envolveu dois grandes juristas acerca do Direito Constitucional e do Controle de Constitucionalidade, em especial, a legitimidade para o exercício de tal controle. Carl Schmitt sustentou que a defesa da Constituição caberia ao Presidente do “Reich” alemão,

enquanto Kelsen, por sua vez, sustentou que a guarda da Constituição deveria pertencer a um Tribunal independente.

A argumentação de Schmitt contra o controle judicial da constitucionalidade gira em torno de dois pontos básicos. Em primeiro lugar, sustenta que toda decisão judicial ocorre *post eventum*, ou seja, sua missão pode ser sancionadora ou absolutória, reparadora ou repressiva, no entanto sempre de fatos passados, e ademais é incidental e acessória, a saber, aplicável ao caso concreto e específico que tenha sido submetido a um processo judicial, cuja consequência é a de possivelmente servir como precedente jurisprudencial. Em segundo lugar, Schmitt afirma que uma norma não pode ser defendida por outra norma, fazendo a distinção entre criação do direito, própria da atividade legislativa, e aplicação do direito, própria da jurisdição (MALISKA, 2001)⁵.

Enquanto Kelsen: “a doutrina do século XIX que identificou o monarca constitucional como o natural defensor da Constituição, de teor ideologicamente evidente, buscava compensar o poder perdido pelo Chefe de Estado na transição das Monarquias Absolutistas às Monarquias Constitucionais” (MALISKA, 2001).

A celeuma envolvendo Schmitt e Kelsen revela a importância que os acontecimentos políticos refletem no sistema de controles do poder, tocando diretamente na consolidação da democracia.

O panorama atual do Controle Difuso de Constitucionalidade é o seguinte, resumidamente: foi consagrado no Brasil pela primeira vez através da Constituição de 1891 e encontra-se atualmente fundamentado no artigo 102, inciso III, da Constituição de 1988. O controle difuso da constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público é realizado, segundo o ordenamento jurídico vigente, pelo Poder Judiciário, no curso de uma demanda jurídica concreta (subjéctiva), como incidente, por qualquer juiz ou tribunal.

A grande questão gira em torno dos efeitos da decisão no Controle Difuso-Incidental de Constitucionalidade. Não obstante discussão doutrinária acerca do tema prevalece na doutrina tradicional que essa decisão possui efeito declaratório e retroage à origem para

⁵ Documento disponibilizado na Biblioteca Digital Jurídica do STJ.

pronunciar sua nulidade. Ademais, no controle incidental, a declaração de inconstitucionalidade restringe-se tão somente aos litigantes no processo subjetivo.

Para que a decisão incidental de inconstitucionalidade declarada no bojo de uma demanda concreta possua efeito *erga omnes*, cabe ao Senado Federal tal competência, fundamentada no artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988, ao suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Surgiu, então, no Supremo Tribunal Federal, a tese da “Mutação Constitucional do artigo 52, X”, da Constituição de 1988, liderada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Com efeito, a tese consiste, em linhas gerais, na supressão da intervenção do órgão senatorial nas questões constitucionais ventiladas incidentalmente, transformando a Suprema Corte a única competente para decidir em definitivo. Restaria ao Senado Federal apenas conferir publicidade   decisão da Suprema Corte. Verdadeira tentativa de objetivização do Controle Difuso de Constitucionalidade.

Com efeito, essa tese representou mais uma tentativa de instrumentalização do direito na busca da consagração do Poder; a consequência resulta na fragilizaç oda busca dos direitos subjetivos e da democracia.

O argumento do Supremo Tribunal Federal a respeito da “Mutação Constitucional do artigo 52, X”, da Constituição de 1988, fora analisado pelo Professor F vio Quinaud Pedron no contexto da Crise do Positivismo Jurídico:

A mutação constitucional representa uma saída realista, incapaz de assumir uma compreensão hermeneuticamente adequada do direito contemporâneo, pois ainda reduz norma a texto e não consegue compreender o papel dos princípios jurídicos como normas, já que ainda compreende o direito como mero conjunto de regras (PEDRON, 2012, p.2).

O citado autor questiona a legitimidade dessa alteração provocada pelo STF. “A mutação constitucional é um meio juridicamente democrático de alteração das normas constitucionais?” (PEDRON, 2012, p. 207).

F vio Quinaud Pedron observa que as raízes da teoria da mutação remetem ao império alemão para “mascarar e legitimar atos de violência   Constituição” (PEDRON, 2012, p. 3).

Na verdade, as tentativas de objetivar os instrumentos de acesso ao judiciário “são medidas de constitucionalidade duvidosa”, que restringem o acesso da sociedade às

discussões estatais acerca da constitucionalidade das leis e atos normativos, o que vai de encontro ao Estado Democrático de Direito, ao impedir que a sociedade participe democraticamente através do poder legislativo (PEDRON, 2012, p. 35).

O Professor Fávio Quinaud Pedron conclui:

A mutação é o resultado da própria leitura semântica da Constituição. Isto é, a alegação de que é preciso adequar a norma a partir do texto normativo constitucional a uma realidade ainda é uma forma de supervalorização do texto em detrimento da norma e também da própria realidade. Por meio da afirmação de que um tribunal irá proceder a uma mutação constitucional, tenta-se encobrir sua dificuldade em lidar com outro standard normativo, qual seja, a figura dos princípios jurídicos (PEDRON, 2012, p. 211).

Ainda, o mencionado doutrinador nega a teoria da mutação constitucional ventilada no Supremo Tribunal Federal e apresenta solução em substituição:

A ideia de interpretação construtiva, possibilitada pela teoria do direito como integridade, é uma via hermenêutica fundamental para a efetivação da integridade, é uma via hermenêutica fundamental para a efetivação da integridade do Direito. Além disso, Dworkin apresenta uma concepção de direito que não é redutora da normatividade a um mero conjunto de regras, mas antes, compreende essa normatividade com base, principalmente, na identificação de que os princípios jurídicos existem. (...) Com isso, o conceito de uma mutação constitucional deve ser afastado por não representar a melhor leitura que o próprio direito pode fazer de si. Aliás, é na proposta de adoção de uma interpretação construtiva, fazendo uso dos princípios jurídicos, que o Direito pode cumprir suas próprias ambições (PEDRON, 2012).

Com efeito, Quinaud Pedron, em sua obra *Mutação Constitucional na Crise do Positivismo Jurídico*, observa que a perspectiva hermenêutica de Dworkin, baseada na ideia de interpretação construtiva, é fundamental para a efetivação da integridade do direito.

CONCLUSÃO

Para a validade de todo o arcabouço jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 apresenta-se como norma suprema da qual todas as outras normas inferiores retiram o seu fundamento de validade, em forma de hierarquia das normas. Com efeito, Kelsen deixou o Positivismo como legado científico e filosófico na sociedade jurista brasileira.

Ocorre que hodiernamente e não raras vezes ventila-se a crise do positivismo e da dogmática jurídica; a ilegitimidade da Jurisdição Constitucional; o solipsismo do Poder Judiciário e a “Crise das Instituições”.

As críticas de Streck são dirigidas ao “positivismo normativista pós-Kelseniano”, visto que este admite decisionismos e protagonismos judiciais, que resultam em arbitrariedades.

Lenio Luiz Streck elabora as suas reflexões a partir do método de Heidegger, como “interpretação ou hermenêutica universal”, portanto, reformula as ideias de jurisdição constitucional através da antimetafísica, com bases na viragem linguística e no rompimento da filosofia da consciência. Com efeito, a linguagem deixa de ser um instrumento entre o sujeito e o objeto para se tornar verdadeira “condição de possibilidade”. Com fundamento em Gadamer, a linguagem constitui o próprio mundo do homem. “O processo de interpretação deixa de ser reprodutivo (Auslegung) para ser produtivo (Sinngebung)”.

O Constitucionalismo não morreu, a Constituição – e tudo o que representa o constitucionalismo contemporâneo – ainda não atingiu o devido lugar de destaque (portanto, cumeiro) no campo jurídico brasileiro, conforme Streck. Resta efetivá-lo à luz da Hermenêutica Jurídica e do Estado democrático de Direito.

Em tempos atuais o “direito” não atende às demandas de uma sociedade “complexa e conflituosa”, o direito individual (liberal) resta esgotado frente ao crescimento do direito supraindividual, portanto, as práticas discursivas do direito merecem ser rediscutidas. “Essa crise ocorre porque o velho modelo de direito (de feição liberal-individualista) não morreu, e o novo modelo (forjado a partir do Estado Democrático de Direito) não nasceu ainda” (STRECK, 2014, p. 29).

Lenio Streck observa que as faculdades de Direito funcionam como “centros de transmissão do conhecimento jurídico oficial, e não propriamente como centros de produção do conhecimento científico”. A inexistência de um ensino jurídico adequado ao Estado Democrático de Direito resulta na falta de efetividade dos direitos constitucionais, “ocorreu verdadeira revolução copernicana no direito constitucional e na ciência política, que ainda não foi suficientemente compreendida pelos juristas brasileiros”.

A legitimidade da Jurisdição Constitucional é vista pela doutrina crítica como instituto antidemocrático, visto que ao poder judiciário cabe declarar a inconstitucionalidade de leis que são criadas pelo poder legislativo, cujos membros foram eleitos democraticamente pelo povo para a defesa de seus interesses através da criação das leis, em suma, não caberia ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade dessas leis. A questão torna-se mais complexa no controle difuso de constitucionalidade, no qual as partes buscam efetivar seus direitos subjetivos.

As tentativas de objetivar os instrumentos de acesso ao judiciário “são medidas de constitucionalidade duvidosa”, que restringem o acesso da sociedade às discussões estatais acerca da constitucionalidade das leis e atos normativos, o que vai de encontro ao Estado Democrático de Direito, ao impedir que a sociedade participe democraticamente através do poder legislativo.

Quinaud Pedron, em sua obra *Mutação Constitucional na Crise do Positivismo Jurídico*, observa que a perspectiva hermenêutica de Dworkin, baseada na ideia de interpretação construtiva, é fundamental para a efetivação da integridade do direito.

O ordenamento jurídico e pode (deve) ser reestruturado através da viragem linguística, da democracia, da integridade do direito (Dworkin), do combate ao solipsismo e à filosofia da consciência, e, sobretudo, na defesa dos interesses subjetivos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Data de acesso: 29 de novembro de 2017.

DRUMMOND, Victor Gameiro. Elementos para uma teoria da decisão: Combatendo a hermenêutica romântica aplicada no Brasil como se fosse uma evolução interpretativa. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 6, n. 3 (2014). Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.63.08/0>>. Data de acesso: 29 de novembro de 2017.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MALISKA, Marcos Augusto. Acerca da legitimidade do controle da constitucionalidade. *Justitia*, São Paulo, v. 63, n. 193, p. 81-96, jan./mar. 2001. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/23783>>. Acesso em: 29 de novembro de 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação Constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud. O julgamento da Reclamação nº 4335-AC e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. *Revista de informação legislativa*, v. 52, n. 207, p. 213-237, jul./set. 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/515195>>. Data de acesso: 29 de novembro de 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.