

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

**TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E
FILOSOFIA DO ESTADO**

JEAN CARLOS DIAS

RUBENS BEÇAK

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

T314

Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jean Carlos Dias; Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-554-6

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

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Teoria do Direito. 3. Teoria da Justiça. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

Integram a presente obra os artigos apresentados no Grupo de Trabalho TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO I que foi realizado no âmbito do XI Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido no mês de Outubro de 2022, na cidade de Santiago do Chile.

Os trabalhos apresentados enquadram-se entre os temas abarcados pelo grupo e se constituem como objetos de pesquisa atuais e relevantes. São, ainda, representativos de uma produção acadêmica plural, uma vez que varias correntes e pensadores, brasileiros e estrangeiros, estão incluídos entre os referenciais adotados.

Os autores e autoras estão, ou foram vinculados, aos Programas de Pós-graduação em Direito sediados em várias regiões do Brasil, havendo, também nesse aspecto, evidente diversidade, sendo, ainda, o grupo de trabalho, acessível aos pesquisadores dos programas das instituições chilenas que participaram do evento.

Os textos, agora reunidos, são bastante ricos, pois empregam diversas estratégias teóricas de abordagem ancoradas em autores relevantes no cenário contemporâneo.

Os marcos teóricos adotados, por sua vez, constituem as mais atuais teorias e autores no campo da Teoria do Direito, Filosofia Política e Teoria do Direito, justificando, claramente, a importância dos temas tratados. Ao lado disso, a precisão científica e metodológica, comprovadamente, conduziu a investigação dos problemas propostos.

Os títulos dos trabalhos apresentados representam muito bem essa grande amplitude:

1. ESTADO DE DIREITO, INCERTEZA E INSTRUMENTALISMO

2, AS APLICAÇÕES DO DEBATE DWORKIN E POSNER ACERCA DAS RESPOSTAS CERTAS DOS CASOS DIFÍCEIS NA CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

3. DO JUSNATURALISMO RACIONALISTA AO PÓS-POSITIVISMO: ECOS DA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO AO DECISIONISMO JUDICIAL NO BRASIL: O CASO DO “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS”

5. A IDEIA DE LEGITIMIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL

6. O ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA NORMA E O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO COMO LIMITE À SUBJETIVIDADE INTERPRETATIVA

7. DIREITO À ALIMENTAÇÃO, SEGURANÇA ALIMENTAR E ALIMENTAÇÃO ADEQUADA: LEITURA BRASILEIRA ÀS DIRETRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS

8. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA MODERNIDADE

9. O DIREITO À EDUCAÇÃO: A CONEXÃO ENTRE A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RAWLS NO CONTEXTO DA SOCIEDADE INFORMACIONAL DE CASTELLS

10. REFLEXÕES SOBRE A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO DEBATE POLÍTICO DA JUSTIÇA IGUALITÁRIA ENTRE JOHN RAWLS E AMARTYA SEN

A intenção dos autores e autoras em aprofundar o estudo dos temas examinados, certamente, foi alcançada, tanto pela socialização como pelos ricos debates e contribuições resultantes das atividades presenciais ocorridas no evento.

A diversidade e importância dos temas e a qualidade da pesquisa aqui representada, nos leva a recomendar a todos interessados, a leitura e reflexão acerca dos temas examinados e aqui reunidos e, assim, disponibilizados ao público.

Em conclusão, fica o registro da satisfação dos coordenadores, Prof. Dr. Jean Carlos Dias (CESUPA) e Rubens Beçak (USP), em retomar as atividades presenciais nesta fase pós-pandêmica em evento de grande qualidade, o que pode ser facilmente aferido pela leitura dos trabalhos colacionados.

DO JUSNATURALISMO RACIONALISTA AO PÓS-POSITIVISMO: ECOS DA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA

FROM RATIONALIST JUSNATURALISM TO POST-POSITIVISM: ECHOS OF THE NEW LEGAL HERMENEUTICS

Williem da Silva Barreto Júnior ¹

Sérgio Urquhart de Cademartori ²

Jesus Tupã Silveira Gomes ³

Resumo

O presente artigo gira em torno da hermenêutica jurídica, com enfoque no estudo das suas premissas clássicas e contemporâneas. Inicialmente, trata-se da interpretação à luz de paradigmas vinculados à filosofia da consciência, típicos do século XIX e primeira metade do século XX, em que predominam as diversas tendências assumidas pelo positivismo, como o exegetismo, a jurisprudência dos conceitos e a teoria pura do direito kelseniana. Em seguida, analisa-se o pós-positivismo, considerado evento histórico atrelado à viragem lingüística, cuja multiplicidade teórica é exemplificada pelas abordagens de Ronald Dworkin (teoria do direito enquanto integridade) e Lenio Streck (crítica hermenêutica do direito). Conclui-se que o tratamento dispensado à interpretação, no curso da história, guarda correspondência com as dinâmicas sociais, políticas e filosóficas de cada época. Para tanto, emprega-se a metodologia de pesquisa hermenêutica e a técnica bibliográfica, mediante análise de livros, artigos científicos e teses, dotados de credibilidade em âmbito acadêmico.

Palavras-chave: : jusnaturalismo racionalista, Positivismo jurídico, Viragem linguística, Pós-positivismo, Nova hermenêutica

Abstract/Resumen/Résumé

This article revolves around legal hermeneutics, focusing on the study of its classical and contemporary premises. Initially, it deals with the interpretation in the light of paradigms linked to the philosophy of consciousness, typical of the 19th century and the first half of the 20th century, in which the different trends assumed by positivism predominate, such as exegesis, the jurisprudence of concepts and pure theory of Kelsenian law. Then, post-positivism is analyzed, considered a historical event linked to the linguistic turn, whose

¹ Doutorando em direito pela Universidade La Salle/RS, com bolsa concedida pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Mestre em direito pelo Centro Universitário FG/BA.

² Doutor e Mestre em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor em direito pela Unisinos. Professor permanente da Universidade La Salle e do Centro Universitário FG.

³ Doutorando em direito pela Universidade La Salle/RS, com bolsa concedida pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Mestre em direito pela UNIRITTER/RS.

theoretical multiplicity is exemplified by the approaches of Ronald Dworkin (theory of law as integrity) and Lenio Streck (hermeneutic critique of law). It is concluded that the treatment given to interpretation, in the course of history, corresponds to the social, political and philosophical dynamics of each time. To this end, the methodology of hermeneutic research and the bibliographic technique are used, through the analysis of books, scientific articles and theses, endowed with credibility in the academic field.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rationalist jusnaturalism, Legal positivism, Linguistic turn, Post-positivism, New hermeneutics

1. INTRODUÇÃO

O estudo da ciência hermenêutica, cujas raízes históricas remontam a antiguidade, tem mobilizado o esforço humano há séculos. A hermenêutica jurídica, por outro lado, ganha especial relevância no século XVIII, com o advento do constitucionalismo, fenômeno histórico responsável pela limitação do poder do Estado e adoção das primeiras Constituições.

O presente estudo, conduzido pela metodologia hermenêutica e pela técnica de pesquisa bibliográfica, parte do marco histórico Estado Liberal, quando as discussões acerca da (não) interpretação das leis passam a ocupar maior espaço nos debates jurídicos. Inicialmente, trata-se dos primórdios da hermenêutica jurídica, momento em que os interpretes se encontram atados à literalidade do texto e/ou a critérios hermenêuticos rígidos e formalistas.

Em seguida, faz-se abordagem atinente ao instituto da interpretação na primeira metade do século XX, contexto marcado pela dominância da teoria pura do direito, desenvolvida pelo jurista tcheco, Hans Kelsen. A doutrina kelseniana, mais complexa e influente se comparada às anteriores, constitui ponto de inflexão para o surgimento das correntes denominadas pós-positivistas, que se opõem fortemente aos seus postulados.

Considerando o Estado Constitucional de direito e a viragem lingüística havida na filosofia, busca-se, também, situar historicamente e apresentar os fundamentos da nova hermenêutica jurídica, que postula estabelecer inovadoras bases teóricas para a interpretação. Ao fim, de maneira breve, são exploradas duas importantes correntes hermenêuticas contemporâneas: a teoria do direito enquanto integridade, do norte-americano Ronald Dworkin, e a crítica hermenêutica do direito, do brasileiro Lenio Streck.

2. A HERMENÊUTICA JURÍDICA SOB A ÉGIDE DO JUSNATURALISMO RACIONALISTA E POSITIVISMO JURÍDICO DOS SÉCULOS XIX e XX

Para realizar uma análise panorâmica acerca da hermenêutica jurídica, convém lidar inicialmente com o fenômeno histórico do constitucionalismo. Na Antiguidade, Idade Média e Idade Moderna, durante a predominância do Estado Absoluto, não se

pode vislumbrar qualquer possibilidade de sua existência, ante a natureza estamental das sociedades e a ausência de divisão de poderes no âmbito estatal.

Quando se trata de constitucionalismo, refere-se ao fenômeno histórico responsável pela limitação dos poderes do Estado em relação ao indivíduo, que veio à baila, de modo definitivo, com a ascensão do Estado Liberal¹ e a sistemática de repartição de seus poderes², após o advento das revoluções do século XVIII (FERRAJOLI, 2014, p. 26).

As primeiras Constituições, instituídas no século XVIII como cartas políticas, são, no século XIX e primeira metade do século XX, responsáveis pela estruturação do Estado Liberal, cuja função precípua é resguardar os direitos naturais do homem. Na esfera jurídica, seguindo-se a linha de pensamento dos teóricos contratualistas³, o jusnaturalismo racionalista se estabelece como referência para o exercício da hermenêutica jurídica (BEDIN, 2006, p. 642 e ss.).

Para os jusnaturalistas, o direito pode derivar de questões não associadas à atuação humana direta. Na antiguidade, entende-se que a natureza/cosmos é fonte primária do direito (jusnaturalismo cosmológico); na Idade média, Deus é a origem suprema de todo o regramento jurídico (jusnaturalismo teológico); na Idade Moderna,

¹ A ascensão do Estado Liberal foi viabilizada pelas revoluções do século XVIII, tendo em vista o protagonismo da classe burguesa que, embora economicamente dominante, não possuía ainda o controle político dos Estados nacionais europeus. Como decorrência deste processo revolucionário, as estruturas de poder tradicionais, então regidas por relações pessoais e patrimoniais, transmutaram-se em nova engrenagem, caracterizada por uma lógica impessoal de dominação. Referida engrenagem fundou-se numa espécie de cálculo racional utilitário, que contrapôs a obediência às novas regras postas pelo soberano às possíveis desvantagens advindas da sua eventual inobservância. Nessa nova modalidade de organização estatal, os comandos normativos deixam de emanar da autoridade absoluta dos reis e consubstanciam-se em leis genéricas, dotadas da capacidade de culminar consequências punitivas quando descumpridas. Instaura-se, por conseguinte, o arquétipo de dominação racional-legal, assim descrito por Weber, que se ancora em procedimentos administrativos em tese definidos mediante o emprego de critérios impessoais. Para mais, ver (HABERMAS, 1984).

² Vem de Montesquieu, em sua obra-prima, “Do espírito das leis”, a mais influente técnica de separação de poderes, elemento fundante de quase a totalidade dos Estados Democráticos mundo. O teórico francês distingue, no âmbito Estado, três espécies de Poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, possuindo cada um deles funções específicas e mecanismos de controle mútuo. O primeiro faz as leis para sempre ou por determinada época; o segundo ocupa-se da paz e da guerra, estabelece a segurança, conduz a administração da coisa pública e previne invasões; o terceiro pune os crimes e julga os conflitos da *Civitas*, aí incluídas também as demandas penais. Para mais acerca da teoria tripartite, ver (MONTESQUIEU, 2014).

³ O liberalismo, arquitetado por filósofos nominados de contratualistas, apregoa a existência de direitos naturais comuns a todos os homens, como a liberdade e a propriedade, que não podem ser objeto de limitação por parte do Estado. Nesse sentido, firma-se um pacto social a partir da instituição do documento jurídico-político intitulado Constituição, no qual restam positivados os citados direitos naturais, bem como os elementos essenciais ao funcionamento do Estado, a quem cabe exercer, de modo limitado, o monopólio do poder coercitivo para o cumprimento das disposições constitucionais e legais. Sobre os contratualistas, recomenda-se a leitura de: (HOBBS, 2003); (LOCKE, 1983) e (ROUSSEAU, 1983).

tendo em vista a difusão das ideias racionalistas, amparadas no iluminismo, o direito passa a emanar de questões inerentes ao próprio ser humano, porém a ele externas e superiores (jusnaturalismo racionalista) (BOBBIO, 2006, p. 16 e ss.).

No início do século XIX, o positivismo jurídico se estabelece como doutrina dominante, caracterizando-se por considerar direito somente os comandos normativos emanados do homem, cuja legitimação lhes é conferida pelo Estado, ente responsável por editar as regras de conduta e exercer o monopólio coercitivo para assegurar a sua observância. Desse modo, repele veementemente o direito natural, por entender que o direito não possui origem em matriz metafísica de qualquer espécie⁴.

A atividade interpretativa é desempenhada, no contexto positivista, em observância da literalidade do texto legal ou pelo emprego de critérios objetivos, previamente estipulados e de observância obrigatória pelo intérprete, conforme apregoa Emilio Betti (1995, p. 231), para quem a interpretação é um processo reprodutivo, cujo desiderato é extrair do texto um sentido a si inerente. A hermenêutica se insere, então, num contexto de extrema limitação, face ao formalismo imposto por regras rígidas de conduta por parte do julgador.

O positivismo concretiza a sua dominância no pensamento jurídico por meio do fenômeno das codificações, especificamente com a edição do Código Napoleônico, que entra em vigor em 1804. A ideia codificadora reside em elencar todas as leis num único compêndio, com os objetivos de facilitar a consulta dos intérpretes e melhor difundir os regramentos normativos entre os membros das sociedades (ZAGREBELSKY, 2005, p. 52).

Referido momento histórico, pós-revolucionário na França, se caracteriza pela onipotência do Legislativo em detrimento dos demais Poderes (FERRAJOLI, 2014, pp. 18-19). Os revolucionários encarnam a representação da vontade da nação, historicamente subjugada por ações arbitrárias de soberanos autoritários. Assim, chegado o momento de o povo (leia-se burguesia) se responsabilizar pelas decisões políticas, não seria conveniente a concorrência de outros atores estatais no desempenho das funções públicas⁵.

⁴ Para um maior aprofundamento a respeito, ver (BOBBIO, 2006).

⁵ Com o advento da Revolução Francesa, a burguesia, ao por em prática o seu projeto de poder, atua para tornar os juízes, historicamente aliados à nobreza, figuras meramente decorativas na estrutura do Estado. Assim, todo o poder decisório se concentra no Parlamento, a quem cabe deliberar sobre a feitura e a interpretação das leis. Ver (TRINDADE, 2006).

Desse modo, a primeira espécie de positivismo vislumbrada na França é a exegética, cujo expoente maior é Alexandre Duranton. Segundo referida linha teórica, a lei deve ser interpretada literalmente, inexistindo espaço para o Poder Judiciário lhe conferir aplicação diversa da expressamente prevista nos códigos⁶; por consequência, o Poder Judiciário é relegado à condição de mera “boca da lei”, cuja única incumbência é reafirmar, na literalidade, os comandos legais emanados do legislador, representante direto da nação (BARRETO JÚNIOR; CADEMARTORI, 2021, p. 285).

Nessa quadra da história, tendo em vista a natureza estritamente formal do Estado Liberal, pode-se afirmar que a hermenêutica constitucional é praticamente nula, por não caber aos juízes o papel de intérpretes, senão de meros reprodutores de conteúdo textual.

Embora o exegetismo tenha inaugurado a dominância positivista na Europa, é possível encontrar outras versões positivistas adaptadas ao contexto histórico e institucional dos mais diversos países, conforme se citará amiúde. Na Inglaterra, por exemplo, a teoria de John Austin atribui veracidade à proposição jurídica se emanada de um soberano (pessoa ou grupo), cujas ordens são regularmente acatadas pelos súditos (DWORKIN, 2010, p. 29).

Tal construção teórica, procedente do século XIX, cristaliza a ideia de direito como produto de deliberações históricas, protagonizadas por grupos detentores do poder político, cabendo aos intérpretes, ante a inexistência de regra estabelecida a regular determinada situação fática, a prerrogativa de criar um novo direito, discricionariamente⁷.

Na Alemanha, ainda no século XIX, é possível destacar a jurisprudência dos conceitos, cujo expoente maior é Georg Puchta. Para tal corrente positivista, o direito deve ser interpretado formalmente, a partir de conceitos sistematizados por juristas, as únicas pessoas tecnicamente capacitadas para criá-los (KAUFMAN, 2004, p. 45). Nesse sentido, o direito é perfeito em sua dimensão científica, não se vislumbrando nele qualquer lacuna.

Tal corrente do pensamento, nada obstante diversa da exegese francesa e da teoria de Austin, conserva os princípios positivistas básicos, em especial quando considera direito somente o regramento que resulta da criação humana, prescindindo-se,

⁶ Para ver mais, sugere-se o verbete “positivismo jurídico”, em (STRECK, 2017).

⁷ Para uma melhor compreensão a respeito, ver (AUSTIN, 1998).

portanto, de referenciais metafísicos, consoante se observa no jusnaturalismo, em suas diversas facetas.

É no século XX, ainda sob a égide do Estado Liberal, que surge talvez o maior expoente do positivismo jurídico: Hans Kelsen, artífice da teoria pura do direito⁸. O pensador tcheco busca, com base em rígidas premissas teóricas, empreender análise da ciência jurídica não permeada pela influência de outros ramos do conhecimento científico, a exemplo da sociologia e da política, cuja repercussão possa “contaminar” o seu núcleo, mediante intervenções de ordem ideológica (BARRETO JÚNIOR; CADEMARTORI; 2021a, p. 2).

Kelsen estuda a ciência jurídica a partir de proposições, num sentido essencialmente descritivo, a fim de lançar um olhar externo sobre o objeto da sua investigação, em moldes similares aos adotados no campo das ciências naturais. Assim, a ciência jurídica e não o direito é reputado puro, pois este, cujo estudo se centra na norma, é visto sob uma perspectiva interna, estando sujeito, portanto, a influências sociais de toda ordem (CADEMARTORI; GOMES, 2008, pp. 97-98).

Como um típico positivista, Kelsen inadmite a figura da lacuna na lei e separa, radicalmente, o direito da moral. Ao trabalhar com uma ideia de investigação científica centrada na relação entre sujeito e objeto, mediada pela linguagem, referido jurista reputa impossível antever todas as situações fáticas sobre as quais as normas jurídicas possam vir a incidir. Ante a limitação natural da linguagem ordinária, entende-se caber ao intérprete suprir limitação linguística do texto normativo através de discricionariedade, ou seja: o julgador deve decidir segundo critérios de matriz solipsista (STRECK, 2017, p. 38).

Tal qual sucede com os seus antecessores, Kelsen, nada obstante tenha desenvolvido uma teoria muito mais complexa, escreve num contexto formalista de Estado, ancorado em Constituições programáticas. Para o jurista tcheco, o Estado se resume a um conjunto formal de normas, cujo conteúdo, por mais injusto que pareça, ainda assim pode constituir direito válido (KELSEN, 1998, p. 258).

⁸ A teoria pura do direito constituiu importante paradigma para o estudo da ciência do direito do século XX. Hans Kelsen, seu idealizador, inaugurou o chamado positivismo jurídico normativista, em oposição ao positivismo jurídico exegético e às correntes de origem alemã. Sua proposta foi a de purificar o estudo da ciência do direito a partir da adoção de padrões metodológicos rigorosos; entretanto, Kelsen não conseguiu fazer frente aos problemas decorrentes da interpretação das leis, pois, ao deixar a resolução dos conflitos complexos sob a responsabilidade exclusiva dos julgadores e da sua discricionariedade, permitiu incongruente e indesejável confusão entre juiz e legislador, o que comprometeu sobremaneira a solidez da sua tão intrincada teoria. Ver mais em (STRECK, 2017).

Não apenas Kelsen, mas todos os teóricos positivistas pregressos encontram-se vinculados ao paradigma filosófico da consciência (STRECK, 2005, p. 96), inaugurado com o pensamento de Descartes e posteriormente desenvolvido por autores da estirpe de Kant. Para tais filósofos, guardadas as devidas peculiaridades teóricas a cada um deles inerente, a mente humana é fonte de todo o conhecimento, constituindo a linguagem elemento de apoio, utilizado para a exteriorização dos seus pensamentos (SILVA, 2008, p. 377).

Tal perspectiva se amolda à tendência científica vinculada à predominância do antropocentrismo, racionalismo e iluminismo, eventos pertinentes ao momento histórico de ascensão da burguesia ao poder político, por ocasião das revoluções liberais ocorridas no século XVIII. Referido modelo, fundado no positivismo de Augusto Comte, analisa as ciências humanas e sociais por métodos similares aos aplicados às ciências naturais, o que, dada a natureza notoriamente diversa de ambas, é posteriormente reputado em equívoco.

A hermenêutica jurídica não passa, nessa quadra da história, de subsunção do texto legal ao caso concreto e, caso o direito positivo não cumpra a contento o seu desiderato inicial, o intérprete é incumbido de cria-lo, sob os auspícios da subjetividade típica encontrada nas escolas do pensamento atreladas à filosofia da consciência (STRECK, 2005, p. 157). Assim, o homem é o centro do conhecimento e a linguagem se encontra ao seu dispor, para ser livremente manipulada.

No século XX, quando Kelsen idealiza a teoria pura do direito, as convulsões sociais explodem fortemente. Uma sucessão de eventos muda para sempre o curso da história. Eclode a Primeira Guerra Mundial, a Revolução Russa e, finalmente, a Segunda Guerra Mundial, cuja escalada guarda direta correspondência com a ascensão do fascismo, na Itália, e do nazismo, na Alemanha. Pela natureza estritamente formal do Estado Liberal, que não dispunha de mecanismos de combate à onipotência legislativa, Benito Mussolini e Adolf Hitler chegam ao poder segundo as regras do jogo democrático da época, ou seja: os povos da Alemanha e da Itália optam por apoiar representantes de ideologias que se revelam nefastas num brevíssimo espaço de tempo (FERRAJOLI, 2014, p. 36).

Com o decorrer da Segunda Guerra, observa-se a barbárie na sua mais genuína forma de manifestação. Em razão da aplicação de ideais racistas e segregacionistas, sustentados por regimes que se mostraram totalitários, dezenas de milhões de pessoas

são mortas e grupos específicos de indivíduos, tidos por inferiores, se tornam vítimas de perseguição e extermínio, especialmente os judeus.

3. A NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA: ECOS DO PÓS-POSITIVISMO

Finda a Segunda Guerra, o contexto é de terra arrasada. No campo jurídico, se conclui que o modelo do velho Estado Liberal, marcado pela onipotência legislativa e extremo formalismo, é insuficiente para assegurar a estabilidade política reivindicada pelas sociedades contemporâneas. Assim, ascende o Estado Democrático de Direito, ou Constitucional⁹, uma nova estrutura de organização político-jurídica, que até a atualidade é considerada o modelo estatal mais capacitado para preservar os direitos do homem e evitar catástrofes como as anteriormente verificadas (CADEMARTORI, 1997, p. 129).

As Constituições passam da condição de meras Cartas Políticas para instrumentos dotados de força normativa, na linha do preconizado por Konrad Hesse (1991, p.88). Referida condição se mostra essencial para evitar que os sistemas democráticos sejam vítimas de maiorias políticas eventuais, cuja manifestação, insusceptível de limitação substancial, possa atentar contra as próprias bases da Democracia, como houvera ocorrido.

O Estado Constitucional se traduz numa revolução institucional na qual se opera a subordinação mesma da legislação ao direito. Essa circunstância histórica paradigmática é marcada pela ampla difusão das constituições rígidas, que funcionam como parâmetros de validade do arquétipo jurídico vigente. Segundo o modelo teórico em análise, enquanto a existência e a vigência normativa seguem dependendo da sua forma de produção, com âncora no tradicional princípio da legalidade formal, a sua validade é extraída do princípio da legalidade substancial, o qual vincula os conteúdos das leis à coerência com os princípios constitucionalmente positivados (FERRAJOLI, 2018, p. 11).

⁹ A ascensão do estado constitucional de direito reclama o redimensionamento do tradicional princípio da legalidade, que preambularmente implicava na sujeição dos poderes públicos à lei, inobstante os legisladores estivessem aliados deste mecanismo de controle. Outrossim, com o advento do estado constitucional, o princípio da legalidade se põe a agir para enquadrar a totalidade da engrenagem estatal ao direito, o que constitui notório avanço, tendo em conta o primeiro positivismo, para o qual o direito estava integralmente adstrito aos conteúdos legais, estes desenfreadamente concebidos pela atuação dos representantes eleitos por sufrágio. Ver mais em (CADEMARTORI, 1997).

O Estado Democrático de Direito confere, então, aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais e estatui a sua natureza suprema, ou seja, estes passam agora à condição de intocáveis pelo Poder Legislativo. Nessa perspectiva, Canotilho (2001, pp. XXIX-XXX) apresenta a ideia de Constituição dirigente, que preconiza a vinculação de todos os Poderes constituídos às Cláusulas Pétreas, núcleo essencial e intocável das Cartas normativas.

Embora mantidas as formas de organização estatal fundadas na teoria tripartite de Montesquieu, é evidente o seu aprimoramento, que concede maior estabilidade institucional aos Estados Democráticos. Após a Segunda Guerra, o modelo do Estado Constitucional de Direito, fiado nas Constituições rígidas e normativas, se espalha pelo mundo, com destaque para as Constituições italiana (1947), alemã (1949), portuguesa (1976), espanhola (1978) e a brasileira (1988) (FERRAJOLI, 2018, p. 11).

O surgimento da ONU (Organização das Nações Unidas) representa repercussivo marco civilizatório para os países democráticos ocidentais, quando o rol de direitos e garantias fundamentais é ainda mais ampliado, agora no sentido da proteção da coletividade. Estas novas benesses têm natureza difusa ou coletiva, abrangendo os direitos à paz, a um meio ambiente equilibrado e à conservação do patrimônio histórico e cultural, por exemplo.

No campo da filosofia do século XX, observa-se uma mudança paradigmática intitulada giro ontológico-linguístico, promovido por filósofos do quilate de Ludwig Wittgenstein¹⁰ e Martin Heidegger¹¹. Para estes pensadores, guardadas as suas devidas peculiaridades teóricas, a linguagem não é mero elemento intermediário entre o sujeito e o objeto, senão a própria existência humana, que se estabelece mediante processos comunicativos de dimensão intersubjetiva. Passa-se, então, a compreender que a linguagem é protagonista nas relações humanas em geral (BARRETO JÚNIOR, KARAM, 2021, p. 3).

Também Hans-Georg Gadamer¹² é um dos responsáveis por alçar a linguagem ao status de condição de possibilidade, elemento dinâmico e de cunho intersubjetivo. Sua teoria, a hermenêutica filosófica, não sendo método, prescinde da linguagem entendida como descritiva da relação entre sujeito e objeto, que estabelece uma barreira para se conhecer como são as coisas em si. Segundo Gadamer, a linguagem é

¹⁰ Sobre a filosofia da linguagem de Wittgenstein, recomenda-se (WITTGENSTEIN, 1994).

¹¹ A respeito da filosofia hermenêutica de Heidegger, indica-se (HEIDEGGER, 2020).

¹² Acerca da hermenêutica filosófica de Gadamer, ver (GADAMER, 2015).

experiência de mundo, na qual o intérprete, inserido em situação hermenêutica, atribui novos sentidos aos textos (não apenas os escritos), trazendo em si a historicidade e a tradição que lhe são imanentes, num contexto marcado pela fusão de horizontes de sentido (BARRETO JÚNIOR, KARAM, 2021, p. 9).

Tendo por norte esse novo paradigma, começam a surgir teorias jurídicas de cunho hermenêutico, que não admitem a ideia de limitação formal da linguagem e repelem interpretações fundadas na subjetividade do intérprete. Esse conjunto de autores representa, no pós-segunda guerra, um movimento histórico de desconstrução dos postulados positivistas, intitulado pós-positivismo (STRECK, 2017a, p. 96 e ss.).

No direito, não se trata mais de encontrar um sentido inerente ao texto legal, como pensam os positivistas, mas de atribuir-lhe sentido, tendo em conta os limites impostos ao intérprete pelo próprio texto. O pós-positivismo não é, portanto, corrente ou movimento jurídico uniforme, mas fenômeno histórico vinculado à necessidade de a ciência do direito se desenvolver sem o jugo das velhas premissas típicas da filosofia da consciência (STEIN, 1996, p. 38).

Num contexto de Estado Constitucional de Direito, notabilizado pelo maior equilíbrio entre os Poderes, ganham força as teorias de natureza principiológica, que rejeitam a necessária impossibilidade de entrelaçamento entre direito e moral. Cada teórico, a seu modo, afirma o direito como construção social fundada em princípios constitucionalmente consagrados, que funcionam como farol para a resolução de controvérsias jurídicas.

Dentre tais autores destaca-se o norte-americano Ronald Dworkin¹³e, no Brasil, Lenio Streck¹⁴, sendo o primeiro, artífice do direito enquanto integridade e, o segundo, da crítica hermenêutica do direito. Por constituírem teorias muito complexas, resta trazer apenas os seus postulados básicos, para ilustrar algumas das principais idéias da nova hermenêutica jurídica, vislumbrada no pós- Segunda Guerra.

Para Dworkin, o direito constitui atividade permanentemente interpretativa, decorrendo de um processo construtivo. Assim, somente é possível concluir, sobre que direito é aplicável, numa situação concreta, mediante interpretação de decisões políticas anteriores e o cotejo fático atual, pois os fatos presentes são, também, relevantes (LAGES, 2001, pp. 17-18). Desse modo, é possível afirmar que a adoção do direito

¹³ Para aprofundamento no estudo da teoria do direito enquanto integridade, ver (DWORKIN, 1999).

¹⁴ A respeito da crítica hermenêutica do direito, recomenda-se (STRECK, 2017a).

enquanto integridade faz, de determinada comunidade, capaz de fomentar a sua autoridade moral, para melhor manejar o poder de coerção.

O teórico americano trabalha com o conceito de comunidade de princípios, que é caracterizada pelo governo da sociedade, não a partir de regras necessariamente explícitas, engessadas, fixadas pretérita e definitivamente, mas por princípios pressupostos¹⁵. Referida forma de organização permite ao sistema adequar-se às novas circunstâncias sociais e históricas, sem que haja necessidade da criação de legislações excessivamente detalhadas, dado o dinamismo organizacional assumido pela sociedade.

Já a crítica hermenêutica do direito, de Streck, coloca-se, segundo palavras do próprio, no intermédio entre o objetivismo e o subjetivismo em âmbito hermenêutico. O jurista brasileiro utiliza, em linhas gerais, as ideias de Friedrich Müller¹⁶, Gadamer e Dworkin, com o objetivo de construir uma teoria da decisão judicial apartada de premissas determinadas e exclusivamente normativas, típicas do positivismo em seu sentido estrito, bem como do voluntarismo desenfreado, marca indelével do realismo¹⁷ (TRINDADE, 2006, p. 252).

Streck parte, portanto, da ideia de que enunciado normativo e norma são institutos diversos. O primeiro constitui o próprio comando inserto pelo legislador no ordenamento jurídico, enquanto a segunda se apresenta como produto da atividade hermenêutica em concreto. Com efeito, de um enunciado normativo, tendo em vista a análise fática em sua concretude, podem surgir diversas normas (TRINDADE, 2006, p. 259).

Os fenômenos da interpretação e aplicação do direito, segundo a crítica hermenêutica, não podem ser rigidamente separados, pois o processo interpretativo é dinâmico e condicionado pela dimensão intersubjetiva inerente à linguagem. Assim, tal

¹⁵ (PÉREZ, 2003) apresenta um bom panorama das ideias dworkinianas.

¹⁶ Sobre a teoria estruturante do direito, ver (MÜLLER, 2005).

¹⁷ O realismo jurídico, desenvolvido na Europa escandinava e, sobretudo, nos EUA, tem, por princípio, a premissa de que o juiz deve se concentrar na aplicação prática do direito, ou seja, cabe ao magistrado deliberar conforme lhe convier, segundo o seu entendimento quanto à melhor solução para o litígio, independentemente de outras influências, consideradas meras auxiliares no processo cognitivo do intérprete. A modalidade mais robusta do realismo sustenta que a representação ideal de uma proposição jurídica se vincula ao contexto vivenciado. Os teóricos realistas, de modo geral, utilizam uma linguagem cética para expressar as suas concepções, ao ponto de desconsiderarem algo que se possa nominar de direito. Assim, é possível identificar um claro subjetivismo/voluntarismo no processo hermenêutico, pois os intérpretes, embora tenham por referência decisões judiciais anteriores, adotadas em controvérsias fáticas semelhantes, tendem a decidir segundo critérios subjetivos inerentes à sua condição humana, o que corrobora os pressupostos da filosofia da consciência. Vem do contexto norte-americano a célebre frase, proferida por um dos mais influentes presidentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes: “a decisão judicial depende do que o juiz comeu no café da manhã”. Sobre o tema, ver verbete “Realismo jurídico”, em (STRECK, 2017).

qual Gadamer, Streck roga ao intérprete que permita ao texto dizer-lhe algo, ao invés de buscar em sua estrutura um sentido hermenêutico pronto.

As críticas básicas de Streck, ao atual contexto da interpretação jurídica, residem no que ele chama de solipsismo, conceito cunhado para descrever a atividade hermenêutica vinculada às premissas da filosofia da consciência, superadas na esfera filosófica, porém muito presentes nas atividades judicantes mundo afora, em especial no Brasil. Daí a sua manifesta reserva quanto a institutos acolhidos pela legislação e prática judicial brasileira, como, por exemplo, o livre convencimento do juiz (STRECK, 2017a, p. 78 e ss.).

4. CONCLUSÕES

Embora a ciência hermenêutica venha sendo objeto de estudos filosóficos desde a antiguidade, a sua versão jurídica se estabelece, de modo efetivo, com o advento do Estado Liberal, tendo em vista a observância do fenômeno histórico do constitucionalismo.

No século XIX, na Europa, predomina o positivismo jurídico que, em suas diversas facetas, mantém os intérpretes atados à literalidade da lei ou, quando muito, ao uso de critérios hermenêuticos formalistas. Dentre os juristas relevantes da época, convém destacar, na França, Alexandre Duranton, na Inglaterra, John Austin e, na Alemanha, Georg Puchta.

Na primeira metade do século XX surge Hans Kelsen, artífice da teoria pura do direito. Referido jurista busca empreender análise da ciência jurídica não permeada pela influência de outros ramos do conhecimento científico, cuja repercussão possa “contaminar” o seu núcleo, a partir de intervenções de ordem ideológica.

A hermenêutica jurídica não passa, até esse momento histórico, de subsunção do texto legal ao caso concreto e/ou exercício deliberado de discricionariedade, com base em premissas da filosofia da consciência. A linguagem é tratada como elemento de intermediação entre sujeito e objeto, ocupando posição secundária no processo comunicacional.

Em contraponto à perspectiva então preponderante, eminentes filósofos, como Martin Heidegger e Ludwig Wittgenstein, operam uma mudança paradigmática na filosofia, intitulada giro ontológico-linguístico. Para eles, guardadas as devidas peculiaridades teóricas, a linguagem não é apenas um elemento de intermédio entre o

sujeito e o objeto, como apregoado pelo paradigma da consciência, mas condição para a própria existência humana, que se estabelece mediante processos comunicativos de dimensão intersubjetiva.

À luz do Estado Constitucional de Direito e com base numa nova visão lançada sobre a linguagem, ascendem, na segunda metade do século XX, teorias jurídicas de cunho hermenêutico, que repelem interpretações fundadas na subjetividade humana. Este conjunto de juristas representa, no pós-segunda guerra, um movimento de desconstrução dos postulados positivistas, intitulado pós-positivismo, cuja dimensão não é de movimento e sim de fenômeno histórico.

Dentre as referências mais destacadas da nova hermenêutica está Dworkin, com a teoria do direito enquanto integridade; para ele, o direito constitui atividade permanentemente interpretativa, decorrendo de um processo construtivo. O teórico americano trabalha com o conceito de comunidade de princípios ou governo da sociedade, que deve ocorrer não a partir de regras explícitas, engessadas e definidas preteritamente, mas por princípios institucionalmente consagrados.

Já a crítica hermenêutica do direito, de Streck, postula situar-se entre o objetivismo e o subjetivismo, no âmbito da interpretação. As suas críticas básicas, ao atual contexto hermenêutico, residem na prática do solipsismo, conceito cunhado para descrever a atividade do julgador vinculada às premissas da filosofia da consciência, superada na esfera filosófica, porém muito presente na *práxis* judicante brasileira.

Por fim, é possível afirmar que o desenvolvimento da hermenêutica jurídica é reflexo das dinâmicas sociais, políticas e filosóficas de cada época. Durante a vigência do Estado Liberal, de cunho formalista, predominam as técnicas tradicionais de interpretação, vinculadas ao paradigma filosófico da consciência; já no contexto do Estado Democrático, tendo em vista os efeitos da viragem lingüística no direito, adota-se uma perspectiva interpretativa contrária à discricionariedade e à idéia de que o texto possui um sentido em si mesmo.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined – and the uses of the study of jurisprudence.** Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998.

BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva; KARAM, Henriete. Linguistic Turn, Wittgenstein, Gadamer e o Direito. In **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 17, n. 03, set./dez. 2021.

BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio. Repensando a democracia: uma crítica garantista à atual configuração do Estado de Direito. In **Revista Direito em Debate**, Ijuí, n. 56, jul/dez 2021.

BARRETO JÚNIOR, Williem da Silva; CADEMARTORI, Sérgio. Teoria pura del diritto: critica all'interpretazione in Kelsen. In **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 8, n. 01, jan./jun. 2021a.

BEDIN, Gilmar Antônio. Direito natural. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BETTI, Emilio. **Teoria generale della interpretazione**. Milano: Giuffré, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

CADEMARTORI, Sérgio; GOMES, Nestor Castilho. A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller. **Sequência**, Florianópolis, v. 29, n. 57, 2008.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina Florianópolis, 1997.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do Legislador (Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del estado**. Madrid: Trotta, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da Esfera Pública**. Investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1984.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2020.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.

HOBBS, Thomas **Leviatã ou Matéria**. Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUPFFER, Haide Maria. **Educação jurídica e hermenêutica filosófica**. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006.

LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em “O Império do Direito”. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas. v. 4. n. 7, jan./jun. 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Abril cultural, 1983.

KAUFMAN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PÉREZ, Maria Lourdes Santos. Una Filosofía para Erizos: Una Aproximación al Pensamiento de Ronald Dworkin. Em: **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**.n. 26, Alicante, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato social**. São Paulo: Abril cultural, 1983.

SILVA, Joana Maria Madeira de Aguiar. **Para uma teoria hermenêutica da justiça**. Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas. Tese de doutorado. Universidade do Minho, Minho, 2008.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017a.

TRINDADE, André Karam. **A filosofia no direito: com Gadamer, contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade a partir do qual seja possível pensar pós-metafisicamente a teoria do direito contemporâneo.** Dissertação de mestrado.. Programa de Pós-Graduação em direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** Petrópolis: Vozes, 1994.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil.** Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2005.