

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PAMPRINCIPIOLOGISMO: A CRISE DO DIREITO. LIMITES E
APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS

Renato Tinti Herbella

Presidente Prudente/SP
2014

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**PAMPRINCIPIOLOGISMO: A CRISE DO DIREITO. LIMITES E
APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS**

Renato Tinti Herbella

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Cláudio José Palma Sanchez.

Presidente Prudente/SP
2014

PAMPRINCIPIOLOGISMO: A CRISE DO DIREITO. LIMITES E APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau em Bacharel em
Direito.

Cláudio José Palma Sanchez

Daniel Gustavo De Oliveira Colnago Rodrigues

Jesualdo Eduardo De Almeida Júnior

Presidente Prudente, 03 de Junho de 2014.

"É o conhecimento dos princípios, e a habilitação para manejá-los, que distingue o jurista do mero conhecedor de textos legais."

Carlos Ari Sundfeld, em, Fundamentos de Direito Público

"Práxis e teoria são interligadas, interdependentes. A teoria é um momento necessário da práxis; e essa necessidade não é um luxo: é uma característica que distingue a práxis das atividades meramente repetitivas, cegas, mecânicas, 'abstratas' (...). A práxis é a atividade que, para se tornar mais humana, precisa de ser realizada por um sujeito mais livre e mais consciente. Quer dizer: é a atividade que precisa da teoria."

(Leandro Konder, em, O Futuro da Filosofia da Práxis - o pensamento de Marx no século XXI)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus familiares, em especial meus pais e meus avós, não só por oportunizar muitas de minhas experiências, mas também por se mostrarem como exemplos que merecem ser seguidos.

Reconheço a indispensável compreensão e colaboração despendida pela minha namorada Carolina Marques, que com toda paciência e atenção tornou a difícil e solitária jornada de pesquisa mais alegre e prazerosa.

Também foram fundamentais os diálogos travados com meu amigo Guilherme Gonçalves Alcântara, que apesar de distante por alguns momentos, ainda se fez presente com seus sempre pertinentes argumentos.

Não posso me esquecer de lembrar o quão importante para minha formação profissional e pessoal foram os estágios que realizei ao longo da graduação, portanto, agradeço a todos que colaboraram com meu crescimento, em especial, os servidores da Justiça Federal, da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e o escritório de advocacia Renata Moço.

Obviamente que um agradecimento especial deve ser dedicado ao meu orientador, Cláudio José Palma Sanchez, que além de cumprir com maestria e impecável didática a sua função de Professor, se mostrou tão ou mais competente como guia neste projeto.

Agradeço também ao jovem Professor Daniel Colnago, examinador desta banca, pela colaboração e auxílio, mas também por não medir esforços na luta por uma sociedade mais justa e uma academia mais qualificada, tornando-se um exemplo a todos que o acompanham.

Cabe, ainda, reconhecer a ajuda do professor Jesualdo Almeida, também examinador, pessoa que sem dúvida foi indispensável para que eu escolhesse o tema deste trabalho, já que como ouvinte de uma de suas palestras, fez com que eu ficasse fascinado por tal assunto.

Injusto seria se esquecesse da grande colaboração das conversas e e-mails trocados com o colega e também Professor, Caio Shiru, que infelizmente não contrariou o poeta e "*acabou indo embora cedo demais...*", mas sem dúvida, deixou um legado acadêmico e humano a todos.

Por fim, gostaria de agradecer a Faculdade Toledo pela competência e dedicação constantemente aplicada, visando sempre a excelência no ensino, seja ele jurídico ou não.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal a análise dos princípios jurídicos e o abuso cometido pelos operadores do direito ao manejá-los, surgindo um fenômeno intitulado por muitos como Estado principiológico ou, como aqui classificado, pamprinciologismo. Apesar da chegada da Constituição Federal de 1988, de cunho democrático, compromissório e garantista, ainda não foram elaboradas teorias constitucionais para sua adequada aplicação. Assim, acabou-se por importar inúmeras teses alienígenas ou até mesmo atribuir um ar de contemporaneidade a teorias já ultrapassadas fazendo com que se instalasse uma grande crise no direito. O abuso cometido através do uso exagerado e inadequado dos princípios, em especial pelo Poder Judiciário, acaba por gerar uma grande insegurança jurídica surgindo diversos temas complexos como o ativismo judicial, a judicialização, dentre outros. A partir disto, o trabalho mostra de forma ampla e filosófica os diversos paradigmas que fizeram com que o direito atingisse esse quadro histórico, que acaba por aceitar e se submeter à vontade dos interpretes, que se utilizam dos princípios jurídicos como meros aportes retóricos para justificar suas injustificáveis decisões. Não obstante existir diversos artigos, dissertações e teses sobre a análise dos princípios, poucas delas os observam sobre a ótica da hermenêutica filosófica, limitando-se ao estudo de teses argumentativas derivadas principalmente da obra de Robert Alexy. Porém esta não é a linha de pesquisa adotada, já que se parte principalmente da vasta e complexa obra do jurista gaúcho Lenio Luiz Streck, que expressamente assume suas influências pelos estudos dos filósofos alemães Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, bem como do norte americano Ronald Dworkin. Visando propor um norte para uma adequada interpretação do direito através da hermenêutica filosófica e até mesmo a maneira adequada e constitucional de aplicar os princípios que a utilidade do trabalho emerge. Ademais, vale lembrar que o direito é eminentemente cultural e histórico e todas as decisões - inclusive o uso dos princípios - deve ser tomado de forma responsável, não se admitindo, em uma democracia, decisões ou atitudes subjetivas, pessoais e voluntaristas. Portanto, esta obra tem como finalidade precípua trazer à tona um debate muitas vezes abandonado na seara acadêmica sob a falácia da divisão dicotômica "teoria/prática", prevalecendo a última em detrimento daquela, ou seja, abandonando a teoria em prol de uma simplificação inviável e inimaginável no estudo da complexa ciência jurídica. Posto isto, o trabalho analisa desde o aspecto histórico e filosófico dos princípios até o estudo do seu uso adequado, constitucional e democrático.

Palavras-chave: Princípios. Pamprinciologismo. Hermenêutica. Hermenêutica-filosófica. Constitucionalismo.

ABSTRACT

This work aims to analyze the legal principles and the abuse committed by jurists to manage them, emerging a phenomenon titled by many as '*Principiological State*' or, as reported here, '*pamprincipiologismo*'. Despite the arrival of the 1988 Federal Constitution, democratic and *garantista*, were not developed constitutional theories for a proper application. To solved that problem it was opted by importing numerous foreign theses or even assign an air of contemporary theories already exceeded causing a major crisis to establish itself on the legal system. The abuse committed by excessive and inappropriate use of the principles, in particular the judiciary, ultimately generates considerable legal uncertainty coming several complex issues such as judicial activism, judicialization, among others. From this, the work shows the broad and philosophical form the various paradigms that made the right to reach this historical framework, that ultimately accept and submit to the will of the performers, who use the legal principles as mere rhetorical contributions to justify their unjustifiable decisions. Nevertheless there were several articles, dissertations and theses that analysis the principles, few of them observe them on the perspective of philosophical hermeneutics, limiting himself to the study of argumentative thesis principally derived from the work of Robert Alexy. But this is not the line of research adopted, since it is primarily part of the vast and complex piece of the *gaucho* jurist Lenio Luiz Streck, which explicitly takes influences in the studies of the German philosopher Martin Heidegger and Hans-Georg Gadamer, as well as the North American Ronald Dworkin. Aiming to offer a route to a proper interpretation of the law through philosophical hermeneutics and even the proper and constitutional way to apply the principles that the usefulness of the work emerges. Moreover, it is worth remembering that the law is eminently cultural and historic and all decisions - including the use of principles - should be taken responsibly, not admitting, in a democracy, subjective decisions, personal and proactive attitudes. Therefore, this work has as main purpose to bring to the fore a debate often abandoned in academic harvest under the fallacy of dichotomous division "theory/practice", prevailing the last instead of the first using the theory in favor of a simplification unfeasible and unimaginable in the study of complex legal science. This paper analyzes from the historical and philosophical aspects of principles to the study of the appropriate constitutional and democratic usage.

Keywords: Principles. Pamprincipiologismo. Hermeneutics. Philosophical hermeneutics. Constitutionalism.

SUMÁRIO

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| | |
| 2 (NEO)CONSTITUCIONALISMO, DESMEMBRANDO O INSTITUTO ... | 13 |
| 2.1 Constitucionalismo | 14 |
| 2.2 (Neo)constitucionalismo | 16 |
| 2.2.1 O que é o (neo)constitucionalismo | 17 |
| 2.2.2 Fatores históricos ensejadores do (neo)constitucionalismo | 22 |
| 2.2.3 Algumas consequências do (neo)constitucionalismo | 24 |
| | |
| 3 PRINCIPAIS PARADIGMAS QUE NORTE(ARAM)IAM O PENSAMENTO JURÍDICO NO MUNDO | 30 |
| 3.1 Jusnaturalismo | 31 |
| 3.2 Juspositivismo | 35 |
| 3.3 Paralelo entre os dois paradigmas de pensamento | 38 |
| 3.4 Ainda o juspositivismo, história e considerações finais | 39 |
| | |
| 4 HERMENÊUTICA GERAL E MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO | 45 |
| 4.1 O que é hermenêutica? | 46 |
| 4.2 Escolas hermenêuticas | 48 |
| 4.2.1 Escola bíblica | 49 |
| 4.2.2 Escola filológica | 50 |
| 4.2.3 Escola histórica | 50 |
| 4.2.4 Escola fenomenológica | 51 |
| | |
| 5 HERMENÊUTICA JURÍDICA E SUAS PRINCIPAIS ESCOLAS | 53 |
| 5.1 Hermenêutica jurídica, principais origens, Estado e justiça | 55 |
| 5.2 Escola da Exegese | 58 |
| 5.3 Escola histórica | 59 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 5.4 Escola da livre investigação científica de François Geny (Escola da livre pesquisa)..... | 61 |
| 5.5 Escola do direito livre | 62 |
| 5.3 Tridimensionalismo de Miguel Reale..... | 64 |

6 FILOSOFIA DA LINGUAGEM E AS RELAÇÕES OBJETO-SUJEITO, SUJEITO-OBJETO E SUJEITO-SUJEITO66

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 6.1 Metafísica clássica e filosofia da linguagem..... | 67 |
| 6.2 Filosofia da consciência (subjettivismos)..... | 69 |
| 6.3 Superando paradigmas a filosofia da linguagem como condição de possibilidade para compreensão da realidade..... | 71 |
| 6.3.1 Filosofia da linguagem e hermenêutica..... | 73 |
| 6.3.2 Características não relativistas da hermenêutica | 76 |

7 AFINAL, O QUE SÃO PRINCÍPIOS?.....79

| | |
|----------------------------------|----|
| 7.1 O conceito de princípio..... | 81 |
| 7.2. Princípio e aplicação | 86 |

8 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: A EVIDÊNCIA DA CRISE90

9 CONCLUSÃO94

BIBLIOGRAFIA99

1 INTRODUÇÃO

Urge, em pleno século XXI, superar paradigmas que circundam a ciência jurídica, e não mais se justificam, ante a evolução cultural e social existente no mundo, principalmente no Brasil, em especial quanto às teorias da norma, da fonte, da interpretação e da decisão judicial.

Costumeiramente surgem novos posicionamentos que, na maioria das vezes, não passam de ultrapassados pensamentos camuflados com ares de contemporaneidade. Com isso, novas críticas, novos problemas, novas discussões, são travadas como se os problemas e suas "soluções" fossem realmente novos. Tremenda falácia.

Desta forma, o presente trabalho como ponto principal abordou o universo dos princípios, pois, além de estarem intimamente ligados às teorias supramencionadas, ante a uma pseudo falência do positivismo jurídico, passaram a ser utilizados ao bel prazer do operador do direito, principalmente nos tribunais, para justificar toda e qualquer decisão tomada de acordo com a (in)consciência do julgador, desaguando em puro voluntarismo retórico.

Neste ponto fica evidente que não superamos o velho paradigma da filosofia da consciência, pelo contrário, cada vez mais apostamos no Poder Judiciário (solipsista) como a resposta para problemas que poderiam ser solucionados em outras esferas e, em uma democracia, torna-se insustentável a dependência do pensamento deste ou daquele magistrado, já que é preciso algo a mais, ou seja, algo construído em uma esfera de discussão ampla e intersubjetiva, abrangendo a cultura local, a doutrina, a legislação e a jurisprudência que com certeza valem mais do que o pensamento isolado deste ou daquele integrante do órgão judicante.

Nota-se que a problemática proposta adentrou nos paradigmas filosóficos que norte(iam)aram o pensamento jurídico ao longo da história - jusnaturalismo e juspositivismo -, em especial o positivismo jurídico que mostra ser muito mais complexo do que é ensinado nos cursos jurídicos brasileiros, já que

existem diversas facetas do positivismo e não somente o clássico, e já superado, positivismo exegético legalista.

Sem embargo, justificando o título da presente obra, "crise do direito", evidente é que a crise, o caos, demonstra-se quando adentramos nas teorias da norma, da fonte, da interpretação judicial e da decisão, pois estas oscilam deste para aquele polo sem alcançarem uma efetividade plena.

Como exemplo disso, doutrinadores contemporâneos, por diversas vezes intitulados como neoconstitucionalistas, ainda apostam na discricionariedade judicial como forma de superar o positivismo exegético. Crise instalada!

Atualmente é notório que ativismo judicial e as posturas voluntaristas que deslocam a competência do legislador em sua plenitude para o interprete não mais se justificam, principalmente em uma democracia, pois, não há legitimidade alguma em se deslocar as funções democraticamente estabelecidas através do parlamento em sua Constituição para outro poder¹.

Assim, como mote central e totalmente ligado aos problemas já elencados, fez-se uma análise não superficial acerca dos princípios jurídicos e seus reflexos na ciência jurídica, abordando temas relevantes intimamente ligados a eles, tais como: neoconstitucionalismo, principais paradigmas filosóficos que nortearam e norteiam a ciência jurídica, hermenêutica, constitucionalismo e demais assuntos conexos.

Ressalta-se que este trabalho teve como principal objetivo apontar críticas a respeito do atual sistema jurídico em que vivemos, sem, contudo, apontar uma solução definitiva para o presente caos, já que do contrário não passaria de uma pretensão arrogante e injustificável, contudo, buscou-se trazer o tema à discussão, apontando um norte democrático e viável à ciência jurídica, visando, assim, alcançar uma solução possível e democrática.

Importante destacar também que eventuais críticas formuladas no decorrer da pesquisa não possuem nenhum caráter pessoal e, os problemas que foram ocasionalmente levantados não representam, sob nenhum aspecto,

¹ Obviamente que a discussão proposta é muito mais ampla do que as conhecidas funções típicas e atípicas dos Poderes.

desmerecimento deste ou daquele, magistrado ou tribunal, servindo tão somente para uma análise acadêmica com perspectivas de melhoras para a ciência jurídica como um todo.

Acredita-se, portanto, que em um ambiente de discussão democrática, tal qual é a academia, onde mais pessoas buscam uma saída para um problema, onde ideias e argumentos são confrontados visando atingir um bem maior, esta pesquisa se encaixa perfeitamente, ou seja, levanta uma tese sobre uma área geralmente esquecida pelos acadêmicos, a parte filosófica e teórica do sistema jurídico com grande ênfase nos princípios.

Sem embargo, por estes caminhos e com este fim que se guiou o presente estudo, desconstruindo conceitos já enraizados no senso comum teórico, problematizando os tópicos citados e criticando-os na medida em que foram abordados.

Importante ainda, mencionar sobre o método de pesquisa utilizado para a realização do presente trabalho, ou seja, para a concretização desta obra foi indispensável a consulta em doutrinas e artigos científicos da área, análises jurisprudenciais de alguns casos, bem como buscas em meios eletrônicos.

Por fim, como método científico, destacou-se o dedutivo-indutivo, onde se visou debater o tema através de levantamentos particulares alcançando conclusões gerais, bem como, através de teses e antíteses concebendo sínteses, assim, foi feita uma análise construtiva sobre o tema proposto.

2 (NEO)CONSTITUCIONALISMO, DESMEMBRANDO O INSTITUTO

Não obstante a crescente expansão científica de artigos jurídicos acerca do que seria o neoconstitucionalismo, ainda temos grande dificuldade de entender o instituto.

Com as recentes transformações da ciência do direito, principalmente relacionados à Teoria Jurídica ou até mesmo a aplicabilidade do direito, o neoconstitucionalismo ainda se mostra um tema muito controverso.

Surgem diversas dúvidas, inclusive de ordem semântica, que circundam o instituto, gerando uma grande confusão nas obras doutrinárias e nos ensinamentos acadêmicos sobre essa "nova" vertente do direito constitucional.

Cabe salientar, que essa vertente não é nova e as dúvidas que dela surgem não persistem apenas no âmbito constitucional, pois, há uma verdadeira explosão de teorias apresentadas como a solução dos problemas jurídicos (*sic*), como o *neoprocesso*, *novo* direito civil, *neo...* e diversos novos institutos que apesar de cheio de boas intenções acabam por complicar ainda mais o estudo da já complexa ciência jurídica.

Há uma grande celeuma. Surgem questões que precisam ser solucionadas, como por exemplo: Seria o neoconstitucionalismo uma superação do constitucionalismo? (Isso é possível?) Seria uma nova maneira de interpretação? Seria uma superação do positivismo exegético? Ou talvez um novo momento histórico que justificasse a utilização do prefixo *neo*?

Buscando resolver tais dilemas, este primeiro capítulo apresenta algumas críticas que visam aclarar possível a diferença existente entre o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo, ou melhor, visa desconstruir o idealizado em grande parte da doutrina que diz realmente haver uma "diferença" entre os institutos.

Entretanto, aparentemente não se mostra possível a comparação entre eles.

Cumprido destacar também, que antes de se adentrar ao tema principal, o estudo dos princípios, é imprescindível que se faça introduções a outros temas correlatos, como por exemplo, uma breve explicação sobre o que vem a ser esse instituto denominado neoconstitucionalismo.

Insta salientar que a amplitude do fenômeno em questão e sua discussão é altamente complexa, sendo impossível o total esgotamento da matéria em um único capítulo.

Portanto, por não ser o mote da presente pesquisa o neoconstitucionalismo em si, mas sim os seus reflexos principalmente causados pela utilização exacerbada dos princípios, por escolhas didáticas e lógicas se optou por abordar de maneira singela, mas não superficial o instituto.

Contudo, almeja-se que o leitor compreenda o raciocínio proposto e se motive para novas pesquisas sobre este intrigante tema.

2.1 Constitucionalismo

Para melhor compreensão do instituto jurídico em tela não parece lógico tratar do neoconstitucionalismo sem antes analisar o constitucionalismo, especialmente em seu conceito histórico.

Para o professor português J.J. Gomes Canotilho (2002, p. 51), não existe apenas um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo francês, o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano), preferindo chamar de movimentos constitucionais, e define constitucionalismo como:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo,

uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Já para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p. 26) o constitucionalismo apresenta dois sentidos:

A expressão *constitucionalismo*, ao que se nos afigura, incorpora dois sentidos essenciais. Primeiro, o de movimento, o de organização de pessoas em torno de um ideal, de um objetivo. Segundo, o de Constituição. Parece-nos que é isso, constitucionalismo é movimento político, jurídico e social, pautado pelo objetivo de criar um pensamento hegemônico segundo o qual todo Estado deve estar organizado com base em um documento fundante, chamado Constituição, cujo propósito essencial seria o de organizar o poder político, buscando garantir os direitos fundamentais e o caráter democrático de duas deliberações.

Buscando a completude do conceito, André Ramos Tavares (2002, p. 1) classifica o constitucionalismo em quatro sentidos:

[...] numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

Conclui-se ser o constitucionalismo, assim como a ciência do direito, um fenômeno complexo que abrange diversas vertentes das ciências sociais, tendo ligações filosóficas, sociológicas, jurídicas, políticas e históricas.

Trata-se então de um fenômeno que carrega um juízo de valor, sentido axiológico, de uma determinada comunidade, aspecto sociológico, em certo período da história.

Através do seu instrumento essencial, a Constituição, busca-se a limitação do poder Estatal, afastando-se a ideia autoritária do Antigo Regime, e elenca determinados bens jurídicos como fundamentais visando garantir aos cidadãos afetados por esse movimento um Estado ideal do ser, um dever ser, através de um Estado Democrático.

Assim como leciona o magistrado Fernando Luiz Vieira (2013, p. 128) sobre o nascedouro e as características do principal instrumento do constitucionalismo, a Constituição:

A ideia de Constituição nasce no triunfar das revoluções americana e francesa. O objetivo primordial de uma carta de direitos, neste período, é o de limitar os poderes do Estado, que, antes, eram absolutos, tendo por figura o monarca, que estava acima de qualquer regulamentação (*legibus absoluto*).

No entanto, postergando algumas críticas para momento oportuno, vemos o constitucionalismo principalmente como um movimento histórico, sendo o seu principal instrumento, a Constituição, a lei maior, dotada de eficácia e aplicabilidade, onde nasce a hermenêutica constitucional que desagua no neoconstitucionalismo.

Contudo, não parece haver relação direta, imediata, de movimento constitucional (constitucionalismo) e hermenêutica constitucional, mas sim uma relação mediata, pois esta última é decorrente da interpretação do instrumento do constitucionalismo, a Constituição, e não um movimento histórico-político-jurídico como o constitucionalismo.

2.2 (Neo)constitucionalismo

Superada a brevíssima análise do constitucionalismo, após afirmarmos seu principal aspecto como um movimento histórico, político, sociológico, é imprescindível mostrar sua diferença com o neoconstitucionalismo, instituto que abrange incontáveis significados e que gera uma grande confusão na ciência jurídica.

2.2.1 O que é (neo)constitucionalismo?

Primeiramente cumpre esclarecer que, como superficialmente mencionado, não aceitamos a ideia de neoconstitucionalismo como superação do constitucionalismo, divergindo inclusive quanto à questão semântica da palavra que nos parece estar equivocada.

Se o constitucionalismo se refere a movimento histórico, político, jurídico e sociológico, idealizado desde a época de Platão com a *lex fundamentalis* (MACIEL, 2006), ao utilizarmos o prefixo *neo*, passamos a ideia de superação desse movimento, surgindo um novo movimento, uma nova era histórica, ou até mesmo uma nova ideologia, quando a nosso ver, o constitucionalismo não parece ter sido superado.

O Estado continua se fundando em uma Constituição, que limita seus poderes e busca um estado ideal a ser alcançado pelos cidadãos por ela afetados.

Contudo, a forma de alcance desse ideal mudou, sobretudo com a busca da eficácia da Constituição ante a expectativa de concretização dos direitos fundamentais, e não somente como organização estatal e freios impostos ao Estado.

Portanto, pelo fato de não haver uma superação do constitucionalismo, o uso do prefixo *neo* não nos parece lógico, assim, feita essa ressalva, a partir deste momento convém o acréscimo dos parênteses na expressão (neo).

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, para Luigi Ferrajoli (2012, p. 17) essa expressão também se mostra ambígua e eivada de equívocos, pois quando nos referimos a *constitucionalismo*, tratamos de um termo político, e não jurídico, pois o constitucionalismo do século XX dada suas peculiaridades históricas, buscava impor limites aos poderes do Estado, como leciona o professor Canotilho (2002, p. 51), *visando um governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social*.

Continuando, Ferrajoli afirma que essa ideologia constitucionalista está intimamente ligada a noção de Estado Liberal de Direito e da superação do positivismo, cujas raízes iam de encontro a um ideal jusnaturalista.

Então, para o jurista italiano a expressão *constitucionalismo* não encontra simetria direta com o mundo jurídico, mas sim com o universo político, sendo impossível compará-lo com o positivismo jurídico, sobretudo o exegético, que o (neo)constitucionalismo tenta "superar".

Assim, nesse contexto que Ferrajoli elucida maneiras de se conceber esse novo paradigma, analisando simetricamente dois institutos que seriam subdivisões do constitucionalismo jurídico, propondo a existência do constitucionalismo argumentativo, derivado da teoria argumentativa Alexyana, que visa superar o positivismo exegético, e o constitucionalismo garantista, que busca a reformulação do positivismo.

Porém, o instituto em análise, obviamente não é um conceito fechado, ou um fenômeno único, portanto, qualquer limitação ou definição extremada não parece ser lógica e se assim o fosse, provavelmente estaria equivocada.

Quanto à expressão, conforme leciona André Karam Trindade (2013, s. p.), surgiu no final da década de 1990, no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, com os jusfilósofos de Genova: Susana Pozzolo, Paolo Comanducci e Mauro Barberis.

A jurista italiana Susana Pozzolo (s. d.) apud Trindade (2013, s. p.) afirma que:

Embora seja certo que a tese sobre a especificidade da interpretação constitucional possa encontrar partidários em diversas dessas disciplinas, no âmbito da Filosofia do Direito ela vem defendida, de modo especial, por um grupo de jusfilósofos que compartilham um modo singular de conceber o Direito. Chamei tal corrente de pensamento de neoconstitucionalismo. Refiro-me, particularmente, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e, em parte, Carlos Santiago Nino.

Tal tema teve como um marco importante na evolução da discussão, principalmente no Brasil, com a chegada da coletânea jurídica elaborada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell.

Vale ressaltar, que essa expressão não é utilizada nas discussões constitucionais norte-americanas, tampouco na Alemanha, mas tomou proporções

enormes na Itália e Espanha, alcançando posteriormente a América Latina, principalmente o Brasil.

Nesse contexto, inobstante o interesse pelos estudos do tema, ainda se mostra impossível uma simples conceituação, havendo incontáveis divergências sobre a expressão e o significado que ela acarreta, inclusive como supramencionado, a utilização do prefixo *neo*.

Um ponto relevante que aclara essa ideia é o fato de autores tradicionalmente vistos com (neo)constitucionalista não assumirem essa posição ou adotarem essa expressão. Um exemplo claro disso se dá com o Lenio Luiz Streck², onde num primeiro momento apoiou a tese (neo)constitucionalista, porém noutro momento a adotou com ressalvas e posteriormente a abandonou definitivamente.

Desta forma, mostra-se praticamente impossível definir (neo)constitucionalismo, sendo mais sensata a posição adotada por Prieto Sanchís (2003) apud Carbonell (2003, p. 123), onde afirma que não existe uma única corrente de pensamento, mas uma série de ideias que apontariam para uma nova formação da cultura jurídica, abrangendo diversos ramos do direito.

A expressão vem sendo utilizada como explicativa para as transformações ocorridas após a Segunda Grande Guerra que mudaram radicalmente o mundo jurídico, e conforme adverte Miguel Carbonell (2007, p. 9) a análise da expressão se desdobra em três planos:

El neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas < materiales > o substantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.³

² Tal afirmativa pode ser constatada através da nota de rodapé inserida por Lenio Luiz Streck no segundo capítulo do livro: *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, p. 62.

³ O neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que começam a surgir após a Segunda Guerra Mundial, e especialmente desde os anos setenta do século XX. Trata-se de Constituições que não se limitam a estabelecer competências ou separar os poderes do Estado, mas contêm altos níveis de normas < materiais > que determinam e condicionam o desempenho do Estado por meio de algumas metas e objetivos. (Tradução livre).

Neste primeiro plano, vemos que os textos constitucionais promulgados após a Segunda Grande Guerra, incorporaram normas substanciais condicionadoras da atuação do Estado na realização dos seus objetivos.

Quanto ao segundo plano se mostra pelas práticas judiciais assumidas pelos tribunais e cortes constitucionais com nova hermenêutica dos princípios constitucionais, como vemos no seguinte trecho em que Carbonell (2007, p. 10) destaca:

*Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la Drittwirkung), el principio pro personae, etcétera. Además, los jueces tienen que ver con la dificultad de trabajar con <valores> que están constitucionalizados y que requieren una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, datándolos de esa manera de contenidos normativos concretos.*⁴

Fica claro o grande problema hermenêutico que surge decorrente do (neo)constitucionalismo, a dificuldade que os juízes e tribunais encontram ao trabalhar com princípios constitucionais nos casos concretos e de justificá-los com a devida carga normativa que eles contêm.

Por fim, segundo o doutrinador mexicano (2007, p. 11), num terceiro plano de análise do (neo)constitucionalismo decorre da criação de um aporte teórico não só para compreender e explicar esse fenômeno, mas também para criá-lo.

*Um tercer eslabón dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente substantivos y de la práctica jurisprudencial recién enunciada en ocasiones solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo.*⁵

⁴ Entram em jogo técnicas interpretativas próprias dos princípios constitucionais, a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, a maximização dos efeitos de regulamentação dos direitos fundamentais, o efeito de irradiação, a projeção horizontal dos direitos (através Drittwirkung) o princípio pro personae, etc. Além disso, os juízes se veem com a dificuldade de trabalhar com <valores> que são constitucionalizado e exigem uma tarefa hermenêutica para ser capaz de aplicá-los a casos concretos de forma justificada e razoável, criando desta forma os conteúdos normativos concretos. (Tradução livre).

⁵ Um terceiro elo no conjunto de fenômenos que abarca o neoconstitucionalismo consiste em novos desenvolvimentos teóricos, que são baseadas em fortes disposições constitucionais substantivas e a

Outra definição, porém com a mesma linha de raciocínio pode ser atribuída a Max Möller (2011, p. 23) que, define (neo)constitucionalismo da seguinte forma:

Enquanto o neoconstitucionalismo pode significar um movimento ideológico nascido no âmbito jurídico, que propõe alguns câmbios de atitude na aplicação das normas constitucionais e de alteração do papel dos juízes na formação do direito; também pode ser encontrado o uso do mesmo termo para designar uma concepção jurídica que se propõe como uma nova teoria do direito, capaz de suceder ao positivismo jurídico.

Em suma, talvez a melhor definição encontrada na presente pesquisa sobre o (neo)constitucionalismo, deve ser atribuída ao Professor Luis Roberto Barroso (2006, p. 9), que assim define:

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Enfim, essas são as marcas do (neo)constitucionalismo, sendo imprescindível doravante a análise de fatores históricos, bem como as consequências que surgem desse instituto.

2.2.2 Fatores históricos ensejadores do (neo)constitucionalismo

Após o exposto, como todo objeto de estudo das ciências sociais, é essencial mencionar ao menos brevemente os fatores históricos ensejadores do (neo)constitucionalismo.

Basicamente este fenômeno teve como nascedouro o continente europeu, após os eventos ocorridos na Europa Ocidental, principalmente com a Segunda Grande Guerra.

Antes da Segunda Guerra, as constituições eram vistas principalmente como cartas de intenções, não tendo normatividade ampla, servindo basicamente como programas políticos norteadores do parlamento, não podendo ser utilizadas pelo Poder Judiciário.

Na metade do século XX, após a Segunda Grande Guerra, houve a aproximação de ideais democráticos e constitucionalismo surgindo o Estado Democrático de Direito, que acabou por redefinir o lugar da constituição e sua influência sobre as instituições contemporâneas.

A principal referência no desenvolvimento desse novo Direito Constitucional, explica Barroso (2006, p. 2):

Foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí, teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do Direito Constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.⁶

⁶ A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de “Lei Fundamental”, que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha.

No Brasil, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Tal fenômeno só tem sentido se discutir quando há uma constituição normativa, democrática e um efetivo controle de constitucionalidade, por isso esse acontecimento fica mais nítido após a promulgação da "constituição cidadã".

É cediço o entendimento de que nossa história constitucional não é democrática, pois se analisarmos apenas o período repúblicano, encontraremos períodos golpistas e ditaduras, permeados por suspiros democráticos, não existindo constituição normativa e com isso um fraco controle de constitucionalidade.

Portanto, a Constituição de 1988 se tornou um marco histórico onde houve a transição de regimes autoritários para um Estado Democrático de Direito.

Como leciona André Ramos Tavares (2013, p. 112-113):

Em conclusão, muitas e profundas foram as inovações introduzidas pela Constituição de 1988. Houve, a partir dela, uma verdadeira "revolução" no Direito brasileiro, que, por meio de suas instituições, teve de se adaptar ao novo cenário constitucional, reformulando conceitos, substituindo institutos e implementando o novo regime constitucional.

O (neo)constitucionalismo surge basicamente nesse contexto, com o ideal democrático e efetivação das garantias fundamentais.

No entanto, seria ingênuo pensarmos que esse instituto encontra-se em perfeita harmonia e não é passível de críticas.

Muito pelo contrário, dele resultam as mais diversas críticas com todas as complexidades e amplitudes, sendo necessária uma apreciação de algumas de suas consequências.

2.2.3 Algumas consequências do (neo)constitucionalismo

Diversas são as críticas que esse instituto sofre, principalmente por sua amplitude, já que ele esbarra em conteúdos filosóficos, hermenêuticos, jurídicos e políticos.

No entanto, nos limitaremos a elencar apenas algumas dessas objeções tais como: a) protagonismo judicial, com reflexos em hermenêutica e interferência nos outros poderes; b) perda da hegemonia da lei como fonte de direito, aplicação direta da constituição, prevalência de princípios, pamprincipiologismo; c) constitucionalização de todos os espaços da vida.

Insta salientar que nos capítulos que seguem, abordar-se-á de maneira mais aprofundada a perda da hegemonia da lei como fonte do direito, fazendo surgir o pamprincipiologismo, ou seja, o tema central do trabalho.

Conforme abordado anteriormente, as constituições do pós-guerra não eram mais apenas cartas com intenções, deixando tudo a cargo do poder legiferante, mas, sim textos com normas de grandes teores axiológicos, ou seja, alto cunho valorativo, havendo inclusive uma expansão do próprio ordenamento constitucional.

Após o período liberal, vários dispositivos constitucionais tinham sua eficácia muito reduzida, e não eram utilizados por causa da falácia de que dependiam de regulamentação futura. Desta forma, para garantir sua aplicabilidade passaram a sofrer interpretações.

Estes dispositivos genéricos não eram cumpridos pelos regimes ditatoriais, portanto as garantias como os direitos sociais da saúde, educação, cultura, alimentos, etc., que o Estado se propunha a cumprir, eram apenas textos escritos, já que ausente a regulamentação eles supostamente não tinham aplicabilidade, sendo ineficazes.

Nesse instante há uma grande mudança no conceber do direito, inclusive sendo pertinente uma crítica à nomenclatura 'Carta Magna', pois como as constituições deixaram de ser apenas uma norma que principalmente limitava os

poderes do Estado, ou apenas uma carta de intenções, ou um guia que norteava o legislador, passaram a serem constituições dotadas de um forte grau de interpretabilidade feita pelo Poder Judiciário, afetando o ordenamento jurídico como um todo.

Isso ocorreu principalmente pela necessidade de superação de um Estado liberal-individualista, ou formal-burguês, pois a antiga característica liberal transmitida pela máxima "*laissez faire, laissez passer*", mostrava-se inadequada à solução de todos os problemas sociais.

Neste ínterim, ocorreu um verdadeiro mergulho em princípios que tratavam dos direitos fundamentais sociais, princípios estes que por diversas vezes são equivocadamente interpretados pelo órgão julgante.

Portanto, ao mencionarmos "Carta Magna" para definirmos as constituições atuais, comete-se um erro, ao menos técnico, pois hodiernamente as constituições são normas muito mais complexas do que uma carta de intenções ou apenas um limitador para o poder Estatal.

Como as constituições passaram a conter normas com uma indeterminação semântica maior, sendo elas recheadas de princípios, o Poder Judiciário, no anseio de distribuir justiça e aplicar a constituição nos casos concretos, acabou criando determinadas técnicas de hermenêutica constitucional, como por exemplo, a utilização da ponderação e proporcionalidade.

Porém, apesar de boas as intenções dos juízes e tribunais, essa proporcionalidade aplicada no caso concreto levou a uma crise jurídica, gerando uma insegurança nas decisões, pois se tornou possível que cada juiz julgasse completamente diferente casos aparentemente iguais, e justificassem suas decisões com fundamentos amplos e vagos.

Visando legitimar essas decisões, surgiram as teorias da argumentação jurídica, incorporando ao direito considerações de natureza moral, que eram de certa forma combatida pelo positivismo clássico, ou seja, nesse contexto o (neo)constitucionalismo, se demonstrava como uma superação do positivismo clássico, exegético.

Neste momento, conforme as constituições atuais se tornavam verdadeiros postulados axiológicos, havia uma efetiva penetração da moral na

ciência jurídica, demonstrando realmente ser uma "saída" para os problemas que o positivismo clássico não conseguia superar.

Houve uma enorme expansão do Poder Judiciário, onde questões que antigamente eram decididas ou solucionadas de formas mais concretas com base em preceitos legislativos, passaram a ser decididas por magistrados mais atuantes de forma um pouco abstrata, fugindo inclusive da lógica inerente a esse poder, a inércia, surgindo fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização da política.

Ressalta-se que ativismo e judicialização da política são fenômenos distintos, podendo haver uma relação de implicação, ou seja, onde existe judicialização pode existir ativismo. Porém, não há uma necessária conexão entre eles.

A judicialização é um fenômeno inerente a questões sociológicas e políticas que o Poder Judiciário não tem controle algum sobre elas.

Como bem ressaltado por Rafael Tomaz de Oliveira (2012, s. p.):

Ora, a judicialização da política representa um conjunto de coisas sob as quais o Judiciário, simplesmente, não possui. São fatores preexistentes em relação à sua atividade e atuação. São, na verdade, razões de ordem político-sociais que podem ser pensadas de diversas maneiras. A aglutinação cada vez maior de matérias judicializadas, deve-se, por exemplo, ao aumento da litigiosidade e de uma peculiaridade que pode ser observada, em maior ou menor medida, nos mais diversos países, das mais diversas origens.

Este fenômeno decorre basicamente de dois fatores, o primeiro seria um imaginário comum que vê no poder judicante um órgão do Estado menos susceptível a corrupção ou jogadas políticas, se comparado com o Poder Executivo ou o Legislativo. Já o segundo fator resulta da expansão do texto constitucional na efetivação de mais direitos, ou seja, na medida em que existem mais direitos, como consequência lógica aumenta-se consideravelmente o número de demandas⁷.

O ativismo por sua vez é algo necessariamente ligado ao Judiciário, mais especificamente é um problema decorrente da interpretação do direito constitucional, um problema hermenêutico.

⁷ Para aprofundar no tema Lenio Streck - Verdade e Consenso. Aumento da dimensão hermenêutica.

Conforme leciona Rafael Tomaz de Oliveira (2012, s. p.):

Já o ativismo possui uma raiz completamente diversa. Este, sim, liga-se a um desejo do órgão judicante com relação à possibilidade de alteração dos contextos político-sociais. Pode ser conservador ou progressista. No final, o resultado é o mesmo: o Judiciário agindo por motivos de convicção e crença pessoal do magistrado, e não em face da moralidade instituidora da comunidade política.

O ativismo, portanto, está ligado a um ato de vontade do órgão judicante em estabelecer algum tipo de transformação social, uma alteração dos contextos político-sociais.

Isso gera um grande problema inclusive com reflexos antidemocráticos, pois surge uma grande interferência do Poder Judiciário nos outros poderes, já que ele estaria exercendo uma função inerente ao Poder Legislativo ao "criar novas leis".

Decorrente disso, o (neo)constitucionalismo é altamente criticado pela crescente expansão do Poder Judiciário frente aos outros Poderes, havendo inclusive um questionamento antidemocrático, dada a liberdade extrema conferida a esse poder.

Além disso, há a interessante e perigosa preferência por princípios, gerando um Estado Principiológico ou o pamprincipiologismo⁸, onde as regras perderam, de certa forma, seu valor e os princípios se tornaram normas justificadoras para qualquer problema.

O (neo)constitucionalismo, principalmente no cenário jurídico brasileiro, um país de modernidade tardia, deve ser encarado com grande ressalva, dada suas peculiaridades, em especial essa preferência exagerada por princípios e ponderação em detrimento de regra - se é que é possível afirmar que existe essa cisão, princípios/regras.

Por fim, mas não esgotando as críticas, outro fenômeno decorrente desse instituto seria a constitucionalização de todos os meios do direito, inclusive da vida privada.

⁸ Dominação dada por Lenio Luiz Streck.

Quanto a esse problema, obviamente que a aplicação da constituição para efetivar direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos é bem vinda.

No entanto, da forma como tem sido feita, acabamos por banalizar essa aplicação.

Evidentemente que com a constitucionalização há um reflexo lógico no problema da suposta abertura semântica dos princípios, já que com a aplicação dos direitos fundamentais em decisões emanadas pelo poder judiciário, órgão estatal que dá a última palavra sobre a interpretação desses preceitos legais, voltaríamos ao problema já explanado sobre o ativismo decisionista e a judicialização da política.

Atentando à excessiva vinculação da constituição nas relações privadas, é possível chegar a absurdos extremos, como ressalta Daniel Sarmento (2012, s. p.) em seu brilhante artigo:

[...] o reconhecimento da vinculação dos particulares à Constituição suscita um risco que não pode ser ignorado: o de imposição às pessoas, supostamente em nome de valores constitucionais, de comportamentos e estilos de vida que elas próprias rejeitam, em detrimento da sua liberdade existencial. Para dar um exemplo bem tosco, seria terrível se o Direito, em nome do princípio da solidariedade social, pudesse impor às pessoas que demonstrassem afetos e sentimentos que elas não possuem genuinamente. Ou se, em nome da isonomia, pretendesse interferir nas escolhas subjetivas e emocionais que os indivíduos fazem nas suas vidas privadas. A constitucionalização, neste sentido, poderia converter-se num pretexto para o exercício de um paternalismo anti-liberal, em que as pessoas seriam forçadas a conformarem-se às expectativas sociais forjadas a partir de pautas de ação “politicamente corretas”, com apoio na Constituição.

O exemplo dado pelo doutrinador é definido por ele mesmo como tosco, no entanto, ao analisarmos recentes julgados⁹ vemos que não parece um exemplo tão fora da realidade.

Afinal, como forma de ilustrar, mas sem adentrar no mérito da questão, alguns tribunais superiores já decidiram inúmeras vezes sobre a responsabilidade civil com o dever de indenizar em casos de abandono afetivo, que apesar de vozes contrárias e posicionamentos românticos, não passa de uma constitucionalização de valores morais presentes na constituição impostos aos cidadãos por ela afetados.

⁹ REsp nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

Visando legitimar a constitucionalização do direito argumenta Sarmento (2012, s. p.):

Pode-se reconhecer a legitimidade da constitucionalização do Direito, mas numa medida em que não sacrifique em excesso à liberdade de conformação que, numa democracia, deve caber ao legislador para realizar opções políticas em nome do povo. Pode-se, da mesma forma, afirmar a incidência direta da Constituição nas relações privadas, mas sem invadir a esfera das opções existenciais da pessoa – que, de resto, é protegida pela própria Constituição das ingerências perfeccionistas do Estado e da sociedade.

Por fim, como ressaltado, vemos que a constitucionalização do direito possui ideal excelente e cheio de boas intenções, mas, justificar essa constitucionalização sem uma limitação que a própria constituição prevê, não parece ser racional, tampouco constitucional.

Então, depois de analisado os principais aspectos sobre o (neo)constitucionalismo, importante adentrar numa seara filosófica, não só para estruturar o trabalho, mas também para atribuir certa densidade aos argumentos apresentados nesta pesquisa.

3 PRINCIPAIS PARADIGMAS QUE NORTE(ARAM)IAM O PENSAMENTO JURÍDICO NO MUNDO

Toda explanação realizada no capítulo anterior sobre o fenômeno denominado de (neo)constitucionalismo, que como já abordado, desde sua nomenclatura até suas consequências aparentam estar repletas de equívocos, por se tratar de um fenômeno jurídico, é indispensável neste momento, o estudo sobre os paradigmas filosóficos e científicos que pautaram a ciência jurídica ao longo da história, quais sejam, o jusnaturalismo e o juspositivismo.

Mostra-se de extrema importância a explanação histórica, não somente pela cientificidade que um trabalho monográfico exige, mas, também, porque através de uma análise temporal e filosófica se estabelece um forte alicerce para o futuro tratamento sobre o mote da pesquisa, os princípios.

Sem embargo, é necessário primeiramente estabelecer algumas premissas, inclusive de ordem semântica, ou seja, a um, optou-se por denominar Juspositivismo e Jusnaturalismo compreendido em seu sentido amplo, referindo-se aos pensamentos que nortearam a ciência jurídica ao longo da história e não como uma referência a esta ou aquela escola específica decorrente desses pensamentos, a dois, embora as expressões 'Direito natural' e 'Jusnaturalismo', bem como 'Direito Positivo' e 'Juspositivismo', estejam umbilicalmente ligadas, estas não se confundem, pois umas (Juspositivismo e Jusnaturalismo) são meros aportes teóricos de entendimento da ciência jurídica, diferente das outras (Direito natural e Direito Positivo).

Portanto, para esclarecer, ao menos superficialmente, a expressão Jusnaturalismo, já que posteriormente abordar-se-á o tema com maior profundidade, Rodrigo Duarte Gigante (2010, p. 16) em seu trabalho monográfico destaca:

[...] tem-se, que, para o jusnaturalista, existem duas diferentes espécies de direito, a saber: o direito natural e o direito positivo. O jusnaturalismo, é, pois, dualista. E é essa, justamente, a ideia prevalecente desde os primórdios da civilização ocidental até a completa formação dos Estados de Direito, contemporaneamente instituídos.

Complementando o raciocínio traçado, o juspositivismo, ao contrário, é monista. Afinal, como leciona Norberto Bobbio (2006, p. 26):

Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo "positivo" ao termo "direito" torna-se um pleonasmo mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.

Pois bem, estabelecidas as premissas que nortearão o presente capítulo, passa-se ao estudo dos supramencionados paradigmas.

3.1 Jusnaturalismo

O modelo Jusnaturalista, ao contrário do que muitos pensam, predominou na cultura ocidental, perdendo espaço principalmente com a chegada do Positivismo Jurídico em meados do século XIX.

Talvez a primeira manifestação que tenha se atentado para o paradigma jusnaturalista ocorreu na peça teatral Antígona - Sófocles -, onde a protagonista invoca leis divinas como argumento para superar a obediência da ordem real.

Posteriormente com Sócrates, Platão, enfim, a filosofia grega em geral desenvolveu com maior propriedade essa primazia do direito natural sobre o direito positivo.

A mesma noção prosseguiu até o Império Romano, quando após da queda de Constantinopla, marco inicial da Idade Média, passou a ser complementada com os ideais cristãos, por meio das obras de Santo Agostinho e, posteriormente, São Tomás de Aquino.

Segundo o pensamento destes filósofos o Direito Natural é a "lei eterna", produzida por Deus e colocada no coração dos homens. Assim, conforme a visão dualista já considerada acima, a Igreja sempre preponderaria sobre o Estado, este como fonte do Direito Positivo, aquela como representante e guardiã da "lei eterna".

A partir do Renascentismo, o Jusnaturalismo passa a ser visto por meio de paradigma diverso de outrora. Desta vez, o Direito Natural é buscado como inerente à essência, à natureza das coisas. Isso se dá pela valorização extrema das ciências exatas, como a matemática e a física, àquela época, revolucionárias.

Deste modo, acreditava-se em "partículas de Direito Natural", como se fossem palpáveis ou, ao menos, comprovadas pela mesma metodologia das ciências acima.

Muito embora esse pensamento tenha sido mitigado posteriormente, o que importa ressaltar no presente trabalho são duas marcas indeléveis desta corrente: uma é a ideia de imutabilidade e universalidade presente no Jusnaturalismo, ideia essa que é considerada, na maioria das vezes, anterior à própria razão humana; a outra é a ligação simbiótica que o Direito Natural sempre teve, e sempre terá, com a moral, esta tida como a consciência individual do que é bom, correto, ou, como é de praxe dizer, justo.

Como características preponderantes do paradigma Jusnaturalista, ensina Orlando Luiz Zanon Junior (2013, p. 35):

A característica mais marcante de tal Paradigma da Ciência do Direito consiste em afirmar a existência de uma ordem jurídica universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelo Estado, a qual decorreria da própria natureza humana e seria aferível somente pela boa razão. Nesta linha de raciocínio, o Direito natural seria anterior e hierarquicamente mais elevado do que a legislação, cabendo apenas ser racionalmente reconhecido e incorporado ao sistema positivo para fins sancionatórios.

Assim, a corrente jusnaturalista defende a tese de que há um direito natural anterior e superior ao homem, portanto, acima das leis criadas por este. Nesse direito natural, os principais pressupostos são os valores do ser humano, que deve sempre ir à busca de um ideal de justiça.

Em termos práticos no jusnaturalismo há duas espécies de normas, aquela de viés universal, e a outra, de cunho positivo, sendo que a última é fortemente influenciada pelo local, cultura e história.

Nasce aqui um grande problema, pois, se há normas universais superiores às estatais, cabe ao órgão judicante, aplicador do Direito, reconhecer tal superioridade em face daquelas instituídas pelos governantes.

Desta forma, a principal crítica seria a dificuldade de se estabelecer quais são esses direitos ditos superiores com base apenas em valores, e mais, como que o órgão judicante conseguiria fundamentar suas decisões ante a imprecisão axiológica, evidenciando um estado de insegurança jurídica. Isto porque esse ideal de justiça com normas superiores do direito natural só seria possível se a ciência jurídica fosse uma ciência exata, ou então esses ideais fossem positivados o que, obviamente, fugiria a lógica do jusnaturalismo, pois passaríamos ao polo contrário do pensamento, ou seja, adentraríamos na corrente juspositivista.

Sobre essa dificuldade de acreditar em direito unicamente como aquilo que é justo, leciona Bobbio (1993, p. 32-33):

A una sola condizione potremmo accettare di riconoscere come diritto unicamente quello che è giusto: ala condizione che la giustizia fosse una verità evidente o per lo meno dimostrabile come una verità matematica, e pertanto nessun uomo potesse avere dei dubbi su ciò che è giusto o ingiusto.¹⁰

Ante essa dificuldade de superar tal crítica, historicamente ficou demonstrado que os direitos naturais não são superiores e dependem de positivação, pois, para que haja eficácia, é fundamental o reconhecimento pelo ordenamento positivo, evidenciando o fracasso de referido pensamento.

Outrossim, devido a outros problemas e argumentos que a corrente já não conseguia mais rebater, juntamente com o movimento da codificação que se iniciou na França, o juspositivismo foi engolido pela enorme ampliação do Direito "posto" pelos governantes, principalmente sob o argumento de maior segurança e

¹⁰ Somente com uma condição concordamos em reconhecer o direito apenas com o que é justo: desde que a justiça humana seja uma verdade evidente, ou matemática, pelo menos demonstráveis como verdade humana, e, portanto, nenhum homem poderia ter dúvidas sobre o que é certo ou errado. (Tradução livre).

previsibilidade dos atos estatais, especialmente dos atos emanados pelos juízes, conforme afirma Bobbio (2006, p. 40):

A subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme à lei.

Nesse ínterim, com o caminho aberto para novos pensamentos, principalmente de cunho juspositivista, diversos pensadores que apostavam na segurança jurídica, na previsibilidade dos atos estatais, bem como no que seria lícito ou ilícito nas ações praticadas pelos cidadãos o juspositivismo ganhou grande força, como descreve Zanon Junior (2013, p. 37):

Nesse cenário de crise paradigmática, a teoria decorrente dos estudos de, principalmente, Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen e Herbert Lionel Adolphus Hart, lastrada na prevalência ou unicidade da Regra positiva como padrão de julgamento, aplicável mediante subsunção, assumiu o status de matriz disciplinar preponderante, haja vista que superava as principais anomalias da rede lógica anterior, que eram justamente a baixa previsibilidade da conduta aceitável pela Norma e a reduzida sindicabilidade das decisões jurisdicionais.

Posto isto, nota-se que o paradigma juspositivista desenvolvido principalmente pelos filósofos supracitados, foi predominando nas atividades acadêmicas e no âmbito jurídico, tendo como seu aspecto mais marcante a tentativa de desvinculação entre Direito e Moral, além de apostas na formação de um ordenamento jurídico exclusivamente, ou, com grande prevalência de normas positivadas, e, por fim, a aplicação do direito através da subsunção.

Estas características marcantes do pensamento juspositivista deixavam claro que visavam superar o pensamento "livre" pregado pela corrente jusnaturalista, então, visavam assegurar esse vínculo de subsunção ao direito posto, evitando desta forma grandes divagações axiológicas, retóricas e subjetivistas.

3.2 Juspositivismo

Após a breve explanação sobre o paradigma do jusnaturalismo, passa-se à análise do juspositivismo, onde serão abordadas as principais características desse pensamento para posteriormente traçar um paralelo entre as duas correntes mais marcantes do universo jurídico.

Vale lembrar, entretanto, que o nosso sistema tem como supedâneo o modelo disciplinar juspositivista, desenvolvido principalmente por três renomados autores, Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus Hart e Norberto Bobbio.

Como já mencionado o paradigma juspositivista em relação ao jusnaturalista é abordado como pensamentos opostos, como bem ressalta Roberto Lyra Filho (2006, p. 28-29):

Vimos que as duas palavras-chaves, definidoras do positivismo e do iusnaturalismo, são, para o primeiro, ordem, e, para o segundo, Justiça. Isto se esclarece bem nas duas proposições latinas que simbolizam o dilema (aparentemente insolúvel) entre ambas as posições: *iustum quia iussum* (justo, porque ordenado), que define o positivismo, enquanto este não vê maneira de inserir, *na sua teoria do Direito*, a crítica à injustiça das normas, limitando-se ou a proclamar que estas contêm toda justiça possível ou dizer que o problema da injustiça "não é jurídico"; e *iussum quia iustum* (ordenado porque justo), que representa o iusnaturalismo, para o qual as normas devem obediência a algum padrão superior, sob pena de não serem corretamente jurídicas. Este padrão tende, por sua vez, a apresentar-se, já dissemos, como fixo, inalterável e superior a toda legislação, mesmo quando se fala num "direito natural de conteúdo variável".

O juspositivismo, portanto, se contrapõe ao pensamento anteriormente elencado, qual seja, o paradigma do jusnaturalismo, já que aqui se procura estabelecer a predominância da legislação positiva em relação às demais fontes do direito, portanto, prepondera as leis em detrimento das normas universais e naturais pregadas pelo jusnaturalismo.

Desta forma, para o juspositivismo só é direito aquilo que está previsto, positivado no ordenamento jurídico estatal, assim, aquilo que não estiver, não é direito, ou seja, o direito decorre da vontade única e exclusiva do homem, e passa a existir a partir de sua positivação.

Para essa corrente, o direito é monista, não segue a lógica do juspositivismo que sustenta a existência do direito natural e do positivo, ao contrário, para o juspositivismo há apenas o direito positivo, aquele produzido pelo Estado, já que este goza do monopólio legislativo.

Há cinco características gerais que predominam o pensamento juspositivista, sendo elas: a separação entre Direito e Moral; a formação de um ordenamento jurídico exclusivamente positivo; a hierarquia das regras em um sistema escalonado; a aplicação do direito mediante subsunção, e por fim, a emblemática questão da discricionariedade judicial.

A separação entre o direito e a moral se dá pelo fato do juspositivismo encarar o direito como uma ciência exata, assim, tem como característica a *avaliatividade*, pois o direito compreende a apreciação de fatos sociais dos quais se formam julgamentos se este é válido ou inválido, enquanto a moral, de outro lado se mostra com julgamentos valorativos, de certo ou errado, justo ou injusto, características que fogem ao propósito juspositivista.

Conforme explica Bobbio (2006, p. 135):

A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente *objetivo* da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre *subjetivos* (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade.

Pelo fato do juspositivismo encarar o direito apenas como aquele composto de normas postas, as influências valorativas de cunho moral, pode até influenciar o legislador, mas nunca será suficiente para superar uma norma posta.

No tocante à hierarquização do ordenamento jurídico o pensamento juspositivista se mostra como um conjunto de regras escalonadas em degraus hierárquicos que se apresenta em forma de uma pirâmide.

Assim, a corrente juspositivista sofreu grande influência exercida pelo pensamento teórico elaborado pelo austríaco Hans Kelsen (1998, p. 247), que desenvolveu uma teoria do ordenamento jurídico:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas do 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 a 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.

É até interessante notar que aqui a norma hipotética não é positivada, embora muitos caiam na falácia de equipará-la às Constituições contemporâneas, a norma hipotética fundamental (*Grundnorm*) é entendida como a motivação, o ideal da sociedade quando da formulação do Estado.

Do outro lado da pirâmide, temos que quando o aplicador da lei julga, ele também cria uma norma, só que esta concreta, não abstrata e, se corretamente subsumida, válida.

É por isso que se qualquer pessoa prende outra num recinto, sem a autorização desta, ela comete um ilícito (cárcere privado). Porém, quando o policial efetua um mandado de prisão ele não comete o mesmo crime, porque uma norma anterior valida a sua atitude.

Percebe-se então que o juspositivismo atingiu seu ápice com o pensamento Kelseniano de regras hierarquicamente escalonadas e formalmente fixadas pelos governantes, deixando ao aplicador do direito efetuar a subsunção das respostas já pré-fixadas (lei) para solução dos casos concretos.

Neste ponto, destaca-se a característica do critério de aplicação da lei por técnica subsuntiva, ou seja, faz-se uma análise do caso procurando no ordenamento uma resposta já estabelecida pela lei, cabendo ao juiz efetuar a interpretação e aplicação do ordenamento aos casos concretos.

Há, desta forma, uma cisão entre questões de fato e questões de direito, já que o magistrado deve conhecer o direito (posto) em sua plenitude para encontrar a solução dos problemas fáticos.

Por fim, a última característica do paradigma juspositivista, e talvez a mais polêmica, é admitir a discricionariedade do juiz quando na interpretação do direito procura reproduzir qual seria a regra mais adequada para solução do caso.

Porém, dois problemas surgem, um, a ambiguidade do texto normativo e dois, as lacunas, os buracos normativos que o parlamento não pode prever, permitindo então a adoção de soluções completamente diversas para casos semelhantes ou iguais.

Assim, o ideal juspositivista pautado na segurança jurídica e previsibilidade das ações acaba sendo enfraquecido, já que uma situação concreta pode ter soluções completamente opostas gerando uma verdadeira insegurança jurídica.

Tratando-se de lacunas normativas especificamente, o sistema busca alternativas para sua integração e completude, valendo-se da analogia, os princípios gerais do direito - cunho eminentemente jusnaturalista - e os costumes, ou seja, a disciplina juspositivista não consegue assegurar a almejada segurança jurídica, permitindo uma ampla margem de manobra ao juiz interprete. Em outras palavras, sua objetividade extremada, trazida pela influência das ciências exatas, acaba sendo seu maior ponto fraco e atrai o que mais repudia, o subjetivismo.

Resumidamente o juspositivismo é caracterizado principalmente pela separação entre direito e moral, pela prevalência de um ordenamento jurídico de regras positivadas e escalonadas hierarquicamente, a aplicação do direito através da técnica da subsunção e a tolerância e confiabilidade na discricionariedade do magistrado para solução dos problemas fáticos.

3.3 Paralelo entre os dois paradigmas de pensamento

Após o breve panorama discorrido é possível estabelecer algumas das principais diferenças existentes entre a corrente jusnaturalista e a juspositivista.

O jusnaturalismo acredita na possibilidade e existência de leis universais e superiores, nos valores morais como ideal de justiça, no direito como produto de ideias (metafísica) em harmonia com o direito posto, ou seja, dualista, pois, coexistem normas universais e normas elaboradas pelo homem no parlamento.

Já a doutrina juspositivista aposta apenas nas leis elaboradas pelos governantes, através de critérios preestabelecidos (empírico-cultural) tendo como pressuposto principal o próprio ordenamento positivo, é, portanto, monista, já que abarca a existência somente da lei posta, admitindo, no entanto, a aplicação de analogia, costumes e princípios gerais nos "casos difíceis" (*hard cases*) visando à completeza do sistema, mas nunca a decadência da lei.

Quanto aos casos difíceis, importante ressaltar que estes não existem, pois o que torna algo difícil ou não é a bagagem de conhecimento do intérprete, contudo, referida análise filosófica será feita em momento oportuno.

Ao se traçar um paralelo e esclarecendo as benesses alcançadas pelo juspositivismo em face do jusnaturalismo, Orlando Luiz Zanon Junior aduz (2013, p. 70-71):

[...] apesar das deficiências verificadas nestes aspectos, tal corrente do pensamento jurídico efetivamente representou uma vantagem significativa em face da matriz teórica do Jusnaturalismo, anteriormente vigente, especificamente nos pontos em que, primeiro, fixou a natureza social e artificial das Fontes Jurídicas, e, segundo, ampliou significativamente o grau de certeza quanto à previsibilidade da adequação das condutas ao Direito, mediante a vinculação do intérprete aos Textos Normativos.

Enfim, evitando-se maiores divagações é fácil perceber que uma corrente se mostra como oposta a outra, evidenciando a dialeticidade existente entre elas, devendo então, em sede de evolução da própria ciência forense que se busque a superação do modelo juspositivista clássico, sem, contudo, implicar em um retrocesso ao padrão jusnaturalista.

3.4 Ainda o juspositivismo, história e considerações finais

Como esclarecido no início do capítulo, e após a leitura dos tópicos acima, ficou clara a opção pela abordagem ampla, mas não superficial, com relação aos paradigmas filosóficos norteadores da ciência jurídica.

Entretanto, especialmente em relação ao juspositivismo restam algumas considerações a serem explanadas, ou o trabalho poderia ser afetado por omissões que fugiriam a lógica da pesquisa monográfica, ou até mesmo do conteúdo que se estuda, comprometendo a compreensão do que fora inicialmente proposto.

O paradigma juspositivista por ser o modelo de teoria do direito utilizado como superação ou evolução do jusnaturalismo, ou seja, por ter prevalecido sobre este, em especial por garantir maior previsibilidade e segurança jurídica, bem como por ser mais recente historicamente, foi o padrão preponderante que ditou as pesquisas desde meados do século XIX até os dias atuais.

Todavia, apesar do avanço das pesquisas, da globalização e da era da informação, onde as teses e trabalhos se propagam e atingem um público incontável, ainda hoje, há grandes confusões acerca do paradigma juspositivista, sendo frequentemente alvo de severas e equivocadas críticas aos seus principais pontos.

Destaca-se que modelo juspositivista não deve ser encarado como um problema ou um mau a ser superado, pois, até mesmo muitas das teses pós-positivistas, que se dizem contrárias ao paradigma, são na verdade uma versão do próprio positivismo. O que não é de todo mau, uma vez que, quanto mais críticas e argumentos são direcionados a determinado tema há um aprimoramento do conhecimento científico, o que colabora para a evolução da ciência jurídica e da própria sociedade.

Como ressaltado, inobstante a expansão científica sobre o positivismo, ainda se tem enraizado no senso comum teórico, especialmente no Brasil, que ser um positivista é algo ruim, ou desumano, pois o jurista se apega apenas na "letra fria da lei" e, assim, é impedido de promover os "valores" sociais.

No entanto, como leciona Orlando Luiz Zanon Júnior, tratando-se de Juspositivismo é exatamente o oposto (2013, p 49):

É preciso reiterar que o Paradigma do Positivismo Jurídico foi desenvolvido justamente em razão da crise paradigmática do anterior modelo do Jusnaturalismo, orientando-se em uma vinculação dedutiva da autoridade à lei superior (subsunção) num esforço para afastar as incertezas e inseguranças decorrentes do uso ilimitado de uma suposta razão superior,

lastrada em alegados valores morais absolutos e inquestionáveis, ficticiamente válidos e eficazes em todo tempo e lugar.

Pois bem, ainda em relação às críticas errôneas destinadas ao positivismo, evidenciando que ainda não se conseguiu construir alicerces para um entendimento do que é realmente o positivismo, há uma verdadeira confusão de conceitos e de vertentes positivistas, já que ainda se costuma abordar o positivismo nos moldes do exegetismo.

Exemplifica-se tal equivoco com a velha falácia de que o juiz "boca da lei" deveria ser extinto, cedendo espaço ao juiz crítico que "supera a lei", valendo-se inclusive de "princípios" para tal superação, princípios estes que demonstrariam os "valores" da sociedade. Assim, são cada vez mais comuns as criações de normas abertas, de cláusulas gerais, que apenas afirmam axiomas, sem qualquer lastro fático.

Atento a essa confusão, Lenio Luiz Streck (2012, p. 83) levanta a seguinte questão: "Desde quando obedecer a uma lei nos seus mínimos detalhes é 'ser um positivista'?" e esclarece que:

Na verdade, confundem-se conceitos. Vejamos: positivismo exegetico (que era a forma do positivismo primitivo) é uma coisa distinta, porque separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença - ainda presente no imaginário dos juristas - em torno da *proibição de interpretar*, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período da pós-revolução francesa e todas as consequências que dali se surgiram.

Isto é, no auge da explosão científica e do empirismo, onde o conhecimento era válido a partir das experiências sensoriais, o positivismo precisava de ferramentas para justificar determinada interpretação da realidade através de algum experimento e, essas ferramentas foram encontradas no que era produzido nos parlamentos, as leis, em especial os Códigos.

Contudo, esse fenômeno da codificação teve diferentes vertentes variando conforme a tradição jurídica do local, como leciona Streck (2012, p. 84):

É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas, na medida em que se olha esse fenômeno em determinada tradição jurídica como por exemplo, podemos nos referir: ao positivismo inglês, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, onde predomina um exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado formalismo conceitual que está na raiz da chamada "Jurisprudência dos Conceitos".

Acompanhando o movimento da codificação e após perceber que os códigos não poderiam cobrir toda a realidade é que surgiu a Escola da Exegese na França, que basicamente se limitava ao estudo dos signos linguísticos que compunham os códigos e, a Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha que, também resumidamente, apostavam nos conceitos como o da analogia, e princípios gerais do direito, tendo como seus principais representantes Rudolf von Ihering, Friedrich Carl von Savigny e Georg Friedrich Puchta.

Nota-se que tudo até então circundava o campo da sintaxe, mas com os estudos de Hans Kelsen foi possível perceber que o problema deveria ser analisado na seara da semântica, ou seja, a grande dificuldade ainda estava na interpretação e nos problemas da linguagem.

Hans Kelsen através de seus estudos, e com a publicação de importantíssimas obras, como: Teoria Pura do Direito, Teoria Geral do Direito e dos Estados e Teoria Geral das Normas, revolucionou e superou por completo o positivismo exegetico que não deve ser confundido com o positivismo atual, mas que ainda insiste em nos assombrar.

Com relação aos estudos de Kelsen, em especial quanto ao "purismo" do positivismo, cumpre esclarecer que se refere a não interferência de fenômenos externos no Direito, sejam estes fenômenos naturais, ideológicos, morais, políticos, econômicos, enfim, elementos decorrentes de qualquer outro ramo do conhecimento deveriam ser expurgados do Direito.

Kelsen (1998, p. XI) ao prefaciá-la primeira edição de Teoria Pura do Direito elimina qualquer dúvida quanto ao "purismo" de sua teoria:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto.

Posteriormente, em seu primeiro capítulo esclarece (1998, p.1):

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

Entretanto, equivocadamente ainda hoje se pensa que nos termos de Kelsen o magistrado deve fazer uma interpretação "pura da lei".

Há de se ressaltar que se hipoteticamente referido conceito de interpretação pura da lei não estivesse equivocado, esta interpretação pura guardaria uma relação direta com a interpretação literal da lei, e como disseminado, desta interpretação o jurista deveria se afastar.

Todavia, quando se trata de linguagem temos o problema da polissemia das palavras, o que leva a outra questão, qual seja, a escolha do significado que o interprete realiza, obviamente optando pelo que mais lhe agrada e assim, argumenta Streck (2013, p. 35):

Se as palavras são polissêmicas; se não há possibilidade de cobrir completamente o sentido das afirmações contidas em um texto, quando é que se pode dizer que estamos diante de uma interpretação literal? A literalidade, portanto, é muito mais uma questão da compreensão da inserção do intérprete no mundo do que uma característica, por assim dizer, natural dos textos jurídicos.

Posto isto, evidente que não estamos mais, nessa quadra da história, tratando da postura científica do positivismo exegético, descobertas como "letra fria da lei", "interpretação pura da lei", "juiz boca da lei", enfim, não passam de argumentos muitas vezes inócuos, ou que há muito foram superados.

Assim, esclarecidos alguns pontos importantes que não poderiam ser deixados de lado para continuidade do estudo, bem como encerrado definitivamente a falsa ideia de que juspositivismo guarda relação única e exclusiva com o positivismo exegético, passaremos a análise da hermenêutica, desde sua origem clássica até chegar aos dias atuais, sem, contudo, esgotar suas diversas escolas e posicionamentos, mas, alcançando o ápice do trabalho, demonstrando que argumentos ineficazes ou princípios retóricos não podem ter o condão de afastar o conteúdo da lei.

4 HERMENÊUTICA GERAL E MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

Levando em consideração as afirmações feitas no capítulo anterior, principalmente com relação à interpretação e à linguagem, cabe, neste momento, uma abordagem sobre a hermenêutica, mas não especificamente sobre a hermenêutica do direito (jurídica), justificando, portanto, a expressão 'hermenêutica geral' inserida no título do capítulo.

A hermenêutica, interpretação dos textos e dos signos linguísticos, sempre foi um tema que despertou interesses em todas as civilizações, obviamente que muito antes do fenômeno do pamprincipiologismo abordado neste trabalho.

Como forma de solucionar as diversas questões inerentes à linguagem e sua interpretação surgiram diversas escolas e teses hermenêuticas que buscavam justificar e criar um alicerce teórico com subsídios para o intérprete alcançar o "real" significado dos textos, valendo-se do melhor método de interpretação.

Entretanto, há um grande problema para classificar e escolher qual seria o melhor, ou o mais útil método hermenêutico, porque, apesar de a grande maioria dos mecanismos criados - seja pela doutrina hermenêutica clássica ou contemporânea - adotarem um sistema de regras e critérios, sejam eles subjetivos ou objetivos, estes se tornam insuficientes para afastar principalmente o subjetivismo do intérprete que, muitas vezes esconde suas reais intenções sob a falácia da imparcialidade ou da instrumentalidade.

Desta forma, ao analisarmos as escolas hermenêuticas de uma maneira geral, sejam aquelas que lidam com critérios de interpretação puramente instrumentais ou aquelas que lidam com características mais filosóficas e ideológicas, notamos que ambas surgem de acordo com o momento histórico de sua época e de determinado contexto social.

Assim, destinar-se-á este capítulo ao estudo exclusivo da hermenêutica, desde a origem da palavra, advinda da mitologia grega, até a análise de algumas das mais importantes escolas hermenêuticas ao longo da história.

4.1 O que é hermenêutica?

Sobre a origem da palavra hermenêutica, Marcelo Mazotti (2009, p. 1) aduz que:

As raízes da palavra hermenêutica provêm do verbo grego *hermeneuein* e do substantivo *hermeneia*, ambas relacionadas com o mito do deus grego Hermes (Mercúrio na tradição romana). De acordo com a mitologia, Hermes era o filho de Zeus incumbido de levar a mensagem dos deuses do Olimpo aos homens, utilizando-se de suas velozes asas para execução de tal tarefa.

A mitologia grega teve grande influência no pensamento ocidental, com mitos simbólicos como este que revela a semântica originária da palavra que estudamos - hermenêutica.

Contudo, mostrar apenas a origem da palavra e explicar sobre a mitologia, que consistia na tarefa de Hermes explicar aos humanos as mensagens dos deuses, não se mostra suficiente para solução da problemática inerente ao tema, qual seja, o grau de subjetividade do intérprete.

Como bem ressalta Fernando Viera Luiz (2013, p. 17):

Vale lembrar que Hermes também era conhecido pela sua capacidade de enganar, dissimular e se ocultar. Portanto, ao mesmo tempo em que se coloca como tradutor da língua dos deuses, ele pode subverter o próprio recado divino. Dizendo em outras palavras, não se pode afirmar até quando a humanidade teve acesso às mensagens ou simplesmente soube de algo criado exclusivamente por Hermes.

Exatamente neste ponto se percebe a subjetividade do receptor, que não consegue captar a mensagem do emissor e retransmiti-la sem se livrar das amarras de suas experiências e acaba por colocar suas concepções, vivências e preconceitos.

Surge um problema, principalmente em relação aos seres solipsistas da modernidade, que em uma arrogância extrema de donos dos significados, transmitem a mensagem que lhes convém, já que não existem freios para sua subjetividade, ao revés, já que atualmente, por exemplo, a práxis forense brasileira aposta nessa honestidade e boa intenção do hermenêuta judicante, conferindo-lhe cada vez mais poderes e condições de legitimação do seu pensamento, de sua convicção.

Nasce a celeuma central da hermenêutica contemporânea, qual seja, a criação de limites, freios e controle epistemológico e democrático à atividade interpretativa, sem, contudo, criar uma proibição no ato de interpretar, pois se assim o fosse, a arbitrariedade continuaria presente, sendo transferida de um polo ao outro, fugindo a lógica de um Estado Democrático de Direito que pretende se livrar das amarras subjetivistas e objetivistas.

Cabe lembrar que além da alta carga subjetiva dos interpretes, há também grande dificuldade em enfrentar as três dimensões fundamentais e estruturais que a hermenêutica alcança, ou seja, a enunciação, a explicação e a tradução, demonstrando os diversos obstáculos que devem ser superados para se evitar a arbitrariedade e o solipsismo.

Apesar de ainda existirem autores que justificam que hermenêutica seria a sistematização dos métodos de interpretação - Carlos Maximiliano (2000, p. 23), dada os inúmeros métodos já criados, hoje em dia referida doutrina não aparenta ser a mais adequada, pois, doutrinas contemporâneas com conteúdos mais filosóficos que estudam escolas hermenêutico-filosóficas destrincharam a interpretação e seus assuntos correlatos, não somente a sistematização ou hierarquização de métodos de interpretação, ou seja, demonstram estar mais ligada com a complexa sociedade contemporânea.

Pois bem, como ressaltado, a justificativa dada pela doutrina clássica sobre hermenêutica - como ciência que abarca a arte de interpretar - e sistematização dos métodos de interpretação já não se mostra mais adequada para compreensão da complexa ciência do direito, pois, para estudiosos contemporâneos, a hermenêutica seria uma exploração filosófica da compreensão.

Como bem ressaltado por Fernando Vieira Luiz (2013, p. 80) sobre essa invasão da filosofia e superação da simples sistematização de métodos interpretativos:

A evolução da invasão da filosofia pela linguagem seguiu seu rumo com o neopositivismo lógico, com Wittgenstein e com a filosofia da linguagem ordinária, além de Pierce, Saussure, entre outros. Entretanto, é na destruição heideggeriana, reformulando a questão do ser - e, com isso, firme para um novo acontecer - que, no Direito, será recepcionado pela Nova Crítica do Direito.

Desta forma, tem-se como ponto principal a superação de métodos interpretativos clássicos, a invasão da filosofia na hermenêutica, em especial, com os ensinamentos de Edmund Husserl, Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Porém, estes não foram os únicos que contribuíram para uma superação de paradigma, ou melhor, com eles houve o mais recente rompimento paradigmático se analisados ao longo da história.

Como forma de esclarecer alguns desses rompimentos paradigmáticos e algumas características das principais escolas hermenêuticas, desde seu início com a Igreja Católica Medieval até as demais desenvolvidas no período moderno, analisar-se-á, ao menos brevemente, as mais relevantes escolas hermenêuticas.

4.2 Escolas hermenêuticas

O estudo da hermenêutica é altamente complexo, marcado pelos diversos problemas ligados à linguagem como, por exemplo, a ambiguidade dos signos linguísticos. Enfim, o estudo da hermenêutica se mostra tão complexo como o estudo da ciência jurídica, sendo praticamente impossível o esgotamento do tema ou uma abordagem completa de todas as escolas hermenêuticas surgidas ao longo dos séculos.

Assim, optou-se por elencar algumas importantes escolas, iniciando com a escola bíblica, desenvolvida pela Igreja Católica Medieval, passando pela era moderna até atingir os dias atuais, pois traçar um raciocínio linear dos primórdios da filosofia e da hermenêutica levaria um tempo demasiadamente longo o que fugiria do objetivo traçado pelo trabalho.

4.2.1 Escola bíblica

De conhecimento comum que a religião exerceu, e ainda exerce grande influência no pensamento, principalmente o cristianismo no pensamento ocidental.

Então, como leciona Marcelo Mazzotti (2009, p. 19):

Os estudos de interpretação da Bíblia foram os primeiros a utilizar o termo *hermenêutica* para descrever a atividade de investigação de sentido a partir de um estudo de um texto. Não se deve olvidar, todavia, que os clássicos já haviam pensado em formas de se apreender o sentido de um discurso, mas davam a isto o nome de interpretação, e, muitas vezes, a estudavam junto com a poesia e a retórica.

A escola bíblica não foi capaz de criar um método hermenêutico específico, no sentido de técnicas e regras de interpretação, porém teve grande importância ao revelar a necessidade da criação de um método para que mensagens obscuras e de difícil compreensão fossem aclaradas, visando atingir a compreensão aos seus principais receptores, ou seja, os fiéis.

Desta forma, esta escola serviu de base para as que a sucederam, já que deixou um alerta que algo deveria ser feito, ou um método deveria ser criado para que outras obras também tivessem interpretações e compreensões corretas.

4.2.2 Escola Filológica

A escola filológica teve como ponto inicial o caminho traçado pela escola bíblica, porém superando seus preconceitos de proibição de interpretação, já que naquela não era permitido o uso de métodos para justificar os dogmas cristãos.

Conforme aduz Mazotti (2009, p. 21):

Somente com Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, filósofo alemão do final do séc. XVIII e início do XIX, a hermenêutica é concebida como um procedimento universal que visa a interpretar qualquer tipo de texto, independente da ciência a que está adstrito seu conteúdo.

Sendo assim, o estudo da filologia passou a ser o norte para os estudiosos da época, ou seja, o estudo da linguagem, dos signos linguísticos.

A semântica, a morfologia, regras gramaticais, enfim, todos os métodos puramente técnicos mostraram ser o método mais racional de encontrar o "verdadeiro" significado dos textos, ressaltando, porém, que não havia um preconceito ou um dogma específico a ser respeitado como no caso da escola bíblica.

4.2.3 Escola histórica

Por sua vez, com o desenvolvimento da escola filológica, o estudo da história em si, apresentou ser uma base sólida para atingir correlações entre os fatos e a história, viabilizando uma compreensão total dos acontecimentos.

Para os historiadores o saber não poderia ser reduzido ao estudo de momentos específicos, tampouco com uma visão geral, ou seja, deveria haver uma dialética entre o momento individual passado e o todo histórico.

Conforme leciona Marcelo Mazotti (2009, p. 24) sobre a escola histórica:

A partir de tal concepção, o estudo de um texto não pode mais ser compreendido unicamente por meio de seus vocábulos que acabam por limitar semanticamente os sentidos possíveis, nem ao menos como uma investigação psicológica da produção originária do autor. O sentido do texto deverá ser extraído por meio de sua análise metodológica com os nexos históricos mais amplos, que justificarão as razões de seu existir como tal. O texto é visto como uma parte, que deve ser lida em razão de um todo (história), dada a relação de concordância e coerência que os permeia.

A escola histórica atingiu seu ápice com o alemão Wilhem Dilthey, em meados do século XIX, início do século XX, em estudos que serviram de base para a fenomenologia moderna, mudando drasticamente o modo de interpretação e compreensão do homem nos anos posteriores.

4.2.4 Escola fenomenológica

Após a grande contribuição das escolas anteriormente estudadas, surge a fenomenologia, e como base teórica para compreensão desta escola, é imprescindível trazer à baila os questionamentos feitos pelo alemão Edmund Husserl, tido como fundador da fenomenologia, para posteriormente se adotar as lições de Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer.

Destaca-se inicialmente a grande revolução alcançada pela fenomenologia, que abandona definitivamente a hermenêutica como um método ou um aporte instrumental para interpretação, passando para um conceito de compreensão do ser.

Como ensina Marcelo Mazotti (2009, p. 30):

O que está em jogo na fenomenologia não é a busca do sentido real, originário ou essencial de algo a partir da interpretação que o sujeito faz desse algo, atribuindo-lhe sentido de forma predicativa. A investigação fenomenológica é ontológica, pois busca responder à questão do sentido do ser visto em sua própria existencialidade, não como sinônimo de realidade, de uma coisa que está no mundo empiricamente constatável. O ser (não como um ente, mas como existência) manifesta-se no mundo em que

vivemos por meio das coisas que estão aqui postas (o ar, a terra, o homem, a cadeira, etc.). Entretanto, este ser reside em uma dimensão outra que não esta nossa realidade papável, e somente pode ser alcançada por meio de uma fenomenologia que busque o ontológico.

Conclui-se que os estudos fenomenológicos não se baseiam em um método interpretativo de um determinado signo linguístico, mas sim na investigação do próprio ser, que acaba por se tornar um "compreender-se" numa fusão entre sujeito e objeto.

Sem embargo, como base da fenomenologia o principal questionamento de Husserl era o modo de como as coisas se davam no mundo, afirmando que não só as experiências que os homens realizavam poderiam lhe trazer sentidos, mas o oposto também era possível.

Nesse ponto específico do trabalho, grandes divagações filosóficas sobre as teses desenvolvidas por Husserl, Heidegger e Gadamer não se justificam, já que serão abordadas em capítulo específico, onde se fará uma análise filosófica da interpretação, não se apegando a esta ou aquela escola específica.

Assim, visando um fechamento desta análise histórica das principais escolas hermenêuticas, conclui-se que a fenomenologia se mostrou como uma escola que rompeu os paradigmas que antes eram estudados, pois com ela surgiu o *método* no sentido de filosofar, precário, temporário que não permite uma única atribuição de sentido, contrariando os *métodos* até então utilizados, sendo estes empregados no sentido de instrumentos, "fórmulas matemáticas", exatas, de modelos previamente determinados que serviriam para atingir com "certeza" o resultado pretendido, ou seja, como supostamente idealizado a "real" interpretação dos textos.

5 HERMENÊUTICA JURÍDICA E SUAS PRINCIPAIS ESCOLAS

Prosseguindo no raciocínio traçado pela pesquisa, apresentado então as origens do (neo)constitucionalismo, bem como algumas de suas consequências, feita a explanação sobre os principais paradigmas filosóficos da ciência jurídica ao longo da história, demonstrado inclusive algumas peculiaridades principalmente ligadas ao juspositivismo e depois de esclarecidos alguns pontos históricos da hermenêutica, com destaques em algumas de suas escolas, oportuno neste momento alguns comentário sobre a hermenêutica jurídica.

Evidentemente que a abordagem de tal tema não é tarefa fácil tendo em vista as inúmeras peculiaridades que as escolas hermenêuticas jurídicas apresentam, onde de um lado umas apontam regras formais de interpretação da lei, puramente instrumentais, e de outro, as escolas se utilizam de fundamentos filosóficos e ideológicos para alcançar um sentido da norma.

Referidas características podem ser usadas como exemplos para demonstrarem o quão árduo e complexo é o estudo da hermenêutica jurídica e da ciência jurídica como um todo.

A ciência jurídica é muito profunda e complexa, não somente por sua ausência de precisão, aquela inerente às ciências exatas, mas também pelo fato da sua interdisciplinaridade com os mais diversos ramos científicos, sejam eles exatos ou não, ou então pela dificuldade em encontrar determinada autonomia ante a miscigenação científica que abarca, ou seja, definitivamente pode se concluir que a ciência jurídica é altamente complexa, devendo, portanto, ser estudada como tal.

Sem embargo, um ponto específico em que sua complexidade transparece é quando se estuda a interpretação/aplicação do direito e, esta matéria tem sido objeto de estudo ao longo dos anos fazendo com que surgissem as mais diversas teorias e ideias para alcançar um significado ou o sentido dos textos jurídicos.

Como rotineiramente ocorre, quando a amplitude de um fenômeno se alarga, o foco científico acaba se voltando para ele e atualmente é perfeitamente

possível dizer que um grande foco da ciência jurídica está destinado ao estudo da hermenêutica, em especial a hermenêutica constitucional.

Assim, quando falamos de pamprincipiologismo - um desdobramento da interpretação jurídica - em especial naquele aporte retórico utilizado pelo Judiciário para justificar toda e qualquer decisão, tratamos de um fenômeno que tem atingido em cheio o universo jurídico, fazendo com que houvesse uma expansão científica acerca do tema.

Irrefutável que a decisão judicial não é o único momento interpretativo do direito, entretanto, é na sentença/decisão que se torna mais fácil a percepção de que a hermenêutica foi utilizada, onde pode se notar qual foi o significado atribuído a determinado texto e quais foram os fundamentos que levaram o julgador a chegar naquele provimento.

Como forma de aclarar a importância do estudo da hermenêutica jurídica, em particular no que diz respeito às decisões emanadas pelo órgão julgante, Lenio Luiz Streck ao prefaciar a obra de Fernando Viera Luiz (2013, prefácio) intitulada 'Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck', transcreve uma situação bastante interessante e intimamente ligada com a hermenêutica jurídica, e assim menciona:

Na abertura da defesa de sua dissertação de mestrado, que deu origem a esta bela obra, Fernando Luiz impressionou a todos com uma confissão: "sou juiz, minha mãe é juíza, meus amigos juízes e promotores, com os quais convivo, são todos honestos, probos e justos. Interessante é que, quando nos reunimos para falar sobre os casos que decidimos, chegamos a conclusão que, embora nossa honestidade, probidade e sentimento de justiça, damos sentenças tão diferentes umas das outras, em casos, por vezes, muito, muito similares". Por isso, continuou, "cheguei a conclusão que havia algo errado. Não basta ser honesto, probo e ter sentimento do justo. Todos, eu, minha mãe, meus amigos, decidimos conforme nossas consciências. Só que as decisões são tão discrepantes... Por isso, fui estudar 'teoria da decisão'.

Pois bem. Tudo isso serve para indicar que a hermenêutica, a interpretação dos textos é algo muito complexo, o que justifica a abordagem indispensável de seu estudo.

Desta forma, neste capítulo serão exploradas algumas das principais escolas hermenêuticas jurídicas.

Não se pode perder de vista que a própria sistematização para selecionar qual escola teve destaque fundamental em determinado contexto histórico não é fácil, contudo, como forma de delimitar seu estudo, serão abordadas principalmente as escolas do período que compreende desde o movimento da codificação francesa até uma fase posterior a Segunda Grande Guerra.

Salienta-se que a maioria dessas escolas se desenvolveram em países como a França, a Alemanha e a Inglaterra, entretanto, optou-se por classificá-las não por sua origem geográfica, mas sim por suas características principais.

5.1 Hermenêutica Jurídica, principais origens, Estado e justiça

Conforme estudado no capítulo anterior, em que foi abordado a 'hermenêutica geral', que surgiu principalmente com as interpretações dos textos sacros e passou por diversas mudanças ao longo dos séculos, ante as transformações sociais que ocorreram, na hermenêutica jurídica não se pode atribuir o mesmo contexto.

Ao se estudar esta, suas origens são outras, tendo em vista sua concepção com os conceitos de Estado eclodidos a partir da Revolução Francesa e, em especial, o período da Codificação Francesa.

Com a clássica tripartição de poderes, idealizada por Montesquieu, que de forma simplória pode ser resumida na divisão de funções estatais, cuja criação de leis se daria pelo Poder Legislativo, o exercício da administração pelo Poder Executivo do Estado e ao Judiciário a função de solucionar litígios com base nas leis criadas pelo Legislativo, sem exercer qualquer interpretação, se valendo apenas da subsunção dos fatos à norma.

A hermenêutica jurídica então estava limitada e condicionada ao que era produzido pelo parlamento, diferente da hermenêutica filosófica que era livre na investigação dos sentidos.

Paralelamente a questão da interpretação, há o 'ideal de justiça' ligado à finalidade de Estado, pois conforme Aristóteles (2006, p. 53) "[...] não é apenas para viver juntos, mas sim para bem viver juntos que se fez o Estado".

Assim, evidente que há um problema ao se tentar conceituar ideal de justiça ou até mesmo o conceito de justo, podendo surgir posicionamentos completamente racionais, até os sentimentos explosivos e ideológicos inerentes à condição humana.

Desta forma, leciona Marcelo Mazotti (2009, p. 48):

Mesmo que muito se tenha feito ao longo dos anos para se desvencilhar o Direito das paixões humanas e do subjetivismo - tratando-o como um ente absolutamente imparcial e científico na defesa da justiça -, tudo o que se conseguiu provar foi o inverso: não há Direito sem moral e a consequente consagração de valores que conduzam ao sentimento de justiça.

Entretanto, apesar dos objetivismos e subjetivismos, independente de qual método hermenêutico fosse utilizado, não se pode perder de vista que a legalidade sempre esteve presente, ou seja, as relações sociais deveriam ser reguladas pela lei e, todos os métodos hermenêuticos jurídicos não poderiam se abster disso para construir seus alicerces para interpretá-las.

Pois bem, adentrando especificamente nas escolas hermenêuticas jurídicas, podemos dividi-las basicamente em três grandes fases, conforme Chaim Perelman (1998) apud Marcelo Mazotti (2010, p. 49):

[...] o raciocínio judiciário passou por três fases: primeira, com a Escola da Exegese que surge concomitante ao advento do Código de Napoleão; a segunda, são as concepções funcionalistas, teleológicas e sociológicas do Direito; e a terceira etapa ocorre quando o positivismo jurídico é quebrado após a Segunda Grande Guerra Mundial, e o pós-modernismo se instala na hermenêutica.

Como já explanado, com o Estado idealizado na classificação tripartite dos poderes, ao Judiciário cabia aplicar a subsunção dos fatos às normas produzidas pelo parlamento, prevalecendo, portanto determinados métodos de interpretação, como o exegético e o literal.

Evidente que tal sistema se mostrou falho, já que a lei não conseguia alcançar todos os fatos sociais, fazendo com que surgissem determinadas lacunas que não podiam deixar de ser resolvidas pelo órgão judicante devido à vedação ao *non liquet*.

A partir desse momento, adentra-se na segunda fase da hermenêutica jurídica, tendo como seu principal expoente, o alemão Friedrich Carl Von Savigny, que através da escola histórica introduziu na interpretação, uma noção cultural e histórica das relações sociais, ante o dinamismo dessas relações.

Contudo, através dos pandectistas alemães que pode se atribuir uma verdadeira importância ao direito popular ou consuetudinário à hermenêutica jurídica, além de terem atribuído ao judiciário uma participação maior no sistema de fontes, bem como, conferido uma cientificidade maior à ciência jurídica, pois nos dizeres de Norberto Bobbio (2006, p. 123):

A essência do pensamento da escola histórica, primeiramente, e da pandectista, depois, não era de mudar em nada o sistema do direito vigente na Alemanha, mas que se algo deveria ser alterado, o melhor remédio não era a codificação, mas o desenvolvimento da ciência jurídica.

Conclui-se, desta forma, que se num primeiro momento a vontade do legislador prevalecia, tal qual o apego à lei, num segundo, ante uma concepção histórico-cultural elaborada poderia se encontrar significados da norma através de conceitos e valores socialmente e historicamente estabelecidos.

Por fim, o terceiro momento histórico da evolução hermenêutica jurídica se deu através de um fato que modificou drasticamente o universo jurídico como um todo, qual seja, a Segunda Grande Guerra.

Conforme já abordado no primeiro capítulo, quando estudado o histórico do (neo)constitucionalismo, com o trauma causado pela Guerra Mundial, diversas reflexões surgiram no universo jurídico questionando como regimes cruéis tal qual o facismo e o nazismo poderiam ser legitimados pela lei? Poderia o Direito consentir com tais Regimes? Seria a legalidade um mero instrumento?

Assim, eclodiram diversos princípios e garantias fundamentais que visavam limitar os poderes do Estado exercido em face dos seus cidadãos, bem como houve o surgimento de um fenômeno intitulado de Constitucionalismo Contemporâneo, que surgiu com a promulgação das Constituições com um cunho garantista, com ideal compromissório.

Porém, as bases hermenêuticas para compreensão dessas novas constituições ainda estão sendo criadas para poder efetivá-las, já que trouxeram

novos conceitos, reformularam institutos e definitivamente criaram uma nova ordem jurídica.

Posto isto, depois de estabelecidas essas premissas iniciais, passa-se ao estudo de algumas escolas hermenêuticas jurídicas relevantes para compreensão do atual momento hermenêutico vivenciado, esclarecendo, porém, que a abordagem pormenorizada de todas elas demandaria demasiado tempo, ou seja, optou-se, portanto, por uma análise reducionista, mas não superficial.

5.2 Escola da Exegese

É possível atribuir o início da escola exegética no período inicial da revolução francesa, surgida com o propósito principal de substituir o antigo regime, onde os juízes eram tidos como *longa manus* do imperador, para passarem a ser um juiz 'boca da lei', ou seja, o povo através de seus representantes editavam as leis necessárias para garantir seus direitos, cabendo a juiz aplica-las aos casos concretos.

Conforme leciona Maria Helena Diniz (2003, p. 50):

Para a escola da exegese, a totalidade do direito positivo se identifica por completo com a lei escrita; com isso a ciência jurídica se apegou à tese de que a função específica do jurista era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar seu sentido. Todavia, é preciso não olvidar que o exegetismo não negou o direito natural, pois chegou a admitir que os códigos elaborados de modo racional, eram expressão humana do direito natural, por isso o estudo do direito deveria reduzir-se a mera exegese dos códigos.

Para a escola exegética o sistema legal elaborado era considerado completo e ausente de lacunas, pois, o jurista deveria se valer apenas das leis para encontrar as respostas para os casos, partindo de uma análise profunda baseada em três planos, o gramatical, o lógico e o sistemático.

Miguel Reale ao escrever sobre a escola da exegese esclarece (2002, p. 403):

A tese fundamental da Escola é a de que o Direito por excelência é o revelado pelas *leis*, que são normas gerais escritas emanadas pelo Estado, constitutivas de direito e instauradoras de faculdades e obrigações, sendo o

Direito um *sistema de conceitos* bem articulados e coerentes, não apresentando lacunas-arentes. [...] Ao juriconsulto cabe, como sua tarefa por excelência, a análise cuidadosa e metódica dos textos, desenvolvida no tríplice plano gramatical, lógico e sistemático.

A escola da exegese não foi estática e apegada sempre as mesmas teses, mas muitos de seus representantes buscavam adaptar estas conforme críticas iam surgindo e, desta forma conseguiram com que essa escola predominasse por praticamente meio século.

Inobstante a Escola exegética tenha surgido na França, na Alemanha e na Inglaterra surgiram outras escolas que correspondiam ao exegetismo francês, sendo a Pandectista na Alemanha e a Analítica na Inglaterra.

Ao estabelecer esse paralelo, Maria Helena Diniz aduz (2003, p. 54-55):

Todavia, havia uma diferença entre a posição dos pandectistas e dos exegetas franceses. O ponto de partida dos franceses era a lei, considerada como princípio racional formulado para sempre pelo legislador, devido à idolatria dos códigos e das leis, retirando dos textos a cadeia de deduções silogísticas. Já o ponto de partida da escola dos pandectistas era, exclusivamente, os textos de direito romano; logo, só as fontes romanas importavam. Esta escola abeberava a tradição jurídica alemã a partir das fontes romanas, cultivando a história do direito romano e a interpretação dos textos da compilação justiniãnea com o escopo de aplica-los como fonte direta do direito alemão.

Apesar de inúmeras críticas direcionadas à Escola exegética, principalmente sob a ótica hermenêutica, pois reduz a ciência do direito a um mero instrumento para aplicação silogística das normas, não se pode perder de vista que esta escola contribuiu muito para concretizar uma ordem jurídica válida, bem como para a evolução da hermenêutica.

5.3 Escola histórica

A escola histórica nasceu na Alemanha tendo com seu principal expoente Savigny que traduz a ideia de que o Direito só poderia ser explicado a partir da história e cultura construída por um povo.

Miguel Reale ao fazer uma comparação da escola exegética com a histórica leciona que (2002, p. 409):

O que a Escola da Exegese procurava era uma expressão racional do Direito, o Direito como racionalidade pura, em esquemas ideais que contivessem de antemão toda a vida humana em sua complexidade. A Escola Histórica, especialmente através de Savigny, que foi seu lídimo chefe, reclamou uma visão mais concreta e social do Direito, comparando-o ao fenômeno da linguagem, por terem surgido ambos de maneira anônima, atendendo a tendências e a interesses múltiplos revelados no espírito da coletividade ou do povo.

Apesar de como costumeiramente encontrados nos livros que abordam o assunto, não obstante a escola histórica tenha sido representada principalmente por Savigny, outros jusfilósofos alemães contribuíram muito para a formação desta escola, como por exemplo, Gustav Hugo e Georg Friedrich Puchta.

Para esta escola os costumes traduzem a consciência coletiva do povo, fazendo com que o Direito só possa ser explicado através desses fatores históricos, sendo estes necessariamente antecedentes ao próprio Direito.

De acordo com Marcelo Mazotti (2009, p. 69):

Quebra-se o fetiche do legislador como único ente autêntico para falar em nome da Nação. Seu discurso não é mais visto como lógico e perfeito, sendo necessário o recurso a outras fontes para se revelar o Direito. A completude do código vai aos poucos sendo percebida como uma tarefa inexequível face à complexidade da vida.

Contudo, à época a Alemanha havia recentemente se unificado e Savigny demonstrava certa aversão aos códigos por entender que a consciência coletiva do povo ainda não tinha maturidade suficiente para criação de um código no estilo francês.

Porém, referida aversão não prevaleceu, pois conforme ensina Miguel Reale (2002, p. 411):

A opinião de Savigny não foi a que prevaleceu, porquanto exigências históricas puseram desde logo a necessidade, ou da codificação total, ou de sistematizações particulares. Foi o que aconteceu na Alemanha, onde, mesmo antes de promulgar o Código Civil, já se elaborara uma grande obra de sistematização do Direito, embora com sentido novo, resultante da atitude científica da Escola Histórica no trato dos problemas sociais e na consideração do direito costumeiro.

Trazendo a ideologia da escola histórica para a análise interpretativa do judiciário, percebe-se a postura passiva do direito em esperar os acontecimentos, o andar dos tempos para reconhecer os usos e costumes.

O direito não tinha o poder de transformação, mas sim deveria aguardar as evoluções sociais para que as leis fossem elaboradas.

Entretanto, ante a complexidade das relações sociais e a própria impossibilidade da previsão de todos os fatos para uma possível positivação, o conceito de historicidade e usos e costumes foi trazido para completar as lacunas legais existentes, o que permanece até hoje em muitos códigos, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro.

5.4 Escola da livre investigação científica de François Geny (Escola da livre pesquisa)

François Geny foi um jurista francês que através de seus estudos reconheceu a importância do intérprete em um sistema cuja capacidade legislativa para regular todos os fatos era impossível e a vedação do julgador em se escusar decidir ante essas possíveis lacunas.

Conforme leciona Marcelo Mazotti (2009, p. 75):

De acordo com o mestre francês, o Direito é formulado sob duas bases: o *dado* (*le donné*), e o *construído* (*le construit*). O primeiro consiste em todo o universo objetivo da existência humana inserido na natureza. O construído, por sua vez, é uma criação que se fez sobre os pressupostos do *dado*. A norma jurídica, vista dessa forma, significa a constatação de uma realidade fática que exige a inserção de valores humanos para daí se emanar uma estrutura legal.

Nota-se que há de certa forma uma revolução quanto aos métodos de interpretação, já que concebe a norma jurídica sem a vontade do legislador - exegese - tampouco as considerações históricas - histórica.

Posto isto, explica Maria Helena Diniz (2003, p. 66):

O jurista e o magistrado, ao desempenhar suas funções, não agem arbitrariamente, procuram ater-se aos dados, procedendo à sua valoração com base na justiça, e não nas suas preferências ou pontos de vista

personais. Percebe-se que, conforme Geny, para que o intérprete e o aplicador escapem aos perigos da arbitrariedade, eles devem desligar-se, portanto, de toda e qualquer influência pessoal, fundando sua interpretação e decisão (construído) sobre elementos de natureza objetiva, que são os dados, levando em conta os interesses das partes, sem afetar o equilíbrio que deve haver entre os interesses conflitantes.

Apesar de se estabelecer um método científico entre duas dimensões, quais sejam, a moral do direito e o valor da lei, referidas dimensões não são estanques surgindo o questionamento inevitável de qual deve favorecer, o formalismo legal ou a moral?

Desta forma, a escola da livre investigação colaborou muito mais para essa conscientização das dimensões no mundo jurídico do que um método hermenêutico ideal para superar determinados problemas no ramo da aplicação do direito.

5.5 Escola do direito livre

Com o surgimento da sociologia e devido as suas influências exercidas na ciência jurídica, bem como dos estudos produzidos por Hermann Kantorowicz, o direito surge dos fatos ocorridos na sociedade e dos valores estabelecidos por esta.

Partindo dessa premissa, caberia ao interprete manifestar em suas decisões os valores (axiologia) elegidos pela sociedade através de suas convicções dominantes que regulam o comportamento.

Assim, explica Maria Helena Diniz (2003, p. 68):

A interpretação jurídica, segundo ele, deve seguir quatro diretrizes: a) se o texto da lei é unívoco e sua aplicação não fere os sentimentos da comunidade, deve-se aplica-lo; b) se o texto legal não oferece solução pacífica, ou se conduz a uma decisão injusta, o magistrado deverá ditar a sentença, que, segundo sua convicção, o legislador ditaria se tivesse pensado no caso; c) se o magistrado não puder formar convicção sobre como o legislador resolveria o caso concreto, então deve inspirar-se no direito livre, ou seja, no sentimento da coletividade; e d) se ainda não encontrar inspiração nesse sentimento, deverá, então, resolver discricionariamente.

Obviamente que referidos critérios devem ser compreendidos e estudados de acordo com o momento em que foram elaborados, já que atualmente, admitir tal discricionariedade do julgador é algo inconcebível.

Entretanto, para a escola do direito livre essa era a saída para o problema da impossibilidade de previsão de todos os fatos, pois, o direito não consegue legislar tudo ante a finitude do homem e a infinitude das relações sociais universais.

Desta forma, o direito livre estaria na busca pela justiça visando a completude do sistema no corpo da sociedade, através de seus valores, costumes e regras consuetudinárias, cabendo ao julgador através de sua vontade adotar esses valores e aplicar o direito ao caso concreto.

Destaca-se, portanto, a consciência do juiz, que julgará a demanda de acordo com ela, ou seja, confere-se uma liberdade extrema ao julgador, mas este deveria se atentar para que uma decisão completasse o sistema e ao mesmo tempo fosse justa, mas nunca contrária ao sistema ou injusta.

Conforme leciona Mazotti (2009, p. 84) sobre a importância do julgador para a escola do direito livre:

Como bem se pode observar, a doutrina de Kantorowicz não é radical como se divulga. Suas considerações são ponderadas e refletidas, tendo como prisma fundamental a honestidade do ato de julgar e a busca da justiça. A transparência do operador é fundamental para o desenvolvimento do Direito e, sem esta qualidade, ele nunca se tornará consciente da responsabilidade que suas decisões trazem, prejudicando a busca do justo.

Assim, tem-se que a finalidade da escola do Direito Livre é o alcance de uma sintonia entre o ideal de justiça e o julgador, porém, esse subjetivismo extremado é altamente perigoso, sob pena de gerar desarmonia entre os poderes, além de se criar um superpoder demasiadamente arbitrário, pois, o judiciário poderia desprezar o sistema legislativo democraticamente elaborado pelo Estado para alcançar o justo através da livre consciência do juiz.

5.6 Tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale

Primeiramente, cumpre ressaltar que a obra de Miguel Reale é muito densa e complexa, mas com sua habilidade didática e escrita coerente essa complexidade é facilmente superada, assim, far-se-á um brevíssimo resumo da teoria desenvolvida por ele para concluir este capítulo, contudo, é de grande valia destacar que para uma perfeita compreensão da teoria por ele desenvolvida suas obras sejam estudadas com mais atenção e afinco.

Maria Helena Diniz (2003, p. 141) explica de maneira tão didática quanto Reale ao mencionar sobre a tridimensionalidade do direito:

Miguel Reale demonstra-nos situando o direito na região ôntica dos objetos culturais, que, pela análise fenomenológica da experiência jurídica, confirmada pelos dados históricos, a estrutura do direito é tridimensional, visto como o elemento *normativo*, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada *situação de fato*, referida a determinados *valores*. Se direito é a integração normativa de fatos e valores, ante a triplicidade dos aspectos do jurídico - fato, valor e norma, não há como separar o *fato* da conduta, nem o *valor* ou finalidade a que a conduta está relacionada, nem a *norma* que incide sobre ela.

Assim, é possível perceber que a teoria desenvolvida por Miguel Reale é eminentemente integrativa, pois, rejeita as concepções setorizadas do direito e estuda este na triplicidade inseparável dos fenômenos jurídicos - fatos, valor e norma.

Esclarecendo essa unicidade que a teoria proporciona, o jurista leciona (REALE, 2002, p. 65):

Nas últimas quatro décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que: a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.

Quanto à questão da interpretação/aplicação do direito, Miguel Reale (2002, p. 67) desenvolve a dialética de implicação-polaridade, diversa da dialética de oposição (tese-antítese) de Hegel ou Marx, e assim esclarece:

Desde a sua origem, isto é, desde o aparecimento da norma jurídica, - que é síntese integrante de fatos ordenados segundo distintos valores, - até ao momento final de sua aplicação, o Direito se caracteriza por sua estrutura tridimensional, na qual fatos e valores se dialetizam, isto é, obedecem a um processo dinâmico que aos poucos iremos desvendando. Nós dizemos que esse processo do Direito obedece a uma forma especial de dialética que denominamos "dialética de implicação-polaridade", que não se confunde com a dialética hegeliana ou marxista dos opostos. Esta é, porém, uma questão que só poderá ser melhor esclarecida no âmbito da Filosofia do Direito. Segundo a dialética de implicação-polaridade, aplicada à experiência jurídica, o fato e o valor nesta se correlacionam de tal modo que cada um deles se mantém irredutível ao outro (polaridade) mas se exigindo mutuamente (implicação) o que dá origem à estrutura normativa como momento de realização do Direito. Por isso é denominada também "dialética de complementaridade".

Assim, é possível concluir que a doutrina tridimensionalista de cunho filosófico fenomenológico é histórico-cultural e compreensivo-normativa, já que através dos estudos e fenômenos sociais é possível se estabelecer as regras que organizam a sociedade.

Referida doutrina possibilitou que novos horizontes fossem alcançados no estudo da hermenêutica jurídica, contribuindo sobremaneira para a evolução da ciência jurídica.

Cabe, neste momento, depois de apresentado os alicerces da hermenêutica e da hermenêutica jurídica, trazer à baila o desenvolvimento do pensamento filosófico e da noção do conhecimento ao longo da história, em especial a relação entre conhecimento e linguagem, ou seja, assunto que será aprofundado no capítulo que segue.

6 FILOSOFIA DA LINGUAGEM E AS RELAÇÕES OBJETO-SUJEITO, SUJEITO-OBJETO E SUJEITO-SUJEITO

Todo o aporte teórico trazido à tona nos capítulos antecedentes deixa claro a necessária e indissociável participação da filosofia na ciência jurídica, o que, justifica, neste momento, explanar sobre as principais relações decorrentes da filosofia da linguagem na busca de uma interpretação adequada.

Em pleno Estado Democrático de Direito, não mais se justificam interpretações e aplicações abusivas e retóricas dos princípios numa suposta solução do caso concreto.

Assim, com a hermenêutica filosófica, partindo da análise estruturante da fenomenologia explanada no tópico '4.2.4 Escola da fenomenologia' e no tópico '5.6 Tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale' da presente pesquisa, tornar-se-á possível a compreensão das relevantes contribuições trazidas pelas lições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, em especial quando à tradição e historicidade na interpretação do direito e no processo de compreensão do homem através da linguagem, o que será aprofundado neste capítulo.

Porém, antes de adentrar no tema da fenomenologia e as contribuições de Heidegger/Gadamer, na nova crítica do direito, mostra-se essencial alguns comentários introdutórios no contexto da metafísica clássica, representada pelo esquema objeto-sujeito, bem como sobre a filosofia da consciência, definida no esquema sujeito-objeto, para só então apontar o norte interpretativo e democrático trazido pela fenomenologia (sujeito-sujeito).

Ressalta-se que infelizmente a ciência jurídica, em especial a brasileira, encontra-se dividida entre objetivismos/subjetivismos e com essa divisão se acaba se tornando antidemocrática, pois, quando retoricamente para sustentar seus argumentos a metafísica clássica se mostra mais adequada, o interprete se baseia nela. Entretanto, quando a filosofia da consciência se mostra melhor, este também se baseia nela, ou seja, nesse diapasão surgem inúmeras interpretações e princípios que não passam de álibis teóricos para sustentar um insustentável argumento.

Em pleno constitucionalismo contemporâneo, com cartas constitucionais dirigentes¹¹, com uma sociedade altamente complexa, não há como se admitir que o intérprete, operador do direito, tenha a liberdade de dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, pois a Constituição deve servir como horizonte para o ponto de partida interpretativo e o ponto final para este mesmo processo de interpretação.

Desta feita, abordar-se-á, perfunctoriamente, porém de forma didática, alguns pontos importantes sobre a metafísica e a filosofia da consciência, com suas implicações na filosofia da linguagem até atingir o ápice, qual seja, uma crítica hermenêutica, que visa superar paradigmas que se mostram antidemocráticos no atual quadro histórico social, principalmente com as novas constituições, surgidas após a Segunda Grande Guerra.

Ademais, toda esta abordagem filosófica servirá como forma de alcançar uma correta interpretação dos princípios, tema central da pesquisa, evitando que se tornem os álibis retóricos já tão criticados até o presente momento.

6.1 Metafísica clássica e a filosofia da linguagem

De conhecimento comum que a filosofia grega atingiu seu apogeu com os ensinamentos de Sócrates, Platão e Aristóteles, que contribuíram para diversas áreas da filosofia através de suas complexas indagações e aprofundados estudos.

¹¹ Não obstante o professor J.J. Gomes Canotilho em suas obras mais recentes tenha abandonado expressamente sua tese de 'Constituição Dirigente', se referido trabalho for analisado sob a ótica da realidade brasileira, este ainda é plenamente aplicável. Isto porque, a tese foi idealizada com base na Constituição Portuguesa de cunho revolucionário e socialista, diferente da Constituição Brasileira de 1988, que não surgiu nas mesmas condições. A Constituição dirigente pode não mais se enquadrar como tal num país como Portugal que está inserido num cenário internacional (União Europeia), no qual se fala em transconstitucionalismo, enfim, país cuja implantação do Estado social se deu de forma efetiva. Porém, aqui, a confirmação do Estado Social não passou de uma falácia, que serviu para aumentar ainda mais as inúmeras diferenças sociais já existentes. Desta forma, ao mencionar constituição dirigente, não se trata de admitir a existência de uma força normativa constitucional revolucionária que isoladamente transformaria a sociedade, mas sim no sentido de vinculação dos membros da sociedade e dos poderes do estado às disposições materialmente estabelecidas pela Constituição, bem como que os instrumentos nela previstos (Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, etc.) sirvam para a adequada ou devida implementação dos direitos nela estabelecidos.

Uma de suas mais relevantes abordagens foi sobre o mundo sensível e a essência das coisas.

Segundo Paulo Nader (1996, p. 102-103):

A vocação grega para o campo das especulações manifestou-se mais cedo, porém, com a *Escola Jônica* (séc. VI a.C.), a qual, de índole materialista, pesquisou no âmbito terrestre o elemento que seria a origem do mundo sensível.

Com isso, é possível compreender que grande parte dos questionamentos formulados pelos filósofos gregos foram influenciados pelo mundo que os cercavam, pois, buscavam respostas mais científicas e menos fantasiosas acerca das coisas.

Conforme se extrai do capítulo introdutório de 'O Livro da Filosofia' (2013, p. 13):

[...] Eles vieram à Terra e todas as formas de vida que nela habitam; observaram o sol, a lua, os planetas e as estrelas; vivenciavam fenômenos naturais (clima, terremotos, eclipses). E buscavam explicações para todas essas coisas - não mitos e lendas sobre deuses, mas algo que satisfizesse sua curiosidade e seu intelecto. A primeira questão que ocupou suas mentes foi "Do que é feito o universo?", a qual logo se expandiu para "Qual a natureza do que quer que exista?".

Nota-se no trecho, o ramo da filosofia clássica conhecido por metafísica, que basicamente e principalmente com o pensamento aristotélico buscava alcançar a 'essência das coisas'.

Nesse ponto específico, ao se traçar um paralelo entre a metafísica e a filosofia da linguagem, percebe-se que esta tem um contorno objetivista, já que se refere a mero instrumento para alcançar o objetivo daquela, encontrar a essência das coisas.

A linguagem, neste caso, independe da vontade do sujeito e, mesmo assim, não representa de maneira autêntica a substância, a essência em si, pois, como aduz Fernando Vieira Luiz (2013, p. 29):

Portanto, a linguagem não é a reprodução da coisa, ou seja, cópia fidedigna do real, mas seu símbolo; pois, enquanto símbolo, não se refere à existência ou não da coisa, abstraindo-se desta questão. Por isso, "o discurso enquanto tal não é o instrumento da revelação do real", representando seu "substituto necessário e imperfeito".

Conclui-se que nesse momento filosófico do conhecimento a linguagem não possuía papel importante ou constitutivo do significado, já que o sujeito era assujeitado pelo objeto, pois, buscava-se a verdade através de sua essência.

Por isso poderia ser representada pelo esquema objeto-sujeito, já que havia uma prevalência daquele em relação a este.

6.2 Filosofia da consciência (subjettivismos)

Desde já cumpre esclarecer, como exaustivamente já destacado, que se optou por determinados restrições a temas conexos, ou determinados autores, filósofos, pensadores, paradigmas, escolas, enfim, limitou-se o presente estudo em pontos específicos da história visando construir um raciocínio lógico e didático, sem, contudo, ser superficial.

Posto isto, ao abordar a filosofia da consciência e algumas de suas características, não se nega a contribuição de diversos autores, como Duns Scots. Guilherme de Ockham, Santo Agostino, Santo Tomás de Aquino, ou diversos outros que poderiam ser citados e estudados, mas, se assim o fosse, a profundidade da pesquisa poderia comprometer seu objetivo principal, o que não seria sob nenhum aspecto, coerente.

Assim, neste ponto em específico, cumpre destacar que a filosofia da consciência se desenvolve principalmente com os trabalhos de René Descartes e Immanuel Kant.

Portanto, em fase posterior do pensamento traçado no tópico antecedente, a relação essencialista (objeto-sujeito) foi drasticamente modificada, no sentido de conferir ao sujeito uma prevalência em relação ao objeto.

Traçando um raciocínio histórico, Lenio Luiz Streck (2009, p. 136) afirma:

A virada em direção à superação do essencialismo, do universalismo, embora tenha esse componente nominalista inegável (pode-se dizer, inclusive, que o positivismo jurídico inicia com o nominalismo de Ockham), passa pela ruptura com o realismo, quando o esquema sujeito objeto sofre uma transformação: surge a subjetividade assujeitadora das coisas, com o nascimento do sujeito que dominará a modernidade, atravessando o século

XX e chegando ao século XXI ainda fortalecido, mormente no campo do direito. Nesse novo paradigma, os sentidos não estão mais nas coisas, passando, agora, a estarem na mente (filosofia da consciência). É o princípio cartesiano, denominado de *cogito*; e, na sequência, o eu transcendental kantiano, o absoluto hegeliano e o ápice da metafísica moderna: a vontade do poder (*Wille Zur Macht*) de Nietzsche, onde o traço fundamental da realidade é a vontade do poder. E toda correção deve ser ajustada em relação à vontade do poder.

Então temos nessa fase do conhecimento a importância dada ao sujeito, que influencia os sentidos e significados em relação aos objetos.

Conforme leciona Orlando Luiz Zanon Junior (2013, p. 15):

Nesta nova época, firmou-se o entendimento de que o sujeito cognoscente influenciaria determinadamente os sentidos conferidos ao objeto cognoscível, transportando, ainda que conscientemente, aspectos pessoais para sua leitura da realidade. Trata-se da fase do solipsismo, em que as experiências individuais fixam os significados das coisas, através da imposição da vontade do intérprete sobre elas. Em outros termos, o sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) é que determina o sentido do objeto conforme sua livre consciência (subjetividade assujeitadora das coisas).

Conclui-se, portanto, que houve uma reviravolta linguística. Onde antes predominava a relação objeto-sujeito em que se buscava a essência das coisas, sendo a linguagem imperfeita e imprecisa para demonstrar essa substância/essência, passou-se para uma nova relação, o inverso, ou seja, sujeito-objeto onde a linguagem era compreendida como um método ou instrumento de relação entre o sujeito e o objeto, e, o sujeito como ser racional, deveria ser o ponto de partida para qualquer espécie de conhecimento.

Esse paradigma em especial ainda permanece fortemente enraizado no imaginário dos juristas brasileiros, principalmente dos pertencentes ao órgão julgante. Surgindo, assim, os conhecidos os "seres solipsistas da modernidade", que por serem "donos dos significados" atribuem ao texto o sentido que lhes convém.

Para maiores e melhores explicações sobre esses seres, importante a remissão ao capítulo 4, em especial o tópico '4.1 O que é hermenêutica?'

6.3 Superando paradigmas, a filosofia da linguagem como condição de possibilidade para compreensão da realidade

Consoante o que já foi explanado sobre a linguagem e sua relação entre sujeito e objeto, pensamentos posteriores surgiram visando superar as falhas existentes seja no objetivismo do objeto ou no subjetivismo do sujeito.

Desta forma, ligados à ciência jurídica, grandes pensadores que por vezes são intitulados como pós-positivistas acabaram por desenvolver teorias que apresentassem possíveis soluções para estes velhos problemas.

Novamente, salienta-se que de maneira alguma reducionismos bibliográficos empobrecem a natureza e a profundidade da pesquisa, pelo contrário, já que ao pontuar e selecionar autores específicos há uma amplitude e coerência estrutural lógica do texto, permitindo uma compreensão mais didática e concatenada.

Sem embargo, um autor que merece destaque, não só pela qualidade e coerência de seus textos, mas também por apresentar uma Nova Crítica do Direito¹², baseada principalmente nos estudos filosóficos da ontologia e da fenomenologia desenvolvidas por Gadamer e Heidegger, é o gaúcho Lenio Luiz Streck, merecendo, adiante, alguns apontamentos sobre sua complexa e vasta teoria.

Outro autor contemporâneo que merece um destaque especial, e que assim como Lenio possui propostas substancialistas, é o norte americano jusfilósofo Ronald Myles Dworkin que também possui uma complexa obra visando à superação do positivismo jurídico, ou seja, também considerado um autor pós-positivista.

Posto isto, nesta fase pós-positivista, posterior ao paradigma subjetivista, a linguagem deixa de ser mero instrumento relacional entre o sujeito e o objeto e passa a ser compreendida como própria condição de possibilidade para compreensão da realidade.

Conclui-se que há um novo rompimento paradigmático, tal qual houvera com a superação metafísica clássica com a filosofia da consciência, ou seja, a filosofia da linguagem inova o cenário filosófico.

¹² Teoria criada, desenvolvida e intitulada por Lenio Luiz Streck

Portanto, "A linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação de conhecimento e passa a ser *condição de possibilidade* para a própria constituição do conhecimento" (STRECK, 2009, p. 170).

Nesta nova fase do pensamento, a linguagem exerce função de constituição do conhecimento de forma intersubjetiva, passando a existir uma nova relação compreendida como sujeito-sujeito, superando a tese de que a compreensão surgiria entre o ser cognoscente e o objeto, mas sim entre o conhecimento intersubjetivo dos sujeitos.

Desta maneira, ao analisar a linguagem conforme proposto, percebe-se a correção dos pensamentos e paradigmas objetivistas e subjetivistas, como destaca Fernando Vieira Luiz (2013, p. 95):

O objetivismo falha em assimilar como "verdade" um determinado enunciado linguístico, afastando-o da facticidade ("mundo da vida"), ou seja, ao considerar o significado da coisa em si, esquecendo-se que "nenhum caso é simplesmente a exemplificação de uma regra". O subjetivismo falha no mesmo ponto. Isso porque, como fizera o objetivismo, varre do processo de aplicação a facticidade. A verdade, que antes estava na lei, passa a ser encontrada no intérprete, como produto puro de sua razão. Com a Nova Crítica do Direito, Lenio Streck destrói essas visões no Direito, criando uma teoria que está fundada na intersubjetividade.

A linguagem desse modo passa a ser a única forma de compreensão do mundo, pois, somente é possível compreender caso esteja inserido ou se utilizando dela.

Assim, tudo aquilo que está fora da linguagem, ou seja, se ainda não existem signos linguísticos específicos para designar determinada(o) coisa/fenômeno, este, está fora do conhecimento da realidade e conseqüentemente fora do mundo.

Conforme leciona Lenio Luiz Streck (2009, p. 202):

A linguagem, então, é totalidade; é a abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidade que temos para compreender e agir. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter o mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo. Não há coisa alguma onde falta a palavra. Somente quando se encontra a palavra para a coisa é que a coisa é uma coisa.

Entretanto, uma ressalva deve ser feita para evitar possíveis equívocos sobre a linguagem, como explica bem Orlando Luiz Zanon Junior (2013, p. 15-16):

Todavia, obviamente isto não significa que a linguagem é a criadora do mundo, haja vista que a realidade pode existir independentemente dos signos linguísticos e da própria sobrevivência de seres racionais. É a compreensão da faticidade, ou seja, o entendimento acerca da pertinência ao mundo que depende da linguagem, sem a qual não existe qualquer possibilidade de raciocínios acerca da realidade.

Há, desta forma, um novo rompimento paradigmático, em que Lenio Streck denomina de *linguistic turn*, pois há uma superação do antigo esquema sujeito-objeto, em que a linguagem era uma simples relação entre eles, passando a ser uma condição de possibilidade para compreensão da realidade.

Surge um novo paradigma, representado por um novo esquema, qual seja, sujeito-sujeito, já que o conhecimento passa a ser identificado através da construção de saberes entre os sujeitos e não mais como uma coisa que possui uma essência em si, tampouco como um sujeito que assujeita a coisa.

Basicamente é nesse quadro histórico do conhecimento que a doutrina e jurisprudência deveria se alicerçar, visando o desenvolvimento da ciência jurídica de forma democrática a intersubjetiva, porém, ainda há um apego muito grande ao paradigma da filosofia da consciência, do sujeito dono dos sentidos, apego este que muitas vezes perdura no tempo por falta de conhecimento e estudos relacionados a esse novo paradigma.

6.3.1 Filosofia da linguagem e hermenêutica

Seguindo no raciocínio traçado no tópico anterior e trazendo aqueles ensinamentos para a seara hermenêutica, é possível concluir que: Se a linguagem é o único modo de inserção do ser no universo, conseqüentemente, todo conhecimento precede uma interpretação.

Portanto, famosos brocardos jurídicos latinos como *in claris non fit interpretatio*, em que afirmam que o pensamento em determinados momentos prescinde de interpretação, estão equivocados, bem como aqueles que afirmam

existir uma possível literalidade¹³ do texto legal, ou seja, também se equivocam, pois negam a interpretação.

Neste ponto, ressalta Orlando Zanon (2013, p. 17-18):

Com efeito, o homem interage com a realidade através da interpretação dos impulsos que lhe são apresentados de acordo com sua linguagem e com a carga de conhecimento que depositou sobre ela (como, em comparação ilustrativa, um computador com sistema operacional e programas adicionais gravados em sua memória). As pessoas carregam signos linguísticos e conceitos prontos (preconceitos ou pré-conceitos) que são empregados, ainda que intuitivamente ou inconscientemente, para compreensão daquilo ao qual são expostas e, somente através de tal conteúdo armazenado em seu cérebro conseguirão apresentar alternativas de reação.

E no mesmo sentido Fernando Vieira Luiz (2013, p. 108):

Portanto, a interpretação depende, sempre, da pré-compreensão, a qual, por sua vez, é moldada pela própria tradição. Isso ocorre não só na interpretação de textos jurídicos (Constituição, leis etc.), mas em todas as situações experimentadas pelo ser, seja no mais cotidiano dos eventos que lhe ocorram. Este é o caráter universal da compreensão, o ser está fadado a interpretar, porque este é seu modo de ser no mundo.

Fica claro que antes mesmo do interprete exercer a interpretação, há, nele, um horizonte de sentidos prévios, como também ocorre com o texto, pois este, da mesma forma surgiu em um determinado momento histórico com determinados signos linguísticos, possuindo igualmente um horizonte de significados.

Obviamente que pelo fato de ambos carregarem consigo horizontes de significados, não há que se falar em ausência de sentido, ou uma folha em branco isenta de qualquer interferência prévia. Afinal, "quem compreende não tem uma mente em branco, como uma *tábula rasa*, e sim já tem, desde sempre, uma prévia compreensão, algo prévio que vem com o ente, como curador/vigilante do ser." (STRECK, 2009, p. 212).

E, conforme sintetiza Orlando Zanon (2013, p. 190-191):

Então, através da leitura do texto ou da oitiva do outro, firma-se uma tensão entre os espectros de compreensão do intérprete e do texto (ou do interlocutor), na medida em que ambos se condicionam mutuamente, de modo que o resultado da interpretação não é a reprodução de um sentido já existente (*Auslegung*), mas sim a atribuição de um novo significado (*Sinngebung*), caracterizado justamente pela fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*).

¹³ Vide tópico 3.4 sobre literalidade e polissemia das palavras.

Assim, dessa fusão de horizontes e atribuição de um novo sentido, não há como se imaginar a clássica divisão cronológica de compreensão, ou seja, compreende-se para posteriormente interpretar e, por fim, aplicar.

Com essa nova sistemática, a interpretação, a fusão de horizontes se dá pela aplicação, pois, como ensina Orlando Zanon Junior (2013, p. 191-192):

Isto porque a carga de compreensão é prévia ao início da interpretação e, com a fusão de horizontes (do intérprete e da mensagem), o resultado é automaticamente uma aplicação (*applicatio*), pois ocorre uma nova atribuição de sentido. Consequentemente, é impossível a busca do significado de um texto ou de uma comunicação verbal sem qualquer interferência do intérprete, haja vista que sua compreensão prévia certamente conformará o resultado da interpretação, acarretando atribuição de novo significado ao conteúdo que lhe é apresentado. Nesta trilha lógica, interpretar é sempre aplicar.

Entretanto, não se pode perder de vista que esta atribuição de sentido surgida da fusão de horizontes não pode ser livre a ponto de o intérprete atribuir o sentido que lhe convir, pois, desta forma estar-se-ia retornando ao paradigma da filosofia da consciência, do ser solipsista assujeitador do objeto.

Então, Lenio Streck (2009, p. 280-281) propõe que:

As escolhas interpretativas disponíveis ao jurista são limitadas pela tradição, porém não são absolutamente determinadas por ela. É possível dizer, assim, que uma resposta adequada para a questão interpretativa do Direito resulta quando a tradição entra em uma relação dialética com a criatividade crítica. A tradição não nos amarra a uma via que possa dar uma resposta certa para todas as questões colocadas. Ela dá os limites para a decisão. Após esta limitação é que entra a tarefa da criatividade e da razão crítica, para, assim, construir um sentido (uma decisão) adequada.

O intérprete deve, portanto, superar todos seus preconceitos inautênticos advindos de uma tradição inautêntica, ou seja, ultrapassada, e, se guiar por uma tradição atual, autêntica.

Sem embargo, corroborando o que foi explanado nos tópicos anteriores com o que fora abordado neste tópico específico, conclui-se que o jurista não deve estar unicamente vinculado ao conteúdo do texto, pois se assim o fosse, não passaria de uma "objetivação" derivada da metafísica clássica, como se os textos possuíssem sentidos por si só.

Destarte, não deve também, através de uma postura axiologista-voluntarista ser "proprietário dos sentidos" e atribuir o sentido que desejar de forma antidemocrática e singular (por não analisar o arcabouço jurídico como um sistema).

Deve, portanto, analisar o caso concreto para, a partir de então, e somente na facticidade do caso, poder atribuir um sentido ao texto, ou de acordo com Lenio Streck (2013, p. 119):

[...] até porque as palavras não são as coisas, mas, sim, que é ele mesmo o juiz, o intérprete, que faz uma fusão de horizontes para dirimir o conflito. Não devemos esquecer - e a advertência vem de Gadamer - que existem sempre dois mundos de experiência no qual se encontra o intérprete. O objetivo da compreensão é fundir esses dois mundos em determinado contexto, que é a particularidade do caso, a partir da historicidade e da facticidade em que estão inseridos os atores jurídicos.

Assim a interpretação, conforme já destacado, ocorre no tempo e através do fato em que a objetividade e subjetividade estão inseridas, no encontro com de uma com a outra, oferecendo assim a atribuição de novos significados.

Não obstante, quando se trata da tradição, importante lembrar que na época iluminista, esta tinha um sentido pejorativo de conjunto de crenças não racionais e ignorantes, mas, com Gadamer a tradição tomou outro sentido, pois ela não poderia ser submetida à razão, já que a razão tinha um conteúdo histórico universal culturalmente construído em determinado momento histórico, ou seja, dominada pela tradição.

Assim, por ser a tradição criadora e, obviamente anterior à razão, não poderia ser por ela julgada.

6.3.2 Características não relativistas da hermenêutica

Ao contrário do que poderia se imaginar quanto à atribuição de sentidos oriunda da fusão de horizontes, a existência de pré-compreensão do intérprete, ou outras características da hermenêutica-filosófica levariam a um relativismo extremo, até mesmo supondo que o intérprete poderia agir livremente dizendo qualquer coisa sobre qualquer coisa, este pensamento se encontra completamente equivocado.

Afirmar que a interpretação é sempre criadora e produtiva não significa que é relativista.

Referido entendimento de carácter criativo da interpretação pode ser extraído da complexa obra de Ronald Myles Dworkin (2007, p. 63-64) que assim ensina:

Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; que um membro da comunidade hipotética fascinado pela igualdade, por exemplo, possa de boa-fé afirmar que, na verdade, a cortesia exige que as riquezas sejam compartilhadas [nesta última parte, o autor refere exemplo anterior quanto à dita comunidade]. Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto.

Desta forma, nota-se novamente a importância da história/tradição, que exerce uma coerção sobre as possíveis interpretações disponíveis.

Assim, a hermenêutica-filosófica não é relativista, pois, no relativismo se perde o sentido do pensar, característica inerente ao homem, que com sua qualidade de animal racional pode atribuir a veracidade ou a falsidade às coisas em determinado contexto histórico e intersubjetivo.

No relativismo não há o pensar, ou seja, sem a possibilidade de discussão de juízos distintos não há como afirmar ou negar nada, pois tudo se torna relativo, independe, portanto, de historicidade, facticidade ou intersubjetividade.

Então, como leciona Fernando Vieira Luiz (2013, p. 119):

Pode-se dizer que a forma de existir e, assim, a de compreender do ser está condicionada pela tradição. Isto é assim porque ela contribui à construção da situação histórica do existir. Por esta razão, o sujeito solipsista, que constrói o mundo subjetivamente pelo pensamento, é incompatível com a tradição e se torna um obstáculo ao repensar da tradição como forma de emancipação.

Neste ponto, vale lembrar a fusão de horizontes já abordada, onde o sujeito interpretante não pode se deslocar do mundo e criar um pensamento desindexado da tradição.

Como forma de exemplificar a análise o direito sob a ótica da integração e não da relativização Dworkin traz um caso emblemático, onde aduz que pouca relevância teria se juristas ficassem debatendo se o termo "banco" encontrado em uma regra jurídica seria referente a uma instituição financeira ou um móvel para que as pessoas pudessem sentar, pois, ao invés desse surgir debate semântico bizarro, a questão deve residir em interpretar o texto para construir fundamentos adequados observando a sistemática jurídica com os princípios desta no caso concreto.

Assim, a palavra "banco" guardaria ligação com o sentido mais adequado a ela atribuído para solução do dilema proposto, e esta resposta seria fixada pela tradição histórica, sendo construído gradualmente mediante as práticas jurídicas de determinada comunidade.

Portanto, no cenário jurídico atual não bastasse a coerção exercida pela história/tradição, há também uma coerção exercida pelo texto constitucional que também é uma forma de tradição, pois como bem leciona Francisco José Borges Motta (2012, p. 38):

[...] a Constituição não é só um documento, mas também uma *tradição*; assim, o operador do Direito (intérprete) deve ter a disposição de entrar nessa tradição e ajudar a interpretá-la de maneira condizente com a ciência do Direito, e não de questioná-la e substituí-la por alguma (ou qualquer) visão política (ou jurídica) radical que não possa ser objeto de argumentos. E isso (antecipamos) o próprio Gadamer (filósofo da linguagem que, como veremos, atravessa a obra de Dworkin), com outras palavras, já o dissera: se o juiz tem o dever de intervir "praticamente na vida", deve fazê-lo pautado por uma "interpretação correta" (*i.e.*, justa e não arbitrária) das leis, e isso "implica necessariamente que a compreensão faça a mediação entre a história e a atualidade".

Desta forma, nota-se que o intérprete deve fazer um trabalho em conjunto analisando o fato em uma escala ampla, em que outros intérpretes (doutrina, precedentes, etc.) também trazem seus argumentos para aquele fato e, somente a partir de uma filtragem constitucional, conseguir atingir um significado ou resultado adequado para a solução do conflito.

7 AFINAL, O QUE SÃO OS PRINCÍPIOS?

Talvez seja neste capítulo que o mais intrigante e complexo conteúdo do trabalho exsurja, os princípios.

De antemão, ressalta-se que nas diversas fontes bibliográficas analisadas, inúmeros doutrinadores descrevem o conceito de princípio de maneira tão leviana, afirmando conceitos vagos e de difícil aplicabilidade, que demais divagações seriam inócuas.

Contudo, ao se debruçar sobre o tema, percebe-se que muitos desses ilustres doutrinadores evitam adentrar no cerne da questão ante a complexidade da matéria e acabam por não esmiuçar os princípios, acreditando que tudo estaria óbvio.

Entretanto, nada é tão evidente e óbvio como pretendem, aliás, parafraseando Darcy Ribeiro, Lenio Streck (2013, s. p.) aduz que "Deus é tão treteiro, faz as coisas tão recônditas e sofisticadas, que ainda precisamos dessa classe de gente — os cientistas — para desvelar as obviedades do óbvio".

Exatamente neste ponto que este capítulo se mostra crucial, para que através da ciência, da pesquisa, da epistemologia, remova-se o véu que cobre a obviedade do óbvio, já que ao analisar os princípios poder-se-ia concluir pela falsa impressão de se tratar de algo tão simples que não valeria a pena ser estudado. Porém, ao se debruçar sobre o tema, nota-se que se torna algo tão complexo que ninguém consegue acreditar.

Pois bem, conforme o decurso da presente pesquisa, nos capítulos iniciais em que foi abordado o (neo)constitucionalismo, os paradigmas filosóficos, as escolas hermenêuticas, enfim, depois de alicerçado o trabalho sobre uma estrutura relativamente densa de argumentos filosóficos, ficou demonstrado que ainda hoje apostamos em renovar/reavivar teorias ultrapassadas, para não dizer outra coisa, como forma de solucionar antigos problemas ligados ao positivismo jurídico.

Hodiernamente, tem-se no senso comum dos juristas que através dos princípios o juiz deixa de ser um "boca da lei", como se a maneira de superar o já ultrapassado positivismo primitivo exegético, fosse apostar no retorno à jurisprudência dos valores, ou outras teorias similares.

Infelizmente a ciência jurídica pátria com a promulgação da Constituição de 1988, passados quase vinte e seis anos, ainda não foi capaz de criar novas teorias para seu uso adequado.

Como aduz Lenio Streck (2012, p. 47):

Uma Constituição nova exige novos modos de análise: no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria hermenêutica. Em 1988, o Brasil recebeu uma nova Constituição, rica em direitos fundamentais, com a agregação de um vasto catálogo de direitos sociais. A pergunta que se colocava era: de que modo podemos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica estava assentada em um modelo liberal-individualista (que opera com conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado germânico e francês), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões. Do mesmo modo, não havia uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico.

Posto isto, infelizmente, devido a essa carência teórica fez com que os juristas acabassem importando inúmeras teorias do direito estrangeiro e incorporando-as no Brasil, por vezes de forma equivocada ou mesmo porque a tradição cultural daqui não se compatibilizava com a do país de origem em que a teoria foi criada.

Neste emaranhado de teorias antigas, supostamente renovadas, ou até mesmo de importação de teses alienígenas, surgiu uma enorme crise jurídica, em que, na maioria das vezes os princípios passaram a serem os protagonistas delas, seja como vilões ou como soluções para os problemas.

Assim, deve a academia colocar as coisas nos seus devidos lugares, apontando possíveis soluções para os problemas atuais e locais, com pensamentos intimamente ligados à cultura da região.

Posto isto, passa-se a análise dos princípios numa ótica integrativa de completude e indissociabilidade na aplicação com as regras e não com um sentido hierarquicamente superior, como propõe algumas das teses de cunho argumentativistas.

O tema se mostra tão complexo e ainda há tanta discussão que vale mencionar que muitos doutrinadores e cientistas jurídicos que se filiavam a determinados conceitos e paradigmas para descrição dos princípios, recentemente renovaram suas teorias adotando também um viés hermenêutico filosófico.

Inúmeras vezes o nome do professor gaúcho Lenio Luiz Streck foi lembrado no decorrer da pesquisa, porém, por óbvio que ele não é o único que

adota as lições de Heidegger e Gadamer na hermenêutica filosófica para uma compreensão mais adequada da ciência jurídica ou dos estudos do constitucionalismo contemporâneo, bem como o tratamento dado aos princípios.

Outro doutrinador que merece ser lembrado, não só por sua enorme contribuição para o desenvolvimento da ciência jurídica no Brasil com suas diversas obras e artigos, mas também pela contribuição quando atuou como ministro do Supremo Tribunal Federal é o também gaúcho Eros Roberto Grau.

Recentemente Eros Roberto Grau lançou o livro intitulado "Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)", ou seja, já no título da obra se constata que o tema princípios tem sido tratado de maneira leviana por nossos operadores do direito.

Referido autor afirma, categoricamente em seu livro, que revê radicalmente o que houvera afirmado sobre os princípios em 1989 quando apresentou sua tese para concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.

A principal questão levantada pelo autor é o abuso cometido pelos tribunais no endeusamento dos princípios como aportes retóricos para justificar suas decisões que segundo ele, em nome da Justiça, levam a uma quase discricionariedade judicial (GRAU, 2013, p. 138).

De forma menos ponderada do que aduz o ex-ministro, pelo que foi levantado na pesquisa até agora, pode-se afirmar que a cega confiança no subjetivismo dos juízes, que muitas vezes exageram no uso dos princípios, levam a uma verdadeira discricionariedade, ilegítima, arbitrária e antidemocrática.

Entretanto, antes de chegar a conclusões, que podem ser precipitadas, imprescindível a análise específica dos princípios.

7.1 O conceito de princípio

Apesar de parecer repetitivo é importante sempre lembrar que o tema é deveras complexo e sob nenhum aspecto se pretende com este trabalho atribuir verdades absolutas - se é que elas existem - sobre o tema.

Ademais, inúmeros doutrinadores, brasileiros ou não, que tentaram fazer referido trabalho são ferrenhamente criticados por imprecisões ou mixagens teóricas.

Inclusive, os frequentemente lembrados, Ronald Dworkin e Robert Alexy, possuem divergências tão grandes nas suas linhas de pesquisas, em especial na parte conceitual, que é possível afirmar que a comparação feita entre eles muitas vezes são equivocadas, pois por partirem de pontos de partidas diversos, equipará-los se torna algo por vezes, ilógico.

Assim, seguindo a linha de pesquisa adotada, de análise dos princípios sob o aspecto hermenêutico, buscar-se-á atingir um conceito que condiz com a realidade atual que almeja a construção de um efetivo Estado Democrático de Direito, através de um constitucionalismo social e compromissório.

Porém, antes de tentar atribuir qualquer conceito, convém ressaltar que nada adianta escrever páginas e mais páginas sobre os princípios sem que a devida compreensão da viragem linguística¹⁴ ocorrida tenha sido devidamente compreendida.

É inconcebível a compreensão e a aceitação de constitucionalismo contemporâneo, pós-positivismo, (neo)constitucionalismo, novo paradigma, enfim, é inimaginável qualquer discussão mais profunda sem a devida superação do imperatividade da lei (objetivismo) ou da vontade ilimitada do intérprete (subjetivismo).

Posto isto, desde já, esclarece-se que os princípios do direito que o trabalho aborda não são os mesmos "princípios gerais do direito". Quanto a estes, Rafael Tomaz de Oliveira (2008, p. 50-51) leciona que:

[...] os *princípios gerais do Direito* aparecem como reminiscências do projeto jusnaturalista em pleno seio da cultura positivista emergente, como figuras capazes de suprimir as eventuais lacunas existentes no sistema positivo do direito codificado para lhe preservar a completude lógico-sistemática *conquistada racionalmente*. Além deste aspecto conteudístico, do projeto direito natural racionalista retira-se também o método de aplicação de tais princípios. Os princípios aparecem, neste caso, como axiomas de justiça necessários a partir dos quais se realiza a dedução. Desse modo, é possível dizer que eles funcionavam de maneira teórica e metodológica para reunir pelo menos duas exigências para concretização da completude axiomático-dedutiva do sistema: em primeiro lugar, a plenitude normativa, sendo articulados para *colmatar os espaços vazios do sistema em casos de lacunas*; em segundo lugar, *reduzindo eventuais contradições* que

¹⁴ Vide capítulo 6.

pudessem surgir da interpretação abstrata das disposições normativas do sistema jurídico codificado.

E no mesmo sentido Lenio Luiz Streck (2012, p. 543):

No positivismo primitivo do século XIX, o modelo sistemático é radicalizado, na medida em que seu ponto de partida deixa de ser a natureza humana e passa a ser um conjunto de textos organizados sistematicamente (um ordenamento). Em um primeiro momento, defendeu-se a objetividade de um modelo sistemático inviável e, em um segundo momento, desfeito o mito, a discricionariedade política tomou conta do direito. Sabemos em que isso resultou. Os princípios gerais do direito, desse modo, chegam ao ordenamento com a função de solucionar os problemas gerados pela insuficiência do modelo exegético co-conceitual e, resgatando o mundo prático, passaram a ser "pautas orientadoras da normação jurídica".

Assim, os princípios gerais do direito foram introduzidos no sentido de fechamento do "perfeito" sistema positivista clássico, preservando sua integridade e pureza - que obviamente é inalcançável se este for estudado nos moldes como primeiramente estabelecido, com as clássicas cisões metafísicas direito/moral e fato/direito.

Porém, remanesce ainda no ordenamento jurídico pátrio inúmeros dispositivos que remetem ao uso dos princípios gerais do direito, como a Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil, dentre outras.

Outrossim, com a alteração introduzida pela Lei nº 12.376/2010 que alterou tão somente a nomenclatura da antiga LICC, passando esta a se chamar Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, admitiu-se através dela, portanto, uma pauta de interpretação geral do direito, ou seja, apenas reforçou o positivismo já ultrapassado e superado, o que torna cada vez mais longínquo a efetiva chegada de um constitucionalismo contemporâneo e democrático.

Ou, conforme leciona Lenio Luiz Streck (2009, p. 110-111):

Agregue-se, ainda, por relevante, que a LICC é fruto de um modelo de direito liberal-individualista (modelo formal burguês, se assim quiser) que resume o direito às relações privadas. [...] Ora, ao se manter, nesta quadra da história, uma "lei de introdução ao direito" (sic) pautada na interpretação do Código Civil e nos parâmetros para uma aplicação "geral" do direito, está-se contribuindo para uma resistência de um modelo (positivista) em relação ao novo constitucionalismo, que ingressa na história justamente para superar o antigo modelo. Desse modo, jamais se terá a constitucionalização do direito civil; no máximo, ter-se-á uma "codificação" da Constituição.

Desta forma, os princípios hodiernamente não podem ser vistos como os antigos princípios gerais do direito que visavam uma solução para preenchimento de lacunas de um sistema positivismo exegético já há muito superado, tampouco como uma simples orientação da aplicação jurídica, mas sim como normas com sentido deontológico, que introduzem a moral no direito partindo de uma construção integrativa, democrática e intersubjetiva.

Cabe ainda ressaltar sobre outro discurso propagado que também merece ser revisto, qual seja, o que diz que os princípios seriam a positivação de valores.

Seja lá o que isto signifique, ao admitir tal conceito, abrem-se as portas para um pamprincipiologismo ilimitado, pois, assim se torna fácil a criação de diversos "princípios" para solução ou justificação de decisões discricionárias e arbitrárias.

Streck em sua obra *Verdade e Consenso* elenca apenas como forma exemplificativa trinta e nove¹⁵ princípios que não passam de aportes retóricos que se substituídos por qualquer palavra nada seria alterado, já que estes não possuem efetividade alguma, sendo apenas álibis teóricos.

Portanto, o conceito de princípio adotado pelo trabalho decorre principalmente dos eventos históricos que seguiram depois da Segunda Grande Guerra com a reestruturação política, social e econômica, bem como de uma revolução paradigmática do positivismo clássico para um constitucionalismo contemporâneo, ou, para o Estado Democrático de Direito.

Ou seja, princípios concebidos a partir da relação existente entre moral e decisão que são reconhecidos independentemente da lei ou apesar dela (OLIVEIRA, 2008, p. 59).

¹⁵ Princípio da simetria; da efetividade da Constituição; da precaução; da não surpresa; da confiança; da absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente; da afetividade; do processo tempestivo; da ubiquidade; do fato consumado; do deduzido e do dedutível; da instrumentalidade processual; da delação impositiva; protetor no direito do trabalho; da alteridade; da tipicidade fechada; cooperação processual; da confiança no juiz da causa; da humanidade; da benignidade; da não ingerência; da paternidade responsável; autogoverno da magistratura; da moderação; da situação excepcional consolidada; da jurisdição equivalente; da felicidade; da indenizabilidade irrestrita; lógico do processo civil; da recursividade; da dialeticidade; da elasticidade; da continuidade do serviço público; da cortesia; da inalterabilidade da sentença; da adequação; da exclusividade orçamentária; da beneficência de Hipócrates; da autonomia universitária;

Portanto, ressalta-se que os princípios são normas com um sentido deontológico e introduzem o mundo prático no direito, bem como a moral a partir de uma construção democrática através de constituições dirigentes e compromissórias (STRECK, 2009, p. 114).

Desta maneira, os princípios ao lado das regras possuem viés deontológico sendo inimaginável a separação de princípios e regras para uma resposta jurisdicional adequada, ou uma correta interpretação.

As regras resultam apenas da leitura do dispositivo legal, que é eivado de ambiguidades, sendo estes inerentes à linguagem. Os princípios, por sua vez, são vetores materiais que complementam as regras e fecham a interpretação, fazendo com que surja a norma que se dará somente no caso concreto.

Então, sintetiza Orlando Zanon (2013, p. 211):

Portanto, de acordo com o modelo normativo em tela, diante uma situação concreta (pergunta), o intérprete encontra no Ordenamento Jurídico uma Regra para resolução da controvérsia, a qual será conformada de acordo com os Princípios correlatos para, a partir desta articulação, extrair a Norma (resposta).

Sendo a norma o resultado da interpretação (conceito interpretativo) que se dá somente a partir de um caso concreto, não se justifica as divisões estruturais e semânticas comumente propagadas pela doutrina brasileira em que regras e princípios são espécies do gênero norma.

Portanto, os princípios e as regras são como condições de possibilidade da normatividade e não o contrário, a normatividade como condição de possibilidade de regras e princípios (STRECK, 2012, p. 550).

Conclui-se que para alcançar a devida produção normativa é indispensável a interpretação cumulativa de regras e princípios, sendo a regra analisada a partir da materialidade principiológica.

7.2 Princípio e aplicação

Conforme destacado no capítulo anterior, a principal colaboração da hermenêutica filosófica foi o rompimento da ontologia da coisa e da filosofia da consciência para o surgimento de uma ontologia da compreensão.

Trazendo esses ensinamentos para o universo dos princípios, Lenio Luiz Streck (2012, p. 545) propõe:

Portanto - e isso deve ser bem destacado -, não há, primeiro, uma formação subjetiva de princípios e, depois, sua aplicação compartilhada no mundo da convivência, mas essa formação principiológica é *formada pelo mundo* e, ao mesmo tempo, *forma mundo*, na medida em que pode articular um significado novo que exsurge da interpretação. [...] Nessa medida, os princípios aparecem como indícios formais (*formale Anzeigen*) que mostram o caminho - legítimo - para a formação do direito. [...] Esta é a grande transformação operada pelo primeiro constitucionalismo no seio da formação do Estado Moderno: na forma estatal medieval, obedecia-se porque o que havia era um "pertencimento" ao senhor feudal ou ao príncipe; sua vontade era soberana e, por isso, deveria ser cumprida (em síntese, a obediência era *ex parte príncipe*). No Estado Constitucional, obedece-se ao direito porque há um princípio que justifica tal obediência (*ex parte principio*).

Com o raciocínio proporcionado pelo tópico anterior, e verificada a natureza deontológica dos princípios, importante dimensionar a sua aplicação.

Os princípios devem ser articulados em um contexto de investigação que é pragmático-semântico e não semântico-sintático, no âmbito da analítica da existência e da história da filosofia, cujo conhecimento se dará a partir da racionalidade e não da causalidade (OLIVEIRA, 2008, p. 218).

O conhecimento pautado no vetor da causalidade não consegue abarcar a complexidade da natureza humana, existindo apenas aquilo que pode ser sustentado pela causalidade da natureza.

E assim aduz Rafael Tomaz de Oliveira (2008, p. 218):

Qualquer teoria do direito que se assente sob a teoria da causalidade sempre terá que prestar contas ao final, posto que retira do problema aquele em função do qual o direito é e pode ser colocado como problema: o ser humano. Ora, a metafísica do homem é coisa em si, pois não é conhecimento efetivo segundo o vetor da causalidade. Desse modo, artificializa-se o discurso sobre o direito procurando-se dominá-lo como se fosse conhecimento de uma determinada natureza: a dos fatos sociais, a dos atos de vontade, a dos valores, etc. *Todos os positivimos são, de alguma forma, herdeiros do vetor da causalidade. Inspirados no naturalismo*

que cresceu e fez moda no século 19, os positivismos (fático, normativista, axiológico), sofrem da patológica tentação de reduzir - plasticamente - o direito, e com o próprios problemas jurídicos, a uma dimensão em que as coisas simplesmente são e nada mais.

Desta forma, os princípios devem ser analisados numa ótica deontológica, em que o mundo prático - histórico - é introduzido no direito e, conseqüentemente, devolvendo todos os problemas relacionados à condição humana excluídos pelo vetor de racionalidade da causalidade - que se preocupava apenas com a natureza.

Todas as teses que não consideram o mundo prático para a interpretação/aplicação do direito, como as que dizem que os princípios são mais gerais ou abstratos do que uma regra, ou são valores positivados, ou até mesmo mandados de otimização, não se coadunam com a história - tradição - institucional de determinada cultura, surgindo os problemas já vastamente explanado, e principalmente o pamprincipiologismo.

Assim, é perfeitamente possível afirmar que em todos os casos há inúmeros princípios envolvidos, não este ou aquele, ou conforme afirma Rafael Tomaz de Oliveira (2008, p. 223) em expressa reconhecimento da contribuição feita por Streck:

Não há casos em que se aplicam regras e casos em que se aplicam princípios, mas o contrário, em todo e qualquer caso há a compreensão e interpretação de princípios e regras. Por tudo isso, deve-se reconhecer razão à Lenio Streck quando diz que há uma diferença ontológica entre regra e princípio. Isso representa um resgate do mundo prático no âmbito do pensamento jurídico. Nos princípios se manifesta o caráter da transcendentalidade. Em toda caso, compreendido e interpretado já sempre aconteceram princípios - e não o princípio; toda decisão deve sempre ser justificada na *comum-unidade* dos princípios, como nos mostra Dworkin. Não há regras sem princípios, do mesmo modo que não há princípios sem regras. Há entre eles uma diferença, mas seu acontecimento sempre se dá numa unidade que é a antecipação de sentido.

Ainda quanto à aplicação dos princípios, leciona Francisco Motta (2012, p. 226):

[...] princípios não são princípios porque a Constituição assim o diz, mas a Constituição é principiológica porque há um conjunto de princípios que conformam o paradigma constitucional, de onde exsurge o Estado Democrático de Direito. Insisto: os princípios *sempre* atuam *como determinantes* para concretização do direito e, em todo caso concreto, eles devem conduzir para a determinação da resposta adequada. *As regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos.* Elas "regram" o

caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios autorizam esta determinação; eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que - hermeneuticamente - vem do reconhecimento da *legitimidade*.

E, se valendo de Dworkin e Lenio, Motta assim afirma (2012, p. 222) quanto à construção da legitimidade democrática:

[...] para Dworkin, o princípio é um padrão de julgamento, ligado a uma justificativa moral, que deve ser aplicado na defesa de direitos. Sem que estes direitos (ligados, sobretudo, à igualdade) sejam respeitados, não estaremos em uma democracia. A sua defesa, portanto, não é um *favor* da maioria, mas o resguardo da legitimidade de um Estado Democrático de Direito. Além disso, o princípio é um padrão que, diferentemente das regras, não determina imediatamente um comportamento, apesar de seu perfil *deontológico* (diz o que *deve ser*, tem pretensão de eficácia). Essas premissas fazem com que se compreenda melhor a noção que Lenio transmite quando diz que cada regra tem um princípio que a *institui*. Claro: se o Direito deve ser coerentemente produzido, e se essa coerência é principiológica, evidentemente que toda a *regra* (como manifestação do Direito) deve encontrar justificativa no emaranhado de princípios que o integra. A regra não subsiste sozinha, não retira validade de si própria. Ela deve ter algum "sentido" coerente com a integridade do Direito. A esse "sentido", que não é prévio, que não é fixo, que não pode ser aferido proceduralmente, dá-se o nome de *princípio*.

Enfim, é nesta nova perspectiva, que segue na direção de melhor satisfazer as exigências da crise do modelo juspositivista, que a ciência jurídica caminha, visando à construção de um ordenamento com princípios democráticos numa constante de atribuição de sentidos, de maneira democrática e intersubjetiva, reaproximando a moral do direito.

O reconhecimento dos princípios no Direito não implica a sua utilização leviana, como que mero exercício de retórica. Da forma como estão sendo utilizados se mostram instrumentos de justificação de decisões injustificáveis de tão inconstitucionais.

Entendendo esta realidade, será possível compreender o porquê da integridade do ordenamento jurídico entre regras e princípios, porque um influencia e é influenciado pelo outro.

Através da tradição, e somente por ela, que se torna possível a definição de um princípio jurídico.

Um princípio é se ele "se faz ser" no mundo, e essa constatação é possível de ser realizada cientificamente. Negar isso é negar, por exemplo, a existência do Estado ou da própria Constituição.

É claro que a singeleza do presente trabalho não almeja maior profundidade jusfilosófica, porém, fica aqui clara a procedência da crítica ao pamprincipiologismo, que não objetiva negar a existência dos princípios, mas sim, melhor delimitar seus contornos e aplicação conforme toda a abordagem realizada.

8 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: A CRISE EVIDENTE

Superada a análise do fenômeno principiológico, bem como a abordagem filosófica e hermenêutica que circunda o tema, nada mais relevante do que conferir determinado pragmatismo à pesquisa, ou seja, importante o estudo que evidencia a crise interpretativa instalada no universo jurídico, gerando uma insegurança jurídica de proporções inimagináveis.

Como se notou no decorrer do trabalho, infelizmente ainda não se conseguiu superar o velho esquema sujeito-objeto, fruto da filosofia da consciência, continua-se a acreditar em princípios retóricos e antidemocráticos como o famigerado "princípio do livre convencimento motivado", também conhecido como "princípio da persuasão racional", que atualmente está expresso nos artigos 131 e 436 do Código de Processo Civil.

Através deles, confere-se uma liberdade extrema aos julgadores, afirmando que estes, ao motivarem suas decisões, poderão fazê-la a partir de suas consciências.

Ou seja, o sujeito, assujeitador do objeto, atribuidor de sentidos, acaba por impor os seus preconceitos e vontades nos preceitos legais, conferindo-lhes o significado que bem entender, não se valendo de princípios para isso, ou melhor, se valendo apenas de princípios retóricos e antidemocráticos.

Obviamente que decisões dessa estirpe não possuem constitucionalidade alguma, já que não há legitimidade democrática para que alguém ou algum órgão opine de acordo com sua consciência e não de acordo com a Constituição democraticamente promulgada, ou seja, num país que pretende ser Democrático de Direito, o povo não pode depender daquilo que um determinado magistrado ou tribunal pensa, pois evidente que as decisões sejam proferidas de acordo com a jurisprudência, a doutrina e a legislação constituída em uma esfera de discussão democrática, ampla intersubjetiva e atual - devendo sempre ser revisada e atualizada.

A aplicação do direito, portanto, deve sempre se valer de uma filtragem constitucional, sendo a Constituição o ponto de partida e chegada para qualquer interpretação.

Cumpra esclarecer, conforme já foi ressaltado em outro momento, que não se pretende sob nenhum aspecto opor críticas a este ou aquele tribunal, a este ou aquele magistrado, ou até mesmo ao Poder Judiciário como um todo.

Contudo, é evidente que na análise da hermenêutica/aplicação do direito, é na sentença, na decisão, por todas as características inerentes à jurisdição, que se torna mais fácil e didático a pesquisa, bem como a compreensão da crise a partir de julgados de processos reais.

Salienta-se também que, ante aos enormes poderes conferidos aos "magistrados da modernidade", pela relevância que o órgão judicante vem tendo, ou pela própria facilidade de se conseguir informações na era digital, que será feita uma análise da crise instalada no direito sob a ótica jurisprudencial.

Essa crise é hermenêutica. Atualmente se permite que o juiz ou tribunal tenha liberdade tamanha a ponto de "superar" normas democraticamente impostas para aplicar determinados "valores" por eles mesmos instituídos.

Tremendo retrocesso. Não passam de posturas voluntaristas que remetem aos séculos passados.

Assim, conforme analisado, em verdade, a crise é hermenêutica filosófica, já que ainda prevalece enraizado o paradigma da filosofia da consciência, que apesar aparentemente estar superado, insiste e se manter vivo numa tradição inautêntica.

Pois bem, exposto um panorama geral sobre o que será abordado, passa-se a colacionar alguns trechos de julgados e algumas ementas que explicitam não só o fenômeno do pamprincipiologismo como também a "livre consciência" (in)constitucional de alguns julgadores:

Ao Tribunal, e ao Juiz, não compete detalhar os dispositivos legais aplicados no julgamento da causa. Incumbe-lhes apenas julgar de acordo com o seu convencimento e com a sua consciência, optando pelo posicionamento que lhe parecer mais adequado ao enfrentamento da questão colocada ao seu poder-dever de decisão, pois não estão adstritos aos fundamentos de Direito trazidos pelas partes, nem estão obrigados a se manifestar expressamente sobre todos eles quando, solucionam a lide sob motivação diversa da esposada pelas partes.

(TJSC. Embargos de declaração em agravo sequencial do artigo 557, § 1º do Código de Processo Civil n. 2006.012739-7/0001.00)

Resta saber qual a constitucionalidade de uma decisão que se nega a transcrever os fundamentos legais aplicados, ou seja, evidente o grave equívoco cometido pelo juiz.

Abaixo, seguindo o mesmo raciocínio solipsista, nota-se num Mandado de Segurança que a concessão da ordem ficou condicionada a um suposto "poder discricionário do magistrado" que numa eventual denegação não causaria ofensa à legalidade.

Isso não é tudo, como forma de justificar eventual prejuízo que a parte viesse a sofrer, o Tribunal afirma que esta poderia se valer de outra ação para reparar os danos - e depois reclamam da infinidade de processos - e, assim dispôs a ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL. PREJUÍZO REPARÁVEL. DENEGAÇÃO DO *WRIT*. A apreciação da medida liminar, no mandado de segurança de origem, cabia no poder discricionário do magistrado, não revelando, sua denegação, ofensa a legalidade. Presente, além disso, a possibilidade do impetrante obter a reparação de prejuízos que venham a ocorrer, descabe também por isso, a concessão da segurança postulada contra o ato do juiz.
(TRF 4º Região. Brasil. Tribunal Regional da 4º Região. Mandado de Segurança n. 91.04.06246-9)

Por fim, talvez o mais emblemático caso que, aliás, tornou-se famoso no universo jurídico, foi o do Ministro Humberto Gomes de Barros do Superior Tribunal de Justiça, que ao prolatar seu voto mencionou que não se submetia a nada, senão a sua consciência, como se vê abaixo:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

(STJ. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n 279.889/AL.)

E no mesmo sentido, mais um exemplo que merece ser superado e evitado a todo custo, devendo os operadores do direito lutar para que decisões dessa natureza não se propaguem nos Tribunais:

O Juiz, como ser humano culturalmente diferenciado, deve sentir desconforto quando não interage com os valores pessoais e tradicionais do contexto social. Assim, o que motiva o julgador a tomar a decisão mais justa é seu senso intuitivo do que é certo, filtrado nos princípios do Direito e na sua formação moral, além da consciência média da comunidade a que jurisdiciona.

(TJSC. Santa Catarina. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação n. 2006.045036-8.)

Seria ideal que casos como esses fossem raros e isolados, entretanto, infelizmente não é difícil encontrar mais inúmeros exemplos como esses, em qualquer tribunal brasileiro, seja na justiça especializada ou não, federal ou estadual.

Se a ciência jurídica continuar se pautando em premissas equivocadas como estas, em consciências "culturalmente diferenciadas", a democracia não passará de uma falácia, ou um projeto inatingível.

Nesse sentido que o papel da academia se torna cada vez mais importante, bem como o da doutrina, que deve voltar a doutrinar e não apenas reproduzir decisões tribunais ou simplificar, esquematizar, reduzir, enfim, diminuir o importante papel da ciência jurídica.

Porém, por óbvio, que o papel transformador da sociedade não cabe somente à academia ou à doutrina. Se os órgãos estatais, em especial o parlamento e o judiciário não despertarem para o caos evidente que se anuncia toda e qualquer tese que vise estabelecer uma sociedade mais equilibrada e democrática não passará de tinta em papel.

9 CONCLUSÃO

1. Complexo. Sim, esse é um adjetivo que se encaixa perfeitamente com a ciência jurídica. Mas, se é assim, deve ser tratada como tal. Diminuições teóricas, facilitações de tudo, resumos e mais resumos, pragmatismo exagerado, não servirão para uma real superação de paradigma - expressão atualmente tão utilizada.

Assim, é indispensável que a academia retome sua posição crítica, que volte a desenvolver ideias, que amplie o horizonte de seus novos integrantes, que areje os seus velhos pensamentos, que busque renovação do conhecimento, que veja o novo com um olhar também novo. Em analogia, não é admissível que se façam cirurgias com métodos de assepsia do século XVIII.

Enfim, primeiro, faz-se indispensável abertura para novos horizontes, valentia para abnegar as "verdades reais" (*sic*) vetustas, ultrapassadas e, mais coragem ainda para aceitar as mudanças e novidades.

2. (Neo)constitucionalismo. Merece um destaque maior e abordagem mais aprofundada, já que é um fenômeno que abarca inúmeros significados, surgindo críticas e problemas até mesmo com a semântica da palavra. Conforme foi ressaltado.

Apesar disto, toda contribuição trazida com as novas constituições, em especial as surgidas depois da Segunda Grande Guerra, mostraram-se indispensáveis para uma real evolução social, contudo, os posicionamentos eufóricos que apostam ser este fenômeno o vilão ou, a solução da crise jurídica atualmente existente, não se mostram adequados.

A busca para uma melhor convivência social, uma sociedade mais equânime, sem dúvida é louvável, porém, como sugere alguns dos posicionamentos (neo)constitucionalistas, que numa suposta "superação do modelo positivista" apostam na discricionariedade, no ativismo sem controle, nas posturas voluntaristas, deslocando o legislador para o intérprete não aparentam ser a saída mais adequada. Afinal, qual a legitimidade desse intérprete em uma sociedade democrática?

Portanto, equilíbrio é sempre fundamental, principalmente numa sociedade plural e rica como a atual, onde todos devem, ou ao menos deveriam ter o poder de decisão, das escolhas.

3. Quanto aos paradigmas filosóficos, conhecê-los, sem dúvida, tornam qualquer tese mais densa e capaz de perdurar ao longo da história. Porém, talvez por conta do atual pragmatismo em que tudo gira em torno do mundo prático, são frequentemente deixados de lado.

Assim como qualquer classificação, que não deve ser feita pela divisão 'certo e errado', mas sim pela sua 'utilidade ou inutilidade' a evolução filosófica jurídica deve ser tratada da mesma forma.

A busca incessante pela segurança jurídica foi o motivo principal pela falência do modelo juspositivista, contudo, não significa dizer que aquele estava errado, mas, apenas, que não era o mais adequado no decorrer do desenvolvimento social.

O juspositivismo que surgiu a partir dessa falência, possui inúmeras facetas e, assim como (neo)constitucionalismo não admite reducionismos teóricos.

Uma de suas facetas é o positivismo jurídico atual, democrático, que há muito já superou aquele surgido no início do século XIX, fruto da evolução das ciências exatas, que tentou atribuir a mesma exatidão destas ciências para as ciências sociais.

Nesta faceta do positivismo, o democrático, em especial através de um constitucionalismo contemporâneo, em que há uma valorização do texto constitucional, onde há uma aproximação da moral ao direito - façanha que o positivismo exegético normativista não aceitava - é possível estabelecer novos horizontes a partir de uma esfera ampla e intersubjetiva de discussões, escolhendo quais são os melhores rumos a serem seguidos e, isto se dá, em especial através do parlamento (democrático) e não das posturas individuais dos agentes públicos.

4. Hermenêutica. A procura pelos significados dos textos sempre foi algo que inquietou a civilização, que acabou por desenvolver métodos para a compreensão dos signos linguísticos.

No mundo moderno, os primeiros métodos, a instrumentalização para a análise dos textos se deu com os estudos bíblicos, porém, estes se limitavam a encontrar a semântica das palavras, além de lhe dar com todas as limitações inerentes à religião.

Sem embargo, das diversas rupturas existentes no campo hermenêutico, duas mereceram destaque especial, a um, a filologia que conseguiu, de certa forma, desvincular-se dos limites culturais - religião, por exemplo -, para uma efetiva compreensão do conteúdo do texto, a dois, a fenomenologia que rompeu de vez com o conceito de métodos de interpretação, de instrumentalidade, passando a buscar o sentido dos textos a partir da própria existência do ser, numa fusão de horizontes entre o objeto estudado e o intérprete.

5. No universo jurídico, a evolução da hermenêutica seguiu nos mesmos passos e evoluiu conforme a própria evolução da ciência jurídica, possuindo em especial três grandes fases, sendo a primeira a da interpretação dos códigos, surgidos do período de codificação pós revolução francesa, a segunda com a introdução de conceitos sociológicos, finalísticos, teleológicos e, por fim, a terceira após a Segunda Guerra Mundial.

De todas as escolas é indispensável que se dê destaque a criada pelo jurista brasileiro Miguel Reale, que através de estudos da fenomenologia desenvolveu a chamada teoria tridimensional do direito, trazendo uma enorme contribuição para evolução da ciência jurídica.

6. Talvez o principal fator que leva a crer que os estudos hermenêuticos e a ciência jurídica ainda estejam presos a conceitos e métodos ultrapassados, se deva ao fato desta ainda não ter sido atingida pelos reflexos da grande revolução paradigmática ocorrida na seara filosófica.

Este pensamento vetusto e obnubilado da ciência jurídica fez exsurgir várias posturas antidemocráticas, pois, conforme criticado inúmeras vezes no decorrer da pesquisa, por vezes ainda se aposta em posturas objetivistas e em outros momentos em posturas subjetivistas. Explica-se.

Em se tratando de epistemologia ao longo da história da humanidade, basicamente passamos por três grandes fases, uma, desenvolvida na Grécia antiga, em que se buscava extrair das coisas a sua essência, onde o objeto era o mais valorizado na busca pelo saber (objetivismo). A segunda, principalmente com os estudos de Descartes e o posterior desenvolvimento do iluminismo, em que o intérprete passou a ser o mais importante na investigação do conhecimento (subjetivismo). Por fim, a terceira, que é a atual, na qual a linguagem se tornou condição de possibilidade para compreensão do ser, em que há uma fusão de horizontes para atribuição de um novo sentido da percepção da realidade, numa

constante evolução, porém, com respeito à tradição e as respostas anteriormente atingidas.

A partir desta revolução paradigmática filosófica, deve ser adotado como matriz teórica a hermenêutica filosófica, que se mostra mais adequada ao estudo da ciência jurídica.

Desta forma, consegue-se uma atribuição de sentido legítima na interpretação dos preceitos legais. Abandonam-se métodos que buscam encontrar a intenção textual, ou que o texto "quis dizer" (objetivismo), bem como as posturas voluntaristas em que o intérprete atribui o sentido que lhe convir (subjativismo) para alcançar uma resposta ou o sentido do texto. Passa-se a analisar os textos a partir do preconceito trazido pelo intérprete, de suas vivências e experiências, bem como do momento histórico e cultural em que o texto surgiu, atribuindo um novo sentido ao texto, que deverá ser respeitado para as próximas interpretações, podendo também ser superado, mas, isto dependerá de uma mudança da própria tradição e evolução do pensamento.

Por isso, a Constituição deve ser mantida como num lugar privilegiado de validade do sistema jurídico, vez que se trata de um preceito democrático, cujos seres por ela vinculados tiveram a oportunidade de escolher quais seriam os objetivos a ser seguidos e, em quais princípios a sociedade deveria se fundar.

7. Pamprincipiologismo, conforme abordado, basicamente consiste no abuso cometido principalmente pelos membros do órgão judicante que se utilizam dos princípios como meio retóricos para fundamentar suas decisões e, em decorrência disso há um evidente enfraquecimento da democracia, do sistema jurídico e da previsibilidade das ações estatais.

Há na atual sociedade quem defenda esse ativismo antidemocrático e sem controle, acreditando que transferir as funções do parlamento para o judiciário seria uma saída para a evolução social, porém, não só a sociedade que aparentemente se equivoca, já que o judiciário é leniente com isso e acaba por comprometer todo o sistema jurídico.

Princípios são muito mais do que meros aportes teóricos que o julgador se utiliza ao seu bel prazer para justificar toda e qualquer decisão, princípios são deontológicos, que devem ser articulados juntamente com as regras jurídicas para alcançar a norma jurídica e, essa norma só surgirá a partir de uma hermenêutica filosófica, de uma atribuição de sentido a partir de um caso concreto.

Portanto, em uma democracia, não se pode depender daquilo que determinado julgador pensa sobre o assunto. Em um ambiente realmente democrático é indispensável que as decisões sejam dadas com base na jurisprudência, na doutrina e principalmente na legislação construída numa esfera de discussão, que, com certeza, valem mais do que uma opinião pessoal.

Desta forma, manejar princípios, não é tarefa fácil, tampouco manejar as regras e, conforme ressaltado no início desta conclusão, a ciência jurídica é mesmo complexa. Deve-se, assim, buscar novos paradigmas para uma adequada aplicação, ao menos democrática, para que não se dependa desta ou daquela pessoa, pois, se assim o fosse, seria melhor abandonar o direito e estudar a rotina e o humor dos magistrados.

Óbvio que não é fácil atingir um modelo ideal de decisão, de análise de casos, contudo, permanecer com posturas desenvolvidas há séculos e que não mais se justificam, também não parece ser a medida mais adequada.

8. Ao mencionar que o direito e a ciência jurídica como um todo deve ser olhada com olhos novos, a partir de uma filtragem constitucional, de uma análise democrática, significa dizer que é imprescindível que novos estudos sejam realizados para alcançar uma nova teoria da norma, uma teoria das fontes, uma teoria da interpretação e uma teoria da decisão.

A Constituição Brasileira é democrática, atual, prevê inúmeros direitos e garantias, contudo, se continuarmos a estudar o direito a partir de uma lei de introdução que até pouco tempo se limitava a introduzir a legislação que rege as relações privadas, nunca se conseguirá atingir um Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. - 16. ed. rev. e atual. - São Paulo: Verbatim, 2012.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência"**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/Rede.asp>>. Acesso em: 25 abr. 2013.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Conjur - Consultor Jurídico. 26 abr. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil>. Acesso em: 10 abr. 2013.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria generale del diritto**. G. Giappichelli Editore: Torino, 1993.

BUCKINGHAM, Will. BURNHAM, Douglas e outros. **O Livro da Filosofia**. Tradução Douglas Kim. São Paulo: Globo Livros, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed. Coimbra - Portugal: Almedina, 2002.

CARBONEL, Miguel. (org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid - Espanha: Trotta, 2003.

_____. (org.) **Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos**. Madrid - Espanha: Trotta, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 16 ed. rev., atual. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (org.) **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GIGANTE, Rodrigo Duarte. **Do jusnaturalismo ao juspositivismo: uma breve história do pensamento jurídico**. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins fontes, 1998.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. São Paulo: Malheiros Editora, 2013.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O caso, John Marshall e o controle de constitucionalidade**. in: Revista de Informação Legislativa, a. 43, n. 172, out/dez. 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

MAZOTTI, Marcelo. **As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei**. Barueri, SP: Minha Editora, 2010.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando os direitos a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2 ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Alexandre Cebrian Araujo (2012). **Direito Processual Peal Esquematizado**. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. Daniel Sarmento. 03 set. 2012. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **A camponesa e o homo empoderadus de terrae brasilis**. Lenio Luiz Streck. 11 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-11/senso-incomum-camponesa-homo-empoderadus-terrae-brasilis>>. Acesso em: 17 out. 2013.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. rev. atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas** - 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TRINDADE, André Karam. **Crítica à imprecisão da expressão neoconstitucionalismo**. Conjur - Consultor Jurídico. 19 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-19/diario-classe-critica-impresicao-expressao-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. Documento eletrônico. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013.

_____. **Juspositivistas e Pós-positivistas**. Documento eletrônico. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013.