

1 INTRODUÇÃO

Uma das principais questões de que se ocupa a Filosofia do Direito concerne ao debate acerca da superação do positivismo jurídico. Técnicas e métodos são constantemente desenvolvidos visando à alteração dos paradigmas vigentes na Ciência do Direito, para torná-la apta ao enfrentamento dos desafios sociais que surgem com o limiar do novo século.¹

É possível, no entanto, identificar nessas tentativas de renovação um problema de natureza epistemológica, que denuncia a força dos paradigmas forjados pela ciência da modernidade e, conseqüentemente, do positivismo jurídico: impera no pensamento jurídico, como verdadeiro dogma, o esquema sujeito-objeto da filosofia da consciência, desenvolvido a partir do método cartesiano de certeza. A Ciência do Direito desenvolveu-se estruturada sobre o pensamento racionalista e sobre o mito da neutralidade axiológica, fato que pode ser verificado na análise das origens do constitucionalismo e do liberalismo modernos, impulsionados pela pretensão jusnaturalista de construção de um sistema jurídico de pretensa completude.²

É com base no desenvolvimento da linha de pesquisa de Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, do curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e, principalmente, com fundamento nas construções teóricas de Streck, que o presente trabalho abordará os aspectos relativos ao embate entre o positivismo jurídico e a hermenêutica filosófica, visando a apontar os caminhos de superação do positivismo pela hermenêutica. Por conseguinte, será delineado um paradigma condizente com o Estado Democrático, a partir da hermenêutica filosófica.³

¹ A expressão “paradigma” será empregada neste trabalho no sentido atribuído por Kuhn, como uma realização científica suficientemente sem precedentes a ponto de atrair um grupo duradouro de partidários. (Conforme KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 8.ed.rev. São Paulo: Perspectiva, 2003, pp. 29 – 30).

² De acordo com Bobbio, a expressão “positivismo jurídico” não procede da expressão “positivismo” em sentido filosófico, derivando da locução “direito positivo”, em contraposição à “direito natural”. O autor sintetiza seis critérios de distinção entre direito positivo e direito natural: 1) Universalidade-particularidade: o direito natural é válido para todos e o direito positivo somente em determinados lugares; 2) Imutabilidade-mutabilidade: o direito natural é imutável no tempo e o direito positivo é mutável; 3) *Natura-potestas o populus*: refere-se à fonte do Direito. O direito natural decorre da natureza racional do homem, conforme seja determinado ato proibido ou ordenado por Deus, autor da natureza. O direito positivo é aquele estabelecido pelo Estado; 4) *Ratio-voluntas*: o direito natural é conhecido através da razão humana e o direito positivo por meio de uma declaração de vontade de outro (promulgação); 5) Regulação de comportamentos: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus em si mesmos, e os regulados pelo direito positivo são em si mesmo indiferentes, assumindo determinada qualificação somente depois de regulados de determinada maneira pelo direito positivo; 6) Valoração das ações: o direito natural estabelece o que é bom e o direito positivo o que é útil. (Conforme BOBBIO, Norberto. **El positivismo jurídico**. Tradução de Rafael de Asís e Andrea Greppi. 1.ed. 1.reimp. Madrid: Debate, 1998, p. 35).

³ Streck demonstra a importância da distinção existente entre a hermenêutica clássica e a hermenêutica filosófica de matriz gadameriana, estruturada a partir de pressupostos ontológicos heideggerianos. A hermenêutica jurídica

É, pois, objetivo deste trabalho apresentar, considerando as peculiaridades do Estado Democrático brasileiro, uma justificação ao fenômeno do dirigismo constitucional a partir da hermenêutica filosófica, por meio da análise específica das noções gadamerianas de jogo e arte, com respaldo na fenomenologia ontológica heideggeriana. Com efeito, pretende-se demonstrar as razões pelas quais o positivismo jurídico pode ser efetivamente superado pela hermenêutica filosófica e pelo dirigismo constitucional.

Essa tarefa é desempenhada tendo como ponto de partida a identificação das influências do projeto científico da modernidade no Direito brasileiro, análise empreendida no capítulo 2 deste trabalho. No Direito brasileiro podem ser apontados como conseqüência do jusnaturalismo racionalista a formação do imaginário jurídico positivista dominante, a crença de que é função exclusiva do Direito a manutenção do *status quo* e a crença de que o incremento da atividade legiferante é a única solução para todos os males que assolam o País – item 2.1.

A Constituição Federal de 1988 instaurou uma nova ordem que rompeu definitivamente com as tradições antidemocráticas dos regimes militares, representando efetivo avanço em termos de conquistas sociais, ao consagrar em seu texto as diversas dimensões dos direitos fundamentais, como as demais Constituições do segundo pós-guerra, representando uma nova fase do constitucionalismo. A superação dos dualismos metafísicos demonstra, no dizer de Albert, que “os resultados de una ciencia logicamente neutral jamás pueden ser suficientes cuando se trata de la superación de situaciones prácticas”.⁴ Isso significa que o Direito não pode ser estudado como um fato social por um observador neutro. A compreensão do Estado Constitucional se dá a partir de uma postura ética. As Constituições do segundo pós-guerra, como a brasileira, estão eivadas de princípios morais positivados, reconduzindo problemáticas morais, então não consideradas pela racionalidade científica, ao interior do discurso jurídico.⁵

trabalhada pelo autor com base nesses elementos importa em uma renovada concepção do Direito (a *Nova Crítica do Direito*), o que implica em ruptura com as tradições dos dualismos metafísicos, pela invasão da filosofia pela linguagem: “Dito de outro modo: a partir dessa revolução copernicana que penetra nas estruturas do imaginário dos juristas, a hermenêutica jurídica passa a ser existência, faticidade. Longe dos dualismos metafísicos que têm caracterizado o Direito, o próprio Direito e os fatos sociais não estão mais separados do intérprete. Isto ocorre porque não mais se pode falar de uma relação sujeito-objeto, passando-se a falar de uma relação sujeito-sujeito”. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5.ed.rev.at. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 218 – 219. Vide ainda o Capítulo 10, pp. 175 a 234, que trata especificamente da *Interpretação do Direito no interior da viragem lingüística*).

⁴ ALBERT, Hans. **Razón crítica y práctica social**. Barcelona: Paidós Ibérica, 2002, p. 88.

⁵ Conforme STRECK, Lenio Luiz. “A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo”. In _____; ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, sistemas sociais e**

A solução dos problemas sociais, políticos, econômicos e culturais de uma sociedade democrática como a brasileira não é alcançada pela aplicação de um Direito epistêmica e metodologicamente vinculado às tradições jurídicas clássicas. No âmbito de uma sociedade democrática, onde as tensões e os conflitos são legítimos, uma mera leitura subjetiva do direito positivo é insuficiente no quadro da complexidade do desenvolvimento das relações sociais.⁶

Em sentido contrário à evolução do constitucionalismo, o imaginário jurídico, calcado na racionalidade jusnaturalista e nas doutrinas iluministas que deram sustentação teórica às revoluções burguesas, demonstra toda a sua força, institucionalizando modelos positivistas que, equivocadamente, são apresentados como grandes inovações teóricas do Direito brasileiro.

É o caso do Código Civil de 2002 e da técnica legislativa das cláusulas abertas que consagra, incorrendo em paradoxo ao pretender superar o positivismo por meio de métodos e técnicas também positivistas. Desconsidera-se o fato de que o positivismo não é apenas identificado com o legalismo, referindo-se também à discricionariedade judicial,⁷ legitimando em sede infraconstitucional o modelo interpretativo kelseniano – conforme analisado no item 2.2.

Com base nas teorias da argumentação, que não superam o esquema sujeito-objeto, ao revés, dele se aproveitam, não é superado o silogismo subsuntivo; por conseguinte, não é superado o mito da neutralidade axiológica. Em razão da discricionariedade judicial e da pretensa completude do sistema jurídico, em caso de “lacunas” legais o magistrado é livre para decidir como melhor lhe aprouver, de forma desvinculada dos preceitos constitucionais que não conseguem romper a barreira formada por esse sistema completo, desde que respeitado o procedimento para se chegar a uma decisão (a validade do preceito decore do procedimento e não do seu conteúdo material).⁸

O que o trabalho propõe é uma radicalização hermenêutica dirigida à análise dos elementos necessários à lenta transformação do imaginário jurídico dominante, com

hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos, 2004. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 155.

⁶ Nesse sentido, BARRETTO, Vicente de Paulo. “O direito no século XXI: desafios epistemológicos”. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n. 3**, 2005, pp. 279 – 280.

⁷ Conforme STRECK, Lenio Luiz. “A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo”... p. 157.

⁸ Idem, pp. 157 – 158. “Nesse sentido, parece não restar dúvidas de que, para o positivismo, a validade de um preceito provém somente da competência e do procedimento e não de seu conteúdo material. No fundo, para o positivismo, o juízo de vigência é o único que os tribunais podem emitir, negando, assim, a diferença entre vigência e validade”. (Idem, p. 158).

conseqüente superação dos paradigmas positivistas do Direito brasileiro. Considerando a natureza dirigente da Constituição Federal de 1988, a hermenêutica filosófica apresenta uma via para a superação do positivismo, pois está comprometida com um saber prático que destrona a neutralidade de uma verdade supostamente absoluta. Nesse cenário, uma teoria material da Constituição passa a ser concebida como uma teoria social, pois, como alerta Streck, a Constituição é um existencial e faz parte do modo de ser-no-mundo do intérprete, rompendo a dicotomia moderna Estado-sociedade.⁹

Como será demonstrado no item 2.3 do trabalho, a hermenêutica filosófica não se ocupa apenas da face apofântica do discurso, mas, principalmente, da face hermenêutica, permitindo a compreensão de “algo como algo”. O “algo como algo” significa ser interpretado o mundo já compreendido, ou seja, o “algo como algo” é o que se explicita na compreensão, pois antecede qualquer proposição temática a respeito. Esse “como” não ocorre pela primeira vez na proposição, que apenas pronuncia o que somente é possível de ser pronunciado por já haver, previamente, se oferecido para ser pronunciado.¹⁰ Destrói-se, desse modo, as imposições axiomáticas do positivismo e das teorias da argumentação, sem, contudo, interferir no funcionamento semântico do discurso.

Daí ressalta a importância da Constituição como o espaço democrático que, conformando o político, não constitui apenas as estruturas de organização do Estado, mas constitui a própria sociedade, como efetivo projeto de construção de uma sociedade democrática. O intérprete traz consigo, como modo de ser-no-mundo, uma compreensão prévia do sentido de Constituição, em face do processo de antecipação de sentido, que reside na chave do “algo como algo”.¹¹

É, portanto, o sentido de Constituição que constitui o sentido do ordenamento jurídico. Por conseguinte, impõe-se a tarefa de analisar as razões pelas quais a hermenêutica filosófica vincula o intérprete a uma compreensão do ordenamento jurídico concebido pelo dirigismo constitucional. Como salienta Canotilho, uma Constituição dirigente pode e deve ordenar o cumprimento regular, adequado e oportuno das imposições constitucionais, conciliando, como projeto global de sociedade, a lógica da Constituição de um Estado de Direito com a lógica democrática que exige a compreensão da Constituição em si mesma.¹² Como justificação

⁹ Conforme STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 179 – 180.

¹⁰ Conforme HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**. Neunte unveränderte Auflage. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1960, pp. 148 – 149.

¹¹ Conforme STRECK, Lenio Luiz. **op. cit.** p. 179.

¹² Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 11. “Com efeito, perguntar pela ‘força dirigente’ e pelo ‘carácter determinante’ de

filosófica dessa vinculação, o presente trabalho apresenta como fundamentais as noções gadamerianas de jogo e arte, analisadas respectivamente nos capítulos 3 e 4.

O jogo não é método ou técnica de interpretação, mas um modelo estrutural que permite a explicação e a explicitação do saber filosófico, a partir das coisas elas mesmas. Isso significa que decorre do círculo hermenêutico um sentido ontologicamente positivo, que faz desaparecer a subjetividade do intérprete em face do movimento que é jogo. O intérprete é vinculado pelo movimento do jogo, suprimindo a subjetividade assujeitadora do esquema sujeito-objeto, estabelecendo-se uma relação de intersubjetividade entre o intérprete e o que se pretende compreender. Nesse movimento do jogo que é compreensão, ocorre a pertença, em razão da antecipação de sentido, do intérprete ao que se pretende compreender: o jogo possui a estrutura da compreensão¹³ – item 3.1.

Sendo o sentido de Constituição que constitui o sentido do ordenamento jurídico, o movimento do jogo é condicionado pelo sentido de Constituição – item 3.2. O sentido ontologicamente positivo que decorre do círculo hermenêutico permite justamente ao intérprete fixar-se nas “coisas elas mesmas”, no “algo como algo” que subjaz às proposições. O movimento do jogo é condicionado pelo sentido de Constituição, vinculando o intérprete na formação de juízos autênticos. Esse é o risco constante que o intérprete corre no movimento do jogo: caso vincule-se a uma tradição inautêntica, sua interpretação padecerá do vício da inconstitucionalidade.

Nesse movimento, os princípios constitucionais exercem um papel decisivo, pois é por meio deles que a própria Constituição se concretiza, isto é, que o sentido de Constituição permeia e se faz presente em todos os recantos do ordenamento jurídico. Mas, para tanto, é imprescindível uma releitura da distinção entre regras e princípios, a partir da fenomenologia hermenêutica da diferença ontológica. O reconhecimento da diferença ontológica confere maior força normativa aos princípios, afastando-se das teorias tradicionais acerca da matéria (no trabalho são analisadas, no item 3.3, as teorias de Canotilho, Alexy e Dworkin).

uma lei fundamental implica, de modo necessário, uma indagação alargada, tanto no plano teórico-constitucional como no plano teórico-político, sobre a função e a estrutura de uma constituição. Deve uma constituição conceber-se como ‘estatuto organizatório’, como simples ‘instrumento de governo’, definidor de competências e regulador de processos, ou, pelo contrário, deve aspirar a transformar-se num plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins? Uma constituição é uma lei do Estado e só do Estado ou é um ‘estatuto jurídico do político’, um ‘plano global normativo’ do Estado e da sociedade? As interrogações acabadas de formular indicam que a eventual inteligibilidade do teor argumentativo que adiante se desenvolve está dependente da prévia iluminação hermenêutica dos pontos de partida teórico-políticos e teórico-constitucionais. Em síntese: o debate sobre a constituição e a lei é indissociável da pré-compreensão da constituição”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**... pp. 11 – 12).

¹³ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 5.ed.rev. Petrópolis: Vozes, 2003, Primeira Parte, Capítulo 2.

Isso significa que princípios e regras são diferentes, mas não separados a partir de uma perspectiva metafísica dualista.¹⁴ A aplicação de uma regra importa sempre a aplicação de um princípio constitucional, que subjaz à regra, lhe conferindo sentido, sentido este que, no movimento do jogo, é o sentido de Constituição. A aplicação de uma regra não se dá de forma isolada ou apartada do jogo, mas dentro do próprio movimento que é jogo. Se todo o ordenamento jurídico é condicionado pelo movimento do jogo, o mesmo ocorre com a aplicação de uma regra em determinado caso, o que significa dizer que, por meio da diferença ontológica entre princípios e regras, a aplicação de uma regra importa a aplicação de um princípio, meio pelo qual se concretiza o sentido de Constituição, ou seja, aplicar uma regra é aplicar a própria Constituição.

Essa força vinculativa do jogo decorre essencialmente do fato de ser o jogo o modo de ser da obra de arte, isto é, o movimento do jogo é condicionado pelo sentido de Constituição porque a Constituição dirigente possui a natureza de uma obra de arte.

O presente da obra de arte é atemporal, razão pela qual está sempre aberta para novas integrações. A obra de arte se relaciona com o todo da experiência do mundo, fazendo uma mediação entre o ideal e o real. Uma Constituição democrática é uma mediação entre o ideal e o real: por um lado, aponta o projeto ideal de construção de uma sociedade democrática; por outro lado, o diálogo que se estabelece entre a obra de arte e o intérprete é baseado no fato de o intérprete se reconhecer na obra de arte. Há uma intersubjetividade entre obra e intérprete porque a obra tem algo a dizer, de modo a subsistir, no movimento do jogo, o verdadeiro, como analisado no item 4.1.

A Constituição é mediação entre ideal e real porque nela o intérprete se reconhece e a sociedade se identifica. A Constituição é a representação daquilo que a sociedade pretende construir, ao mesmo passo em que é a consolidação de diversas conquistas sociais, significativo avanço em face das peculiaridades da tradição antidemocrática dos regimes militares.

Esse caráter de simultaneidade da obra de arte exige do intérprete a tomada de uma postura em face dessa experiência que, como um choque hermenêutico, se manifesta como uma resistência que não pode ser superada por uma expectativa de sentido que se acreditava

¹⁴ Nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. “Da interpretação de textos à concretização de direitos – a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e norma”. In _____; ROCHA, Leonel Severo (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos, 2005, 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 143.

superior. O intérprete toma para si a tarefa de permanente construção e reconstrução da obra de arte.

A ruptura com a tradição inautêntica que daí decorre exige a compreensão do sentido da obra de arte, do sentido de Constituição, como efetivo mecanismo de transformação da realidade. É o que Gadamer chama de “transformação em configuração” do jogo, conceito abordado no item 4.2 do trabalho: “É somente através dessa mudança que o jogo alcança sua idealidade, de modo que poderá ser pensado e compreendido enquanto tal”. O jogo se torna duradouro, adquirindo o caráter da obra de arte. É por isso que o jogo é o modo de ser da obra de arte.¹⁵

Portanto, interpretar o ordenamento jurídico é interpretar a própria Constituição. A chamada interpretação conforme a Constituição reveste-se de um novo significado. Não se refere mais a um método ou a uma técnica de interpretação da legislação ordinária. Renova-se como modo de ser-no-mundo, pois interpretar uma regra infraconstitucional, no movimento do jogo constitucional, é interpretar a própria Constituição, como demonstrado no item 4.3.

Desvela-se, por conseguinte, no capítulo 5, a força normativa da Constituição, rompendo com os paradigmas positivistas do legalismo e da discricionariedade judicial. Sendo o sentido de Constituição determinante na formação de juízos autênticos, o intérprete já não pode mais se mover livremente dentro do sistema compreendido kelsenianamente como uma “moldura”. A Constituição dirigente não é um elemento negativo que apenas impõe limites; é reconhecimento e identidade, impondo e determinando a tarefas dirigidas ao cumprimento global de seu projeto de sociedade. A inexistência de discricionariedade do intérprete leva, pois, à possibilidade de determinação de uma única resposta correta para cada caso – item 5.1.

Com isso, alteram-se radicalmente as relações entre direito público e privado, eliminando-se o dualismo – item 5.2. As tentativas doutrinárias de aproximação entre público e privado, como a chamada “constitucionalização” do direito privado, partem do pressuposto equivocado da existência do dualismo metafísico, considerando a Constituição um elemento externo ao mundo do intérprete, mero suporte de sentido. A leitura do ordenamento jurídico “à luz” da Constituição não possui o condão de romper com o paradigma metafísico. O dualismo é superado somente com o reconhecimento da força normativa da Constituição como elemento que constitui a própria sociedade. Por ser o sentido de Constituição concretizado por meio dos princípios constitucionais, que subjazem a todas as regras

¹⁵ Conforme GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...** p. 165.

infraconstitucionais, não há falar em mera “irradiação” de efeitos da Constituição em todo ordenamento, mas em sua efetiva concretização em todos os ramos do Direito, perfazendo-se, através do sentido de Constituição, a unidade do ordenamento. Daí a importância da concepção renovada de interpretação conforme a Constituição.

Como se pretende demonstrar no item 5.3, todo o ordenamento jurídico, agora concebido como verdadeiro ordenamento constitucional, converge, no Estado Democrático, à realização dos direitos fundamentais. A Constituição é dirigente em razão da função dirigente dos direitos fundamentais, compreendidos como verdadeiros mandamentos constitucionais aos poderes públicos.¹⁶ É essa a importância do modelo estrutural do jogo: o sentido de Constituição constitui o sentido do ordenamento jurídico, não como mera determinação intencional, mas como efetiva força que vincula o intérprete, a sociedade e os poderes públicos ao cumprimento global do programa constitucional.

É, pois, objetivo principal desse trabalho, a partir da análise das conseqüências do projeto científico da modernidade no Direito brasileiro, desnudar a inadequação do paradigma positivista que impera no imaginário jurídico pátrio, demonstrando, por meio da hermenêutica filosófica e das noções gadamerianas de jogo e arte, a força vinculante da Constituição dirigente e as transformações no ordenamento jurídico daí advindas, dirigidas à concretização dos direitos fundamentais.

¹⁶ Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. “Das constituições dos direitos à crítica dos direitos”. **Direito Público** n. 7, 2005, p. 83.