

APONTAMENTOS SOBRE A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E A CONSOLIDAÇÃO DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL

Diego César Soares Ribeiro¹

Resumo

O trabalho tem como escopo realizar uma síntese dos principais pontos da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) consoante os ensinamentos do professor Lenio Streck – seu fundador - e apresentá-los de modo que contribua na reflexão jurídica, sobretudo para estimular os acadêmicos a se dedicarem ao estudo dessa escola. Posteriormente, para reforçar a devida autonomia do direito e força normativa da Constituição (Hesse) contidas na CHD, introduzimos a comparação desenvolvida pelo professor Georges Abboud para atacar o uso cínico que se tem feito de nossa Lei Maior, tal como a personagem buarquiana Geni, além de promover a consolidação do pensamento constitucional na sociedade.

Palavras-chave: Constituição – Consolidação – Crítica Hermenêutica Do Direito.

INTRODUÇÃO

Em primeiro lugar, a Crítica Hermenêutica do Direito, cujo fundador é o jurista gaúcho Lenio Streck, trata-se de uma virada hermenêutica, ou seja, de um novo estilo de abordagem na filosofia pela qual se vê como tarefa inicial o reconhecimento de que a universalidade da compreensão é condição de possibilidade da racionalização (STRECK, 2013, p. 17). Esse conceito será detalhado no próximo tópico.

O objetivo do presente artigo é trabalhar alguns aspectos da Crítica Hermenêutica do Direito – CHD – de modo que incentive aos juristas, especialmente aos acadêmicos de direito para se debruçarem sobre o estudo do giro ontológico-linguístico que causa uma verdadeira revolução na compreensão do fenômeno jurídico. Nessa perspectiva, daremos ênfase a dois pontos mais sensíveis: a questão do texto e de sua imbricação com o positivismo, visto que observar a “literalidade” seja da Constituição, seja das outras leis, é associada, muitas vezes, equivocadamente a um retrocesso ao positivismo exegético como se ainda estivéssemos no século XIX. Ademais, os métodos de interpretação, tanto os tradicionais quanto os modernos, e os motivos pelos quais estão superados pela applicatio gadameriana.

¹ Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. E-mail: diego.ribeiro.soares@hotmail.com

Após isso, exporemos o papel que o Tribunal Constitucional deve desempenhar no Estado Democrático de Direito e da importância de imunizar a Constituição de usos oportunistas e casuísticos, então a comparação com a personagem buarquiana vem à tona para elucidar como a Carta Magna só é “bendita” quando convém aos interesses privados, ao invés, de ser entendida como constituidora do espaço público e privado.

Portanto, mister se faz a construção de um sentimento constitucional em nosso país e de que não são todos os nossos desejos que podem ser realizados num espaço plural (maturidade cívica) para que a Constituição não fique à mercê de argumentos de toda ordem para ser aplicada (política, economia, moral etc.) ou mesmo ser alterada a todo custo para atender a grupos de pressão, conferindo à Lei Maior a devida autonomia que o direito alçou, sobretudo com a nova abordagem que a Crítica Hermenêutica do Direito possui que (re)força a normatividade.

A VIRAGEM ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICA

Em linhas gerais, a virada hermenêutica consiste no raiar da nova possibilidade de constituição de sentido, em que o sentido não está mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas sim, na linguagem, porque não nos relacionamentos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, é por ela que os objetos vêm à mão. Essa “virada hermenêutica” no direito está assentada na superação dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência. (STRECK, 2013, p. 16-17)

O professor gaúcho chega a tratar essa viragem como uma verdadeira revolução copernicana, tal é o impacto que causa não só no direito, mas no nosso ser-no-mundo. Para a metafísica clássica (paradigma aristotélico-tomista), os sentidos estavam nas coisas e elas têm sentido porque há nelas uma essência, pois, o sentido era dependente dos objetos que tinham uma essência e, por isso, era possível revelá-lo. Destarte, cabia ao sujeito se adequar ao objeto (*adequatio intellectus et rei*). Ao passo que para a filosofia da consciência (metafísica moderna), o homem não está submetido às coisas, ocorre o nascimento da subjetividade, ele passa a “assujeitar” as coisas (*adaequatio rei et intellectus*), o mundo passa a ser explicado pela razão e da essência se passa para a consciência (STRECK, 2013, p. 13-14).

Porém, com o giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*) se transfere o próprio conhecimento para a linguagem. É na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do pensamento pensante), pois o sujeito não é o fundamento do conhecimento, enquanto ser humano, ente que já sempre se compreende a si mesmo, o compreender é existencial da sua própria condição humana, por isso a dimensão é ontológica (STRECK, 2013, p. 14-15). A linguagem não é somente um dos instrumentos para o homem estar no mundo, senão que ele, o homem, em seu estar no mundo decorre de sua constituição linguística (STRECK, 2014, p. 215).

Segundo aduz o próprio fundador:

A interpretação é sempre derivada da compreensão que temos do ser-dos-entes, ou seja, originariamente o Ser-ai compreende o ente em seu ser e, de uma forma derivada, torna explícita essa compreensão através da interpretação. Na interpretação procuramos manifestar onticamente aquilo que foi resultado de uma compreensão ontológica. A interpretação é o momento discursivo argumentativo em que falamos dos entes (processo, direito etc.) pela compreensão que temos do seu ser). (2014, p. 214-215, grifos do autor)

Nessa perspectiva, trazendo a viragem linguística para o campo jurídico, em especial, quanto ao ato de julgar Lenio assevera que é uma questão “complexíssima”, não pode ser reduzido à consciência do intérprete, como se devesse apenas explicações a um “tribunal da razão” ou decorresse de um “ato de vontade do julgador”, portanto, não se pode reduzir a um exercício da vontade do intérprete, como se a “realidade fosse reduzida à sua interpretação subjetiva” (2013, p. 19, grifos nossos).

Assim o ofício judicante não está assentado na discricionariedade e que o intérprete não pode julgar como bem entender, tampouco dizer o que quiser sobre a Constituição, ainda que esse “intérprete” seja o Supremo Tribunal Federal composto por seus onze ministros. E mais: “o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é” (STRECK, 2013, p. 25, grifos nossos).

No capítulo seguinte da obra em questão – O que é isto decido conforme minha consciência? – o mesmo autor comprovará, ao citar diversos juristas brasileiros, de como essa falsa ideia de que a interpretação é um ato de vontade os permeia e que quem a defende ainda está preso ao positivismo kelseniano (STRECK, 2013, p. 20-58). Em seu famoso livro (Teoria pura do direito), Hans Kelsen deixa consignado no capítulo oitavo de que os juízes não fazem “ciência do direito”, e sim, “política judiciária” e a interpretação é um ato de vontade (KELSEN, 1998, p. 387-397).

Tendo isso em conta, passaremos a analisar alguns aspectos da viragem ontológica-linguística no direito.

Hermenêutica e o fim do(s) método(s)

Com a ruptura paradigmática realizada por Heidegger, em que ocorre a invasão do mundo prático na filosofia, Gadamer, filósofo alemão, trabalhou em sua famosa obra Verdade e Método a questão da (pré)compreensão e o uso do(s) método(s) no direito. A relação entre os dois alemães ocorre pelas conquistas heideggerianas que foram apropriadas por Gadamer. Que conquistas foram essas? Em primeiro plano, estão as captações das estruturas de compreensão que são sempre históricas e são impossíveis de serem “decodificadas” pelo método, visto que o que põe ordem ao pensamento e comanda a compreensão não é uma estrutura metodológica rígida, e sim, a diferença ontológica, formulação esta atribuída a Heidegger que será elucidada depois que como já dito foi absorvida por Gadamer elaborando a questão da pré-compreensão (STRECK, 2014, p. 215).

Sintetizando esses dois pensadores, Lenio preleciona que “há um elemento possibilitador da própria interpretação que é a compreensão” que possui um “caráter antecipador” e “elemento de formação dos projetos de mundo”, sendo que “ambos não são determinados por uma querência individual, mas estão ligados a um a priori histórico compartilhado” (2013, p. 39).

A partir das intuições fundamentais de Heidegger, a compreensão, quer de um texto, quer da própria história, encontra-se embasada numa compreensão que o ser humano tem de si mesmo, enquanto ser histórico dotado de existência. Portanto, para compreender textos, palavras, histórias etc. é condição de possibilidade compreender a nós mesmos e a nossa história. É o que ele chama de Dasein – ser aí – que filosoficamente é o ser humano que em seu modo de ser possui “como possibilidade a compreensão do seu ser e do ser dos demais entes intramundanos” (STRECK, 2014, p. 263).

Nessa toada, as implicações na hermenêutica são várias. A primeira é que ela deixa de ter uso restrito a textos – para simplesmente descrever o processo compreensivo – e passa a se referir às estruturas fundamentais do ser humano. A segunda é que não se interpreta para compreender, e sim, compreende-se para interpretar. A terceira é que derruba a crença num método rigoroso capaz de evitar os erros na interpretação e que o elemento essencial para a interpretação é a faticidade, isto é, o ser humano situado historicamente, e, portanto, o método não dá conta, a faticidade sempre deixa algo de fora. O que é possível fazer – assegura Lenio – é a tentativa de iluminar novos espaços de significado (2014, p. 264). Em miúdos, “Heidegger crava a reflexão filosófica na concretude, no plano prático e precário da existência humana” (STRECK, 2014, p. 272).

Nessa perspectiva, o conceito de applicatio como foi mencionado anteriormente consiste na impossibilidade de cisão que a metafísica clássica faz em relação a três subtilitates (compreender, explicar e aplicar). Para a hermenêutica filosófica, a interpretação (compreensão) não se faz por partes ou por etapas e justamente por isso os métodos sempre chegam tarde demais (STRECK, 2013, p. 76).

De modo resumido, Lenio afirma que a interpretação é compreensão. E a compreensão é aplicação. Logo, a “hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (Auslegung); é, agora, produtiva (Sinngebung).” (2013, p. 77, grifos nossos)

Para entender a viragem ontológico-linguística realizada por Gadamer no campo da hermenêutica jurídica, é preciso articular duas teses que são a diferença ontológica e o círculo hermenêutico em um mesmo movimento, aduz Lenio. A primeira, de modo sumário, é que o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser, ou seja, para ficar mais claro, no direito poderíamos traduzir do seguinte modo: o texto só é na sua norma e a norma só é no seu texto, ambos não estão separados, também não são iguais, isso será explicado mais à frente (STRECK, 2014, p. 21). A segunda, em linhas gerais, é um conceito criado por Heidegger para descrever o

ambiente no interior do qual conhecimento prático e teórico se relacionam a partir de uma circularidade, tendo o prático recebido um privilégio em virtude da estrutura do “logos hermenêutico” (STRECK, 2013, p. 63), tal entendimento decorre da leitura de Streck da obra heideggeriana.

Assim o “compreender é primeiro um modo de ser e um modo de acontecer”, portanto, interpretar é explicitar o que se compreendeu e não depende de um método. Aliás, “existe um processo de compreensão prévio (pré-compreensão) que antecipa qualquer interpretação e que é fundamental” (STRECK, 2013, p. 79). Ele ocorre em toda ação humana e permite que o homem se movimente no mundo (STRECK, 2014, p. 272), além de não ser possível ser “captado” pela via do método, pois este sempre chega tarde (STRECK, 2014, p. 274).

Destarte, não adianta dizer que “interpretar é aplicar”, se continuarmos a pensar que os sentidos ocorrem antes da aplicação. Isso significa que os sentidos somente se manifestam no ato aplicativo. Os sentidos ex-surgem apenas na applicatio e não é uma afirmação retórica (STRECK, 2013, p. 92). Ademais, ele complementa em outra obra que o “compreender se dá na e pela linguagem; não mais tem a linguagem como um veículo ou uma terceira coisa” (STRECK, 2014, p. 252). Dito de outro modo, lemos que:

Para Gadamer, aquele que pretende compreender não pode entregar-se desde o princípio à sorte de suas próprias opiniões prévias e ignorar a mais obstinada e consequentemente possível opinião do texto. Aquele que pretende compreender um texto tem que estar em princípio disposto a que o texto lhe diga algo. (STRECK, 2014, p. 297, grifos nossos)

Outra ideia que é fundamental em Gadamer é a tradição. Como o sujeito da compreensão já está no mundo (historicidade e faticidade), ele recebe o legado da tradição e esse legado é compulsório, não pode renunciá-lo. A tradição, para Gadamer, é objeto de nossa pré-compreensão e esse legado nos é dado por meio da linguagem. A linguagem não é somente um meio a mais dentre outros, porque é a razão que se atualiza comunicativamente na linguagem. Ela, a linguagem, não é um mero fato, e sim, princípio no qual descansa a universalidade da dimensão hermenêutica, conclui o alemão (GADAMER, 2008, p. 475). Logo, a tradição tem uma dimensão linguística, pois, fala por si mesma e não é possível dominá-la pela experiência (STRECK, 2014, p. 298).

Com base nessas lições, é possível entender de forma mais clara que o intérprete não reproduz sentidos contidos no “texto” e que não lhe cabe extrair as essências da lei, mas ele efetivamente produz sentidos. A produção de sentidos não será arbitrária justamente porque esse sentido ocorre inserido na tradição e, como bem salienta Lenio, “não se interpreta, assim, um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem (no caso que para o Direito mais interessa, da Constituição)” (2014, p. 305). Em outras palavras, ele explica:

não há um sentido escondido na norma/texto, que possa ser alcançado de forma essencialista; tampouco há um sentido imanente, inerente, como uma espécie de elo (fundado/fundante) que liga o significante ao significado, como um objeto que possa ser buscado, através de um processo interpretativo-objetivante, pelo sujeito cognoscente (bem caracterizado pela ideia de subsunção). Igualmente o intérprete não estará livre para atribuir

‘qualquer sentido’ ao texto. O que é que, desde sempre, o ‘sujeito interpretante’ está inserido no mundo, em um mundo linguisticamente constituído, de onde é impossível a emergência de um cogito desindexado da tradição. Somente compreendendo é que se pode interpretar. (2014, p. 305, grifos nossos)

Além do mais, convém esclarecer, consoante o ensinamento de Georges Abboud, que qualquer procedimento metodológico (método) sempre chega tarde na questão da compreensão, pois no instante em que se decide por uma determinada estratégia metodológica, ela já foi compreendida. E que a destruição do método não representa, em hipótese alguma, qualquer tipo de relativismo, porque “a verdade, no interior das ciências do espírito, não é uma questão de método, mas uma experiência que se realiza com a arte, a história e a linguagem”. (ABBOUD, 2011, p. 76-77, grifos nossos).

Depois de falarmos do arcabouço teórico que fundamenta a relação entre hermenêutica e método em Heidegger e Gadamer de acordo com as lições de Lenio Streck, é preciso sondar quais métodos são costumeiramente trabalhados pela doutrina que ainda se escora nas metafísicas clássica e moderna e que continua refratária ao giro ontológico-linguístico. Luís Roberto Barroso em seu livro *Direito constitucional contemporâneo* nos dá alguns exemplos: métodos da teoria constitucional alemã que são o método clássico de interpretação da Constituição, tópico-problemático, hermenêutica concretizadora; na teoria constitucional americana há a divisão entre interpretativismo e não interpretativismo; elementos tradicionais da interpretação jurídica que são a interpretação gramatical (literal/semântica), histórica, sistemática e teleológica; ele cita também alguns princípios instrumentais de interpretação que são o princípio da supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade, interpretação conforme a Constituição, unidade da Constituição, razoabilidade ou da proporcionalidade, efetividade; casos fáceis são solucionados mediante subsunção e os difíceis – nestes quando há, por exemplo, “desacordos morais razoáveis” ou “colisões de princípios/direitos fundamentais” por meio da ponderação de Robert Alexy (2013, 290-378).

E para complementar o rol de métodos, valemo-nos do magistério de Tércio Sampaio Ferraz Jr. na sua famosíssima obra *Introdução ao Estudo do Direito* em que o jusfilósofo expõe as correntes objetivistas e subjetivistas. As primeiras se manifestam na “vontade da lei” (*voluntas legis*), enquanto as segundas defendem a “vontade do legislador” (*voluntas legislatoris*) (1995, p. 263-268). Trata também da interpretação especificadora, restritiva e extensiva (1995, p. 293-297).

Em contrapartida, o jurista Georges Abboud afirma que “não se concebe mais a interpretação como algo a ser descoberto na intenção da lei ou do legislador por meio da aplicação de um método” (2011, p. 66), porque a hermenêutica na qual o intérprete é “desde sempre possuído pela linguagem” é atribuição de sentido, e não reprodução, e, como já dito, a atribuição não é arbitrária, tampouco relativista, por estar inserida na tradição.

Para encerrar, essa subseção insta frisar que a dificuldade de se operar com método(s) para empreender a interpretação, além do tratamento filosófico dado singelamente nos parágrafos anteriores, há mais duas objeções.

A primeira é de ordem “prática”, em que ante a diversidade de métodos, não há “o” método que trataria dos modos como aplicar os demais. No capítulo quinto de sua extensa obra *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Lenio sinaliza que a “inexistência de um método dos métodos ou um metacritério que estabeleça o ‘correto’ uso da metodologia jurídica faz com que essa procura resvale inexoravelmente para o terreno da objetificação metafísica” (2013, p. 261), paradigma este que como vimos foi superado pelo giro ontológico-linguístico. E a segunda objeção é melhor explicada pelo professor gaúcho que analisa os métodos tradicionais de Savigny do século XIX que foram citados com o título de “elementos tradicionais da interpretação jurídica” no livro do Barroso. Com a palavra o fundador da Crítica Hermenêutica do Direito:

Afinal, toda interpretação sempre será gramatical (porque à evidência, deve partir de um texto jurídico); será inexoravelmente teleológica (seria viável pensar em uma interpretação que não fosse voltada à finalidade da lei, com a conseqüente violação à firme determinação do art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que determina que o juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum?); será, obrigatoriamente, sistemática (porque é impossível conceber que um texto normativo represente a si mesmo, sem se relacionar com o todo [...] e assim por diante... (STRECK, 2013, p. 262)

O positivismo e o texto jurídico

Em artigo chamado “Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?”, Lenio Streck faz um retrospecto da história do (s) positivismo (s) e o que chama atenção é o fato de que a doutrina equivocadamente coloca a picha de “positivista” naquele juiz que afirma que cumpre a letra da lei, mas duas perguntas que se devem fazer são: o que é a “letra fria da lei”? E se há na lei um sentido em si? (2010, p. 13).

Na verdade, ocorre uma confusão conceitual. Os juízes, após a Revolução Francesa, estavam “proibidos de interpretar” em razão de sua ligação com o Ancien Régime e, por isso, eram obrigados a cumprir estritamente a letra da lei. Aí está a raiz do positivismo exegético (legalista/primevo), em que direito e lei eram sinônimos. Porém, com o advento do positivismo normativista – Hart e Kelsen – ante a impossibilidade de “fechamento semântico” do direito, ou seja, de que a lei não dava conta de cobrir toda a realidade, embora essa fosse a pretensão do período histórico, por isso se produzia Códigos vastíssimos para tentar abarcar todos os casos do “mundo real” (por exemplo, o Código Napoleônico de 1804), o direito passou a não ser mais identificado com a lei. Em outras palavras, o direito estava além da lei (STRECK, 2013, p. 85).

No livro “Compreender direito – desvelando as obviedades do discurso jurídico”, no capítulo nono, Lenio retoma essa discussão por ter sido acusado de “positivista” em virtude de dizer que a “literalidade” do art. 212 do Código de Processo Penal era um avanço e queria aplicar a “letra da lei”. Acontece que o STJ deixou de aplicar o dispositivo e alegou a “praxe forense”, enquanto o STF invocou como fundamento o princípio geral do direito de que não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Ambas as atitudes foram positivistas, pois

não se pode deixar de aplicar a lei votada democraticamente pelo Parlamento sem se valer da jurisdição constitucional e com uma fundamentação adequada (art. 93, IX, CF) (STRECK, 2014, p. 75-76). Mas qual o positivismo a que estão escoradas essas decisões? Não o primitivo, mas o normativista, já que para Kelsen a interpretação é um ato de vontade como já nos referimos e os juízes, conclui o mestre austríaco, fazem política judiciária². Em miúdos, a velha e nova discricionariedade. E agora passemos a palavra ao Lenio:

Obedecer “à risca o texto da lei” democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a “exegese” à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária [...]. Repito: “cumprir a letra [sic] da lei” significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso, deve-se agregar a seguinte consequência: é positivista tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa, como aquele que diz que “texto e norma estão descolados” (no caso, as posturas axiologistas, realistas, pragmaticistas, etc.). [...] Ou seja: apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista ou pode não ser. (2010, p. 13)

Em outras palavras, com a viragem ontológico-linguística, texto e norma não estão separados, tampouco são idênticos (diferença ontológica), o texto só é na sua norma e a norma só é no seu texto. A norma é o resultado da interpretação do texto (STRECK, 2014, p. 312). Segundo Lenio, é no “nosso modo da compreensão enquanto ser no mundo que exsurge a ‘norma’ produto da ‘síntese hermenêutica’, que se dá a partir da faticidade e historicidade do intérprete” (2014, p. 277).

Como nos ensina Georges Abboud, em Friedrich Müller, mediante sua teoria estruturante, a norma é formada pelo programa normativo (texto – conteúdo linguístico) e âmbito normativo (realidade – conteúdo não linguístico), portanto, falar em aplicar a “literalidade da lei” é remontar ao paradigma objetificante como se pudesse haver um texto em si mesmo apartado de sua aplicação. Um exemplo bem esclarecedor é uma peça musical. Ela possui sua partitura (texto), mas cada apresentação da peça é uma nova apresentação (norma). Nunca será a mesma apresentação, ainda que realizada pelos mesmos músicos, haverá sempre a marca da singularidade (STRECK, 2013, p. 61-64).

Com Gadamer aprendemos que os sentidos só ex-surgem na applicatio, isto é, compreende-se para interpretar, levando em conta que em toda compreensão há a antecipação de sentido (pré-compreensão) que não é controlável pelo querer do intérprete inserido na tradição (faticidade e historicidade), porque o sentido se dá em um a priori compartilhado (STRECK, 2014, p. 298). O intérprete não se fecha numa redoma para conhecer o texto em si mesmo, uma espécie de “textitude”. Na verdade, o que ele faz é explicitar o compreendido!

O que queremos dizer é que hoje uma lei votada democraticamente pelo Parlamento só pode deixar de ser aplicada em seis hipóteses como salienta Lenio Streck e para isso o juiz precisa se valer da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) (2010, p. 16-17). Se o magistrado não fizer uma fundamentação adequada

² Kelsen chega a defender que o órgão julgador pode decidir de modo completamente diverso das enunciações realizadas pela ciência do direito, essa sim “pura” (STRECK, 2014, p. 127).

conforme seu dever constitucional (art. 93, IX), a sentença ou acórdão será inconstitucional. A fundamentação “rasa” é inconstitucional (ABBOUD; NERY JUNIOR, 2013, p. 529). Ademais, quando falamos em outro tópico sobre a legalidade só se constituir sob o manto da constitucionalidade (STRECK, 2013, p. 89-90) é justamente isto: uma lei não pode ser desprezada pelo juiz com argumentos ad hoc e retóricos (princípios gerais do direito, práxis, métodos tradicionais etc.) sem recurso à jurisdição constitucional. Uma lei só não pode ser aplicada se for incompatível com a Constituição, portanto, o controle de constitucionalidade é indispensável³!

Outro ponto que devemos frisar é que como dito anteriormente toda interpretação é literal, isto é, parte de um texto, mas não só nele (texto em si), porque há o caso concreto e sua singularidade, isto é, a norma é produto da interpretação de um texto. Não obstante, esse texto também possui limites semânticos. Como diz o bordão que Lenio criou: “não se pode dizer qualquer coisa sobre coisa” (2014, p. 79). Se estiver escrito na lei “casa”, não poderei ler “carro” em razão da vagueza do termo “casa” e em alguns casos até a palavra é ambígua. “É preciso ter claro que as palavras da lei não são unívocas, mas plurívocas. O “elo” (imanência) que “vinculava” significante e significado foi superado pela viragem linguística” (STRECK, 2014, p. 118). A lei só poderia deixar ser aplicada se fosse feita nela uma filtragem hermenêutico-constitucional, porque é a Constituição que constitui-a-ação-da-lei! (STRECK, 2014, p. 83).

Ainda sobre os limites semânticos, cabe ressaltar que isso tem especial preponderância quando se trata da aplicação do Texto Constitucional. Sem hesitação, é possível dizer que o “texto” da Constituição é o limite mínimo e máximo de sentido. Ainda que no “meio” seja possível que a singularidade da situação fática possa transitar. Para ser mais claro, o intérprete não deve interpretar aquém (abaixo), tampouco além (acima) do Texto Magno, pois ele é, ao mesmo tempo, analogicamente o chão e o teto, o “espaço livre” entre esse “ambiente constitutivo” é o lócus, em que o intérprete pode realizar sua atividade. Lenio esclarece melhor a respeito:

Limites semânticos’ são entendidos como os sentidos decorrentes do uso pragmático da linguagem que compõe o enunciado. É uma espécie de ‘mínimo é’ que decorre do uso linguístico. Ou seja, na esteira da lição de Gadamer, se queres dizer algo sobre o sentido de um texto, deixe ao menos que este texto te diga algo (considerando que o dispositivo não seja inconstitucional, é claro). Assim, se uma lei estabelecer a proibição de circulação de bicicletas em partes nos finais de semana, poderemos – ultrapassada a questão da validade constitucional da norma – discutir os limites do horário, a abrangência da aceção de parque (as praças estariam incluídas?) etc. Entretanto, há um ponto que parece indiscutível: a proibição. Ou seja, o intérprete não poderá transformar a proibição em permissão, como, por exemplo, fez o STF ao interpretar o art. 212, do CPP. (2014, p. 426, grifos nossos)

Afinal de contas, os sentidos que ex-surgem de um texto jurídico são variados e só ocorrem na applicatio. Mas também esses múltiplos sentidos possuem limitações produzidas pela linguagem instituída pela tradição

³ “Utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos – sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) – é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen, quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionarista de Herbert Hart. Não é desse modo, pois, que escapamos do positivismo”. (STRECK, 2014, p. 52).

(STRECK, 2014, p. 342) e, em concordância com o paradigma hermenêutico adotado no trabalho, é possível resumir as dificuldades até então expostas nas seguintes palavras do fundador da CHD: “Daí que, diante dos extremos positivistas de um lado, literalidade, de outra, discricionariedade [...] estamos situados no meio, ou seja, no sentido que se constitui no ser humano enquanto ser-no-mundo” (STRECK, 2014, p. 118).

O PAPEL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

Em primeiro lugar, é necessário dizer que o escopo do presente artigo é justamente reforçar a “vontade da Constituição” (*Wille zur Verfassung*) em detrimento da “vontade de poder” (*Wille zur Macht*) como nos alertava Hesse⁴, embora o contexto ao qual alude o mestre alemão seja o de reivindicar a força normativa em detrimento dos fatores reais de poder que subordinavam a Constituição jurídica a uma mera “folha de papel” quando não agradasse aos grupos dominantes.

A vontade da Constituição ocorre de vários modos tanto na ação pública quanto na privada. Antes é preciso que se consolide o “sentimento constitucional”, isto é, um desejo de que o agir público/privado se oriente pela prescrição da Constituição e que esta não esteja a todo momento submetida às medidas ocasionais para fins eleitorais, políticos, religiosos, econômicos etc. Isso ficará mais claro à frente.

Trata-se, por sua vez, de cumprir a “ideologia constitucional” que congrega várias ideologias por se estar numa sociedade plural. A título de exemplo, a Constituição que tem ao mesmo tempo a livre iniciativa e o valor social do trabalho como fundamentos da República (art. 1º, IV). Ela não pende só para um lado (ideologia liberal) ou só para outro (ideologia socializante), na verdade, ela congrega, é o locus em que ideias opostas se harmonizam.

Portanto, não se pode “escolher” uma ideologia e desprezar outra. A construção do sentimento constitucional reside na vontade de cumprir integralmente a Constituição. Não fazer que seus sentidos soçobrem, omitir sua aplicação ou opor-se a sua diretiva “expressa”, tampouco que se torne “letra de papel”, ou seja, minar sua eficácia de acordo com os grupos de poder (LASSALLE, 1985, p. 17), mas dar a devida força normativa ao seu conteúdo (HESSE, 1991, p. 9-12). É o que Raymond Aron, ao tratar da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, disse em uma frase célebre e a mesma se aplica à nossa Constituição, “nunca os homens foram tão ambiciosos: pretendem conciliar os ideais de regimes antagônicos; simultânea ou alternativamente, confiam no Estado e desconfiam dele”.

Cabe assinalar que a Constituição na maioria das democracias modernas assume um lugar cimeiro, isto é, de destaque. Por isso, em muitos Estados é chamada de Lei Fundamental. Ela é a Lei Maior e as demais leis só

⁴ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

encontram validade (no sentido substantivo) se estiverem em conformidade/compatibilidade com ela. Dessa forma, o controle de constitucionalidade, seja o concentrado, seja o difuso, assume especial relevância, pois o juiz não se pode furtar à tarefa de verificar se a lei votada pelo Parlamento, quando aplicada, é constitucional ou não. E mesmo não se pode negar eficácia direta da Constituição ao caso concreto alegando que a norma é meramente programática (ADPF 45).

Sobre a nossa Constituição, oriunda do processo constituinte de 1988, em que a sociedade brasileira passava pela redemocratização, tendo em vista o fim da ditadura militar, cabe a lição do professor José Afonso da Silva, *in verbis*:

Deve-se, no entanto reconhecer que a Constituição por ele produzida constitui um texto razoavelmente avançado. É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral. (2011, p. 89)

Insta frisar que a criação do sentimento constitucional e o cumprimento da ideologia constitucional contribuem para o que é possível designar por resistência constitucional. Esta se manifesta não só por meio do contramajoritarismo (assegurar direitos / políticas públicas às minorias em confronto com maiorias eventuais), como também freando casuísmos e voluntarismos políticos do Legislativo e do Executivo mediante a atuação da Suprema Corte, mormente no controle concentrado (ABBOUD, 2012, p. 1-13). Tal como assevera Lenio:

Na especificidade do direito brasileiro, a grande conquista foi a Constituição – sem dúvida a mais democrática do mundo. Esse é o vetor que deve conformar a atividade do jurista. Seu conjunto principiológico é tão denso que, mesmo com alterações substanciais em seu texto, ainda continuaremos com amplas possibilidades de impedir atos jurídicos antidemocráticos provenientes do Executivo e do Legislativo” (2013, p. 114, grifos nossos)

Como já disse, a nossa Constituição (re)funda o Estado Democrático de Direito que é o novo modelo em que se pretende a transformação em profundidade do atual modo de produção e sua substituição gradual para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade no qual se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades (STRECK, 2014, p. 53). Lenio continua: “é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, ocorre certo deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional” (2014, p. 64). Aqui se vislumbra o relevante papel do Tribunal Constitucional para dar sua ajuda a esse processo e, não menos importante, a função da CHD em controlar a discricionariedade que solapa até os limites semânticos do Texto Magno. Assim aduz o mestre gaúcho:

Nesse contexto, na medida em que a Constituição agrega tais princípios e preceitos fundamentais, adquire fundamental relevância o papel da justiça constitucional, sendo-lhe reservada uma atuação concreta – no plano do controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado) das leis e atos normativos –, e dos órgãos do Poder Judiciário no plano do controle difuso de constitucionalidade, no sentido da aferição do conteúdo material dos atos dos demais Poderes [...] A preocupação estará no excesso do Poder Judiciário em sua atividade de interpretação das normas constitucionais. (2013, p. 45)

Nesse diapasão, ao mesmo tempo em que Lenio confere ao Judiciário o poder de suprir as inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo graças à utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito, ele adverte para os riscos de “criar” cidadãos de segunda classe que apostam no paternalismo jurisdicista e não travam suas batalhas na política, haja vista que o Judiciário “não pode ser a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiências de políticas do welfare state” (2014, p. 65). Não obstante, a justiça constitucional é condição de possibilidade para o Estado Democrático de Direito (STRECK, p. 115).

Destarte, compete ao Judiciário atuar de modo regulador, podendo, no máximo, ordenar a execução de determinadas medidas ao Executivo quando estas estiverem previstas pelo direito, mas a execução em si sempre caberá ao Executivo, isso para que a democracia não se transforme numa juristocracia (STRECK, 2014, p. 67). Nessa linha, o Direito deixa de servir para redução de complexidades ou reprodução de uma dada realidade e funciona como mecanismo de transformação da sociedade (STRECK, 2014, p. 69).

Para Lenio, a Constituição de 1988 (ainda) é dirigente (compromissória). O que morreu nesse conceito foi a compreensão de um dirigismo constitucional orientado para a instauração da desalienação do homem através da ditadura do proletariado (metanarrativa marxista) e a crença na filosofia historicista que apregoa um fim irreversível para a história (2013, p. 133). José Afonso da Silva, embora seja socialista, afirma que a nossa Constituição não conduz a um estágio de transição ao socialismo, e sim, a um Estado promotor de justiça social (2011, p. 120-121). Assim a “essência da Constituição”, para Lenio, está radicada na democracia e nos direitos fundamentais-sociais, esse núcleo político duro pode servir como barreira a medidas que queiram enfraquecê-lo (resistência constitucional) (2013, p. 147). E conclui dizendo que a “realização da Constituição a partir da política é de fundamental importância. Entretanto, não se pode correr o risco de transformar a Constituição em um instrumento de promessas e ficções” (STRECK, 2013, 183).

Aprofundando a questão do sentimento constitucional e da ideologia constitucional, o professor Georges Abboud escreveu um artigo em comemoração aos 25 anos da Lei Maior e realizou importante analogia entre nossa Constituição com a personagem Geni da Ópera do Malandro, peça escrita por Chico Buarque em 1978. Em breves palavras, Geni era um travesti que era ofendido a todo instante pela população de uma cidadezinha. Na chegada de um forasteiro que ameaça destruir a cidade, a menos que tivesse relação sexual com Geni, a população muda radicalmente o tratamento e passa a louvar o travesti para que cumpra seu papel redentor. Depois da partida do forasteiro, Geni voltar a ser o que era, ou seja, uma pessoa maldita, promíscua (DE HOLLANDA, 1978).

De modo brilhante, Georges denuncia que a Constituição tem sido tratada como Geni. Quando serve a interesses de alguns grupos, é bendita; quando não, é maldita. Trata-se evidentemente de um uso cínico. Se a

Constituição atende a demandas X, ela deve ser preservada, se não, devemos alterá-la imediatamente. Em suma, a Constituição se tornou um bode expiatório (2014. p. 47).

Desde os albores do período republicano em nosso país, mormente na fase de consolidação de nossa frágil República, é possível vislumbrar a síndrome de Geni. Esta foi melhor definida pela atuação de Floriano Peixoto, conhecido como “Marechal de Ferro”. Segundo Laurentino Gomes, o então Presidente disse para se defender das acusações quando suspendeu as garantias constitucionais na Segunda Revolta Armada em 1893: “Amigo, quando a situação e as instituições correm perigo, o meu dever é guardar a Constituição em uma gaveta, livrá-la da rebeldia e, no dia seguinte, entregá-la ao povo, limpa e imaculada” (2013, p. 353).

Nessa perspectiva, o professor paulista reconhece que a Constituição não é a solução para todos os males no Brasil, já que para o exercício da cidadania e da fruição de vida digna são requeridos uma atuação coordenada de autonomia privada e pública (2014. p. 47). Não é a Constituição “sozinha” que faz isso, e sim, a articulação dos poderes públicos com a sociedade, todos imbuídos no desejo de efetivar o Texto Magno que dentre suas promessas tem como objetivo “erradicar a miséria e reduzir as desigualdades” (art. 3º, III). Ele sintetiza bem a necessidade da Lei Fundamental nas seguintes palavras (2014. p. 48):

Portanto, a Constituição é essencial para a vida do Estado, porque sem ela não se saberia quais são os Órgãos Supremos de um Estado, como se formam, como expressam sua vontade e que limites possuem, e, por fim, como se situam os particulares nessa organização política, quais são seus direitos perante o Estado. Daí, atualmente, ser impensável um Estado sem Constituição, bem como Constituição sem Estado.

Depois Abboud comenta as manifestações populares ocorridas em meados de 2013 e salienta que a Constituição que “possibilitou às pessoas se manifestarem legitimamente nas ruas e brincarem de revolução” (2014. p. 49). A crítica é pertinente, já que muitas pessoas envolvidas ali alardeavam propostas incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Alguns grupos queriam uma espécie de revolução comunista, outros a anarquia etc. Outros mais moderados pediam o fim dos partidos políticos, a instituição de pena de morte etc. Todas essas medidas não se coadunam com a Constituição vigente e, portanto, não devem ser estimuladas e, a depender do modo como sucedam as reivindicações (se violentas), coibidas pela força policial, visto que o pressuposto do direito de reunião é ser exercido pacificamente. Infelizmente, prevalece o imaginário de que a Constituição só vale quando interessa, pontua Abboud (2014. p. 49). Ao revés, para o fortalecimento do sentimento constitucional são necessários alguns requisitos:

A democracia e o constitucionalismo impõem ao cidadão um amadurecimento que o obriga a aceitar que, numa democracia, nem todas as suas aspirações e os valores que professa podem ser concretizados porque a Constituição nos impõe limites, posto que uma sociedade sem limites pode criar uma maioria que esmague o pluralismo os direitos fundamentais e dizime minorias - e 2ª Guerra Mundial nos ensinou isso da pior maneira possível. Por isso, em face do que impõe nossa Constituição, não adianta protestar, gritar, chorar, lamentar, para, por exemplo, pretender: impor pena de morte, impedir liberdade religiosa, extinguir a livre iniciativa ou a propriedade privada etc. [...] A democracia constitucional carece da necessidade de um amadurecimento intelectual e político, no

sentido de aceitar de que nem tudo pode ser como gostaríamos que fosse, ou ainda, de que nossa visão de mundo não pode ser imposta à força para os demais segmentos da sociedade. (2014. p. 51-52)

Por fim, ele encerra com um pedido que também é nosso, “que a Constituição seja menos Geni e mais Constituição” (2014. p. 52). Nessa ótica de defesa da Constituição que se situa (lugar de fala) o trabalho aqui traçado. Defendemos um aprofundamento e revigoramento da Lei Fundamental de 1988, pois ela é fruto de muitos embates políticos, é reflexo de nossa sociedade heterogênea. Em razão disso, opomo-nos ao seu desmoronamento, principalmente, se este deriva da atuação do guardião – STF - que não só deixa desgarnecida o que tinha como dever proteger, como é o primeiro a atacá-la, refazendo-a segundo sua imagem e semelhança, ou seja, de modo discricionário e voluntarista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Afinal, esperamos que as reflexões expostas no transcurso desse trabalho possam motivar à comunidade jurídica para que concentre seus esforços em analisar detidamente a Crítica Hermenêutica do Direito que, como visto alhures, tem suas raízes fincadas na concretude em detrimento de uma universalidade abstratizante e anuladora das nuances. É, por seu turno, a superação de dois paradigmas: objetificante e subjetificante.

Nessa toada, as implicações da CHD no fenômeno jurídico são realmente transformadoras (“copernicanas”), ao passo que não se pode falar mais no “texto em si”, já que com a diferença ontológica, o texto só é na sua norma e a norma só é no seu texto. É despidiêda a acusação de que o intérprete é positivista por levar em conta a “literalidade”, visto que a legalidade é constitucional, assim a lei só encontra sua validade quando em conformidade com a Constituição.

Assim os limites semânticos do texto ganham foros de dramaticidade quando se referem à Carta Magna, porque são o espaço mínimo e máximo pelo qual o intérprete está autorizado legitimamente a transitar na atribuição de sentido, que não é arbitrária em razão de estar inserida na tradição e no esforço da reconstrução da história institucional do direito. Nem o STF pode suplantar o texto constitucional, embora tenha procedido desse modo em vários casos com a leniência da maioria dos doutrinadores.

Com a applicatio gadameriana, os métodos tradicionais e/ou modernos estão superados e, quando usados, denotam utilização meramente retórica, haja vista que chegam demasiadamente tarde para explicitar o compreendido (pré-compreensão). E ante a impossibilidade de definição de um metamétodo “capaz” de dizer qual deve ser usado ao caso em detrimento de outro.

Por fim, a luta por uma Constituição menos Geni se impõe para toda sociedade que em alguma medida pode ser salva por aquela que é tantas vezes desprezada e apedrejada, especialmente, por quem devia protegê-la. No Estado Democrático de Direito, ver o STF julgar de forma discricionária é um risco à democracia, ora o texto

constitucional “vale”, ora não. As decisões casuísticas fazem com que soçobre o papel legítimo que uma Corte Constitucional deve desempenhar nessa quadra do constitucionalismo. E o povo brasileiro do qual emana o poder precisa entender que não são todos os seus anseios que encontram guarida na Carta Magna e as manifestações sociais recentes demonstram que certas atitudes (como o vandalismo etc.) e propostas ventiladas (fim do Estado, fim do sistema representacional etc.) por alguns grupos são incompatíveis com nosso regime político emanado do pacto constituinte de 88, pois, são inconstitucionais e precisam ser contidas, se necessário for para tutelar a res publica.

NOTES ON THE CRITICAL HERMENEUTICS OF LAW AND THE CONSOLIDATION OF CONSTITUTIONAL THOUGHT

Abstract

The work is scoped to conduct a summary of the main points of the Critical Hermeneutic of Law (CHL) according to the teachings of the Professor Lenio Streck - its founder - and present them in a way that contributes to the legal reflection, especially to encourage scholars to engage in the study of this school. Later, to strengthen the proper autonomy of law and normative force of the Constitution (Hesse) contained in CHL, we introduced the comparison developed by Professor Georges Abboud to attack the cynical use of the Constitution, such as the personage Geni of Chico Buarque de Hollanda, and promote the consolidation of constitutional thought in society.

Keywords: Constitution – Consolidation – Critical Hermeneutic Of Law.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. 25 anos da Constituição Federal: parabéns à Geni!. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 938, dezembro, 2013.
- _____. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 921, julho, 2012.
- ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson Nery. **Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém?**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMO, Glauco Gumerato (coord.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Bahia: Juspodivm, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DA SILVA, José Afonso. **Direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 10. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

GOMES, Laurentino. **1889**. São Paulo: Globo, 2013.

HOLLANDA, Chico Buarque de. Geni e o Zepelim. In: **Ópera do Malandro**. Rio de Janeiro: Polygram'Philips, 1978.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** 2. ed. São Paulo: Kairós, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>> Acesso em: 31 de julho de 2014, p. 1-16, *Novos estudos jurídicos*, n.1, julho, 2010.

_____. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Trabalho enviado em 07 de março de 2015.

Aceito em 22 de julho de 2015.