

PELA NECESSIDADE DE UMA TEORIA HERMENÊUTICO- INTEGRATIVA DA DECISÃO JURÍDICA

THE NEED FOR A THEORY OF HERMENEUTIC-INTEGRATIVE LEGAL DECISION

Danilo Pereira Lima¹

Fernando Hoffmam²

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Teoria do Direito e a Persistência dos Velhos Problemas Impensados Pelo Positivismo Pós-Exegético: interpretação, discricionariedade e decisão jurídica; 2. Por Uma Teoria Hermenêutico-Integrativa da Decisão Jurídica: de como é possível respostas corretas em Direito; Considerações Finais; Referências.

RESUMO

Diante das transformações filosóficas que superaram a tradição do pensamento metafísico, não faz mais sentido que os juristas continuem apoiando-se no paradigma do positivismo pós-exegético para compreender os complexos problemas enfrentados pela teoria do direito na contemporaneidade. Nesse sentido, para que o Poder Judiciário tenha uma atuação compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito, mostra-se necessário encarar aquilo que o positivismo normativista ocultou, ao deixar numa posição secundária questões jurídicas mais pragmáticas, como o caso da interpretação, da discricionariedade e da decisão judicial. Desse modo, o presente trabalho pretende criticar a discricionariedade interpretativa exercida no âmbito do Poder Judiciário, a partir da filosofia hermenêutica de Heidegger, e do pensamento pós-positivista de Dworkin.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão Jurídica. Teoria Hermenêutico-Integrativa. Respostas Corretas.

¹Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Bolsista CAPES. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF), Membro do Grupo *Dasein* (Núcleo de Estudos Hermenêuticos) vinculado a UNISINOS, Membro do Grupo Hermenêutica Jurídica vinculado ao CNPq. E-mail: danielolimapt@yahoo.com.br.

²Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Bolsista PROSUP/CAPES, Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado à UNISINOS e ao CNPQ, Especialista em Direito: Temas Emergentes Em Novas Tecnologias Informacionais pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA), Membro do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, vinculado à UNIFRA e ao CNPQ. E-mail: ferdhoffa@yahoo.com.br.

ABSTRACT

In face of the philosophical transformations that overcame the metaphysical theories, it's unacceptable that law theorists continue to follow the tracks of the post-exegetic positivism to understand contemporary jurisprudence dilemmas. As a result, for the Judiciary to pursue an actuation compatible with the Rule of Law, it's mandatory to understand properly what normative positivism kept under its shadow, leaving more pragmatic questions aside, such as interpretation, judicial discretion and the decision process. So, this paper's objective is to criticise the judicial discretion in the interpretation process, based on Heidegger's hermeneutical philosophy and Dworkin's post-positivist thought.

KEYWORDS: Judicial Decision. Hermeneutical-Integrative Theory. Right Answers.

INTRODUÇÃO

A modernidade jurídico-filosófica estava calcada em uma racionalidade positivista albergando um conteúdo meramente normativo do Direito – do que seria o Direito. Nesse sentido, o positivismo surge como algo maior, como uma concepção de mundo que transborda os limites do jurídico, mas que, em se tratando do Direito, conforma-o em um sistema meramente prescritivo-normativo, baseado numa relação norma-norma. Tal concepção, “evolui” em Kelsen e Hart, no entanto, o positivismo pós-exegético não dá conta dos principais problemas herdados do positivismo exegético, quais sejam, o problema da interpretação, da discricionariedade e da decisão jurídica (Parte 1).

A superação das teorias positivistas pós-exegéticas, a partir do giro ontológico-lingüístico, apresenta-se como condição de possibilidade para a realização do Estado Democrático de Direito, pois, diante da sobrevivência dessas velhas teorias, o jurista acaba por se manter numa condição completamente despreparada para enfrentar o problema da interpretação, da discricionariedade e da decisão judicial. Para que o Poder Judiciário tenha uma atuação compatível com o paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, é necessário encarar aquilo que o pensamento positivista pós-exegético ocultou, ao deixar numa posição secundária, questões jurídicas mais pragmáticas, como a interpretação,

a discricionariedade e a decisão judicial. Nesse sentido, levar em consideração a hermenêutica heideggeriana, juntamente com o pensamento pós-positivista de Dworkin, é condição de possibilidade para enfrentar a discricionariedade e construir uma teoria da decisão sem qualquer tipo de protagonismo judicial (Parte 2).

1. A TEORIA DO DIREITO E A PERSISTÊNCIA DOS VELHOS PROBLEMAS (IM)PENSADOS PELO POSITIVISMO PÓS-EXEGÉTICO: A INTERPRETAÇÃO, A DISCRICIONARIEDADE E A DECISÃO JUDICIAL

No Constitucionalismo Contemporâneo³ o Direito tem uma função transformadora, no sentido de buscar a concretização das conquistas do Estado Democrático de Direito. Desse modo, faz-se necessário desvelar novos caminhos, superando aquilo que o sentido comum teórico ocultou, ao provocar o esquecimento do ser do Direito, e que, conseqüentemente, vem evitando o acontecer do novo Constitucionalismo. É possível perceber que grande parte da comunidade jurídica ainda se encontra inserida no pensamento metafísico, onde o mundo prático é completamente esquecido pela teoria apresentada pelo pensamento dogmático.⁴

³O professor Lenio Streck em texto recente abandonou o uso do termo neoconstitucionalismo devido a sua degradação significativa. A partir desse significante, no Brasil, parte da doutrina deu-lhe significado deturpado, o que fez com que sob o manto neoconstitucional tenham ficado encobertas práticas, em verdade, neopositivistas – ou, quem sabe, melhor dizendo, “ainda positivistas. Assim, em terras brasileiras o neoconstitucionalismo sofre de patologias que o colocam a mercê da vontade – consciência – do intérprete, pois, um direito interpretativo-compreensivo, aplicativamente baseado na ponderação; que fomenta um ativismo judicial discricionário-decisionista que busca concretizar a Constituição ao arrepio dela própria; e a ilusória constitucionalização do ordenamento jurídico a partir de conceitualismos, funcionalizantes do direito (STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-Positivismo. In: 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, p. 60-62).

⁴Streck, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 59. De acordo com Lenio Streck, a separação entre teoria e prática apareceu na filosofia grega, com a metafísica clássica e, mais tarde, foi retomada pela metafísica moderna. Segundo o professor, “(...) a razão prática nos vem desde a filosofia grega, quando Aristóteles delimitou uma filosofia teórica (que pergunta pela verdade ou pela falsidade) e uma filosofia prática (que pergunta pelo certo e pelo errado). Na primeira, está em jogo uma observação de uma determinada realidade, ao passo que, na segunda, tem-se o questionamento de uma ação concreta”. Com relação à modernidade, “a problematização entre razão teórica e

Por conseguinte, o Direito vem aparecendo como uma ciência lógico-formal, preocupada estritamente com a elaboração de uma epistemologia jurídica que se encontra completamente distante dos problemas sociais, políticos, econômicos e ideológicos, o que contribui para que o jurista permaneça completamente alienado da sua realidade histórica, colaborando para a inefetividade dos mandamentos presentes na Constituição Federal e tornando cada vez mais distante a concretização das promessas do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, o paradigma positivista, em suas diversas modalidades, vai resistindo firmemente a viragem ontológico-linguística, pois, no Direito, muitas das teorias que se autodenominam pós-positivistas, acabam por repristinar o que há de fundamental nas teorias do positivismo pós-exegético, que é a decisão como ato de vontade, reforçando, ainda mais, a discricionariedade como resposta para o problema do déficit de concretização constitucional em *terrae brasilis*, situação em que, com toda certeza, acaba acarretando todo tipo de arbitrariedade praticado pelo Poder Judiciário.

Para compreender o positivismo jurídico, que ainda continua a influenciar grande parte dos juristas, é necessário levar em consideração a formação histórica desse movimento, que ganhou força principalmente no século XIX,⁵ ao dominar grande parte da cultura européia com suas manifestações filosóficas, políticas, pedagógicas, historiográficas e literárias. Nesse contexto histórico, o continente europeu alcançou grandes transformações sociais, políticas e econômicas, fazendo com que as cidades fossem multiplicadas, importantes descobertas

razão prática foi retomada por Kant em sua *Crítica da Razão Pura* e na *Crítica da Razão Prática*. O que há em comum entre Kant e Aristóteles é que *em ambos há uma barreira que separa a filosofia teórica da prática* e nenhum deles conseguiu explicar como a filosofia teórica pode determinar a filosofia prática ou vice-versa". Este dualismo estabelecido pelo pensamento metafísico ainda permanece presente no pensamento dogmático.

⁵REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia III: Do Romantismo até nossos dias**. São Paulo: Paulus, 1991, p. 296. É preciso levar em consideração que o positivismo se situa em diversas tradições culturais em épocas diferentes. De acordo com Giovane Reale e Dario Antiseri, "na França, (o positivismo) inseriu-se no racionalismo, que vai de Descartes ao iluminismo; na Inglaterra, se desenvolveu inserindo-se na tradição empirista e utilitarista e, em seguida, entrelaçando-se com a teoria darwiniana da evolução; na Alemanha, assume a forma de cientificismo e de monismo materialista; na Itália, com Ardigò, aprofunda suas raízes no naturalismo renascentista, embora dê seus maiores frutos, dada a situação social da nação recém-unificada, no campo da pedagogia e também na antropologia criminal".

científicas transformassem o modo de produção capitalista e os avanços tecnológicos, alcançados pela Revolução Industrial, fossem consolidados.

A ideia do progresso científico, como um processo irrefreável, constituiu-se como solução para todos os problemas da humanidade, substituindo a fé religiosa pela crença absoluta na Ciência. Entretanto, mesmo diante da substancial estabilidade política, do processo de industrialização e do rápido desenvolvimento da ciência e da tecnologia, os desequilíbrios sociais não tardaram em aparecer frente à condição de miséria do proletariado, fato que o positivismo imaginou poder superar paulatinamente, por meio do aumento do saber e da riqueza. Desse modo, o positivismo se apresentou como movimento de pensamento, que se caracterizava por reivindicar o primado da ciência; por utilizar o método das ciências naturais para o estudo dos fenômenos sociais; por uma forte crença na ciência como único meio para resolver todos os problemas da humanidade; pela concepção leiga da cultura; pela certeza de progresso, visto muitas vezes como necessário e automático.⁶

No âmbito do Direito, o positivismo exegético foi a primeira fase de aplicação do pensamento positivista para o entendimento dos problemas jurídicos apresentados após a codificação. Com o advento da revolução francesa e a ascensão política da burguesia, tornou-se necessária a elaboração de um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas, com capacidade para garantir uma maior segurança jurídica no desenvolvimento das relações capitalistas.

Nessa época, a burguesia buscava superar a fragmentação jurídica ainda existente na França, partindo da convicção de que poderia haver um legislador universal, com capacidade para aprovar leis válidas para todos os tempos e lugares, já que a sociedade francesa, anterior a codificação, possuía uma multiplicidade de direitos, limitados territorialmente, fazendo com que ao norte vigorassem os costumes locais (*droit coutumier*), enquanto no sul prevalecesse o direito comum romano (*droit écrit*). Assim, a elaboração do Código Civil na

⁶REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia III**: Do Romantismo até nossos dias. São Paulo: Paulus, 1991, p. 297.

LIMA, Danilo Pereira; HOFFMAM, Fernando. Pela necessidade de uma teoria hermenêutico-integrativa da decisão jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

França, em 1804, foi resultado de uma cultura racionalista fortemente influenciada pelo movimento iluminista, pois considerava a multiplicidade e a complicação do direito como fruto do arbítrio, devendo ser totalmente substituído por um direito simples e unitário.⁷ Com efeito:

Consequência natural desta nova concepção do direito, no que concerne ao plano concreto da resolução dos problemas jurídicos, foi uma transformação metodológica que impôs uma práxis judicativa alheia ao sentido *inveniendi* que hermeneuticamente embasava a pretensão material de teor prático-argumentativo presente na tradição jurisprudencial pré-moderna, pois, perante um direito *a priori* fixado na lei, que em si mesma encarnava a justiça, nada restaria ao julgador senão a sua dogmática e lógica aplicação a caso concreto [...].⁸

Com a codificação, a lei apareceu como instrumento jurídico capaz de resolver e abarcar todos os fatos sociais, reduzindo o ato interpretativo do juiz a uma análise meramente sintática. Para o positivismo exegético, a interpretação realizada pelos juízes deveria ficar reduzida a um ato passivo e mecânico.⁹ Dessa forma, Luis Alberto Warat afirmava, “que a primeira etapa (do positivismo jurídico) compreende a época da conceitualização dos textos legais. Esta se baseia no pressuposto de que não há mais direito que o ordenamento jurídico estabelecido através das leis validamente ditadas e vigentes”.¹⁰ Assim, no Estado Liberal, essa posição buscava uma verdadeira separação dos poderes, impedindo que os juízes criassem o direito e, ao mesmo tempo, viessem a invadir a esfera de competência do Poder Legislativo. Por tudo isso, para a escola do positivismo

⁷BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 64-67.

⁸NEDEL, Antonio Carlos. A Contribuição da Tópica Jurídica Para A Crise do Normativismo Abstrato. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Nº 7**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47-54.

⁹VIANNA, Luiz Werneck. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 36. De acordo com Vianna, no início da formação do Estado Liberal de Direito, logo nos primeiros momentos da Revolução Francesa, o Poder Judiciário recebeu a tarefa de apenas funcionar como a “boca inanimada da lei”, já que lhe cabia a simples função de apenas aplicar as leis aprovadas pelos representantes do povo. Mais tarde, com a institucionalização da Revolução, a magistratura foi constituída como cargo burocrático do Estado, “concebendo-se o Judiciário como personagem sem rosto da ordem racional-legal do Estado de Direito, capaz de garantir previsibilidade à reprodução do mundo mercantil e certeza jurídica na administração do direito”.

¹⁰WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 17.

exegético, toda interpretação da lei deveria sempre estar baseada na vontade do legislador.

Nesse tempo primevo do positivismo jurídico, não há espaço para qualquer interpretação por parte do aplicador do Direito. A lei traz em si todas as possibilidades de aplicação que devem ser consideradas pelo intérprete, pois, desse modo, a nova classe dominante – a burguesia – não corre riscos de ver ameaçado o projeto liberal. No entanto, tal situação não perdura, haja visto, a classe trabalhadora buscar conquistas e mais direitos do que os oferecidos pelo Estado Liberal, o que provoca uma primeira guinada no que se espera do intérprete jurídico.

Os juristas perceberam que o Código não era capaz de cobrir toda a realidade. Dessa forma, para superar certas limitações existentes na escola do positivismo exegético, surgiu o positivismo normativista, preocupado principalmente com o problema da indeterminação do sentido do direito e com o esgotamento do método sintático-semântico de interpretação dos códigos. É nesse contexto que aparece a *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, com o intuito de construir uma teoria do direito com maior rigor científico e reforçar o método analítico apresentado pelos conceitualistas, em contraposição a Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre.

Para Kelsen, estas duas correntes do pensamento jurídico favoreciam a perda do rigor jurídico no momento da interpretação do direito, pois permitiam o surgimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos. Desse modo, Kelsen buscou construir uma ciência do direito que não sofresse nenhum tipo de influência político-ideológica, numa relação muito próxima com o pensamento neopositivista desenvolvido pelo Círculo de Viena.¹¹

¹¹REALE, Giovane; ANTISIERI, Dario. **História da Filosofia. III**: Do Romantismo até nossos dias. São Paulo: Paulus, 1991, p. 990. De acordo com Giovane Reale e Dario Antiseri, "o pensamento desse grupo adquiriu a denominação de neopositivismo ou positivismo lógico e se caracterizou pela firme atitude antimetafísica e por toda uma série de aprofundadas análises de grande relevância sobre a linguagem, a estrutura e os métodos das ciências naturais e sobre os fundamentos da matemática". Assim, a partir da influência do Círculo de Viena, é possível compreender a preocupação de Kelsen com a construção de uma epistemologia Direito, livre das influências político-ideológicas.

Ao mesmo tempo, Kelsen acabou reproduzindo a separação entre racionalidade teórica e racionalidade prática, elemento que perpassou por toda a tradição do pensamento metafísico. Assim, Kelsen afastou os problemas mais pragmáticos para se dedicar principalmente a construção de uma epistemologia do direito, capaz de anular qualquer elemento em condição de prejudicar a pureza e o rigor científico de sua teoria. Nesse sentido, Luis Alberto Warat afirmava que:

A Teoria Pura do Direito, ao ser reduzida a um conceitualismo presente tanto no idealismo crítico como no positivismo lógico, consegue eliminar de sua problemática a discussão sobre os fatores codeterminantes da realidade jurídica, como também sobre o papel social e político do Direito e as dimensões ideológicas dos diversos discursos jurídicos enquanto prática jurídica concreta.¹²

Dessa forma, para o positivismo kelseniano, a interpretação feita pelo órgão aplicador do direito deveria ser completamente diferente da interpretação realizada pela ciência do direito, pois, no primeiro caso, a interpretação ocorreria como ato de vontade, permitindo ao órgão aplicador do direito uma escolha entre diversas possibilidades existentes; já no segundo caso, a interpretação efetuada pela epistemologia do direito deveria ser um ato de conhecimento, preocupado apenas com o estabelecimento das possíveis significações de uma norma jurídica e, portanto, devendo afastar qualquer tentativa de univocidade do significado da norma, já que Kelsen considerava como ficção política, a tentativa de formar uma resposta correta.

Kelsen propõe a construção de uma teoria pura do direito – não por acaso, título de uma de suas principais obras. Ou seja, o Direito não é puro, mas a teoria que o estuda deve assim ser, estando liberta de qualquer tipo de valoração, seja de cunho sociológico, filosófico, político, etc. A Ciência Jurídica é pura, construída sobre um terreno sólido e lógico normativamente alicerçado e, que, embora admitisse “falhas” legislativas, pregava a sua resolução por meio da discricionariedade do intérprete¹³. Nesse talante, claramente, o positivismo

¹²WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II**. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 132.

¹³ENGELMANN, Wilson. **Crítica Ao Positivismo Jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 42-43.

kelseniano cindi Direito e Ciência Jurídica, considerando como Direito um sistema de normas válidas e, a Ciência do Direito como uma construção sistemática de proposições verdadeiras. Nas palavras de Lenio Streck isto decreta uma obviedade de que, “normas jurídicas são validas ou invalidas”, enquanto, “proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas”¹⁴. Assim, o problema da validade em Kelsen é resolvido intra-muros, dentro do próprio sistema estruturalmente normativo, em que a validade de uma norma, decorre da validade de outra norma sistematicamente superior¹⁵.

Assim, para o positivismo normativista, a ciência do direito não deve se preocupar com o problema da decisão judicial, pois, diante da separação entre racionalidade teórica e racionalidade prática, estabelecida pelo pensamento metafísico, toda a complexidade do mundo prático seria colocada fora da ciência do direito, deixando para a política do direito, a escolha entre as diversas possibilidades de aplicação da norma. Com efeito:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.

Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.¹⁶

No entanto, a teoria formatada por Kelsen não se preocupa com o problema da prática jurídico-decisória, ou seja, no momento de decidir, se o intérprete não encontra “resposta” na confluência do caso concreto com uma norma/regra sistematicamente válida, de onde é retirada a validade da decisão prolatada? Tal pergunta fica sem resposta em Kelsen, pois tal autor, não compreende o Direito

¹⁴STRECK, Lenio Luiz. Decisão Jurídica Em Tempos Pós-Positivistas. In: **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, Nº 12, jul-set. 2010, p. 247-271.

¹⁵ENGELMANN, Wilson. **Crítica Ao Positivismo Jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 45.

¹⁶KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 393.

como algo pertencente ao mundo prático, mas sim, compreende o Direito, como pertencente a um sistema eminentemente jurídico-normativo que, se auto-valida.¹⁷

Desse modo, é que desmorona a construção teórica do paradigma positivonormativista. O adentrar à pós-modernidade e, a complexificação das relações jurídico-sociais, gera uma asfixia ao modelo de regras/normas preconizado pelos autores supra. Logo, contemporaneamente, tem-se claro – ou se deveria ter – que o Direito não encontra validade na norma formalmente concebida, nem se conhece pela mera compreensão estrutural dele mesmo – enquanto sistema. O Direito como compreendido atualmente, não encontra substância, enquanto não realizado num contexto prático-factual.¹⁸

Nesse sentido, é possível afirmar que Kelsen acabou ampliando o problema semântico da interpretação, reforçando a discricionariedade do interprete na metáfora da “moldura da norma”. Ao perceber que esse problema não poderia ser corrigido no nível da pragmática, Kelsen resolveu fazer ciência apenas na ordem das proposições jurídicas, abandonando para um segundo plano o problema da realização concreta do direito. Dessa forma, para superar esse positivismo normativista, dos dias atuais, é necessário muito mais do que simplesmente afirmar que o juiz já não é mais a “boca da lei”. Aquele positivismo primitivo, chamado de exegético, há muito tempo já foi superado pelo positivismo nomativista de Kelsen.

Atualmente, o problema do positivismo pós-exegético se encontra em outro ponto: no poder discricionário, delegado em favor do juiz para preencher os espaços da “zona de incerteza” presentes nos “casos difíceis”. E isso é um problema de democracia, pois ao conceder um grau de liberdade ao juiz, para que este atribua de maneira arbitrária o sentido de uma legislação, produzida democraticamente pelo legislador, o positivismo normativista acabou por garantir

¹⁷STRECK, Lenio Luiz. Decisão Jurídica Em Tempos Pós-Positivistas. In: **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, Nº 12, jul-set. 2010, p. 247-271.

¹⁸NEDEL, Antonio Carlos. A Contribuição da Tópica Jurídica Para A Crise do Normativismo Abstrato. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Nº 7**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47-54.

um salvo conduto para os juízes, para que estes venham a invadir constantemente a esfera de atuação do Poder Legislativo. Portanto, a partir dessa discricionariedade, os juízes ainda insistem em confundir o ato da decisão judicial com escolhas políticas, numa posição inteiramente eivada pela subjetividade da filosofia da consciência.

Em tempos de Constitucionalismo Democrático é extremamente arriscado continuar apostando em teses voluntaristas. Assim, faz-se necessária a superação dessas posições, que, de alguma maneira, ainda permanecem inseridas no paradigma da filosofia da consciência. Nesse sentido, o Constitucionalismo Contemporâneo também necessita de um novo paradigma filosófico, que supere a filosofia da consciência e seja capaz de desvelar muitas coisas que ainda permanecem em oculto entre os juristas.

Assim, propugna-se no presente texto pela possibilidade da obtenção de respostas corretas – adequadas à Constituição – no direito. Tal possibilidade se dá pela construção de uma teoria hermenêutico-integrativa da decisão, capaz de constituir substancialmente respostas adequadas constitucionalmente. É o que se passa a tratar.

2. A NECESSÁRIA CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO: POSSIBILIDADES HERMENÊUTICO-INTEGRATIVAS À REALIDADE BRASILEIRA

Como vislumbrado até o momento, o positivismo não conseguiu vencer o principal mal posto pela modernidade no que tange à problemática da interpretação jurídica/judicial, qual seja, o da discricionariedade e o no mais das vezes consequente ativismo.

As teorias positivistas, tanto exegética, quanto normativista, não enfrentaram o problema da interpretação. Num primeiro momento, não havia lugar para se interpretar e a resolução do caso jurídico, dava-se pela mera subsunção do fato à norma. Num segundo momento, quando se abandona esta posição

estritamente dogmático-positiva, se cai no abismo da discricionariedade compartilhada com um juiz que em calando a norma tudo pode.

Tais posturas como dito anteriormente não se coadunam com o que se espera do paradigma formulado a partir do Estado Democrático de Direito. Em tal paradigma, o Direito pugna por uma condição substancial de obter respostas corretas ao caso concreto e, não admite a possibilidade de estar a sua concretude nas mãos – na consciência – de um sujeito solipsista.

Isto, pois, está inserido na subversão de todo um modo de compreensão do jurídico que foi aprisionado pela história. Ademais, o Direito encontra-se inserido em uma realidade jurídico-político-social – enquanto sistema – ancorada em práticas e sentidos oriundos de um senso comum teórico alheio à hermenêutica – enclausurado nos sombrios confins da modernidade¹⁹. Este modo de ser jurídico – dos juristas – necessita de posições de rompimento com a (pós)modernidade, possibilitando o acontecer de um novo jeito de ver – de perceber – o Direito, ou seja, a capacidade de percebê-lo enquanto existencial, enquanto condição de existência para o social.

Neste novo cenário, o social exsurdirá a partir de um sentido constitucional atribuído a resposta dada ao caso concreto. Resposta que será correta quando obtida com base neste sentido de Constituição. Por assim dizer, o ambiente jurídico-decisório precisa desejar a Constituição – como comunidade de princípios – enquanto instituidora de um novo *modus interpretativo-compreensivo*, que caminha pelos caminhos por ela – Constituição – trilhados e, que oferece aos sujeitos jurídico-sociais um espaço de concretização e desvelamento do Direito no caso concreto²⁰.

O espaço-tempo processo-decisório nesse momento deve guardar relação direta com o caso concreto e com o seu devido desvelar. Rompe-se com o mundo instituído pela modernidade jurídica castradora do novo e, percebe-se no

¹⁹WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**: interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 21-22.

²⁰WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos**. Santa Cruz do Sul: EDUSC, 2000, p. 12-13.

processo – democrático-constitucionalizado – a possibilidade do novo a partir da facticidade, da existencialidade do fato da vida levado à prática decisória e, assim, levando a decisão jurídica ao mundo²¹.

O Direito surge assim na decisão envolto em um todo principiológico comunitário forjado em “ideais” de integridade e coerência. Há como condição primeira – mas não plenipotenciária – instituidora da decisão jurídica uma comum-unidade principiológica. Não surge a decisão de qualquer comunidade, pois, para Dworkin há três tipos de comunidades – associação política – um primeiro, que pode ser tido como uma comunidade de fato, onde, os membros desta, concebem o seu surgimento como mero acaso histórico, e, portanto, não verdadeira. Num segundo tipo comunitário, referido autor norte americano pressupõe um modelo de regras, onde os membros da comunidade aceitam obedecer regras criadas de um modo específico por ela mesma comunidade²².

É de um terceiro tipo de comunidade que exsurge a resposta adequada aos referenciais de integridade e coerência. A esse terceiro modelo, Dworkin dá o nome de comunidade de princípios, esse – modelo – amplia o espectro no que tange a comunidade de regras. Para além do segundo modelo, entende que as pessoas fazem parte de uma verdadeira comunidade política apenas quando seus destinos estão fortemente ligados, de modo que, são governadas por princípios comuns e não apenas por regras emanadas de um acordo político.²³

Desse modo, um juiz-intérprete que opera por padrões de integridade e coerência aceita a condição de que o ideal de integridade no Direito estabelece direitos que possibilitam aos litigantes exigir uma decisão dele. O caso concreto – o caso em tela – deverá ser julgado de acordo com a “melhor concepção” sobre o que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam à época, bem

²¹STEIN, Ernildo. Introdução. In: STEIN, Ernildo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de (Org). **Racionalidade e Existência**: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. Ijuí: UNIJUI, 2008, p. 15-25.

²²DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 252-253.

²³DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 254.

como, a integridade comum-unitária exige que essas normas sejam aplicadas com coerência.²⁴

Nesse meio nasce uma decisão conformada político, jurídico e socialmente, que não deixa espaços livres para escolhas arbitrárias intérprete. A decisão jurídica vem blindada por uma textura viva principiológica que adjudica para si a legitimidade dela mesma decisão. Constrói-se um espaço-tempo hermenêutico-integrativo, pois, por excelência, interpretativo, que lança os olhos sobre o passado, considerando o presente e, visando o futuro.²⁵

Quando Dworkin demonstra a possibilidade de respostas corretas no direito, não o faz no sentido de reproduzir o velho conceitualismo presente no pensamento positivista, mas, pelo contrário, o fez no sentido de enfrentar o indeterminação do direito, rejeitando completamente a ideia de delegação ao juiz para preenchimento das chamadas lacunas. Desse modo, para enfrentar a discricionariedade, toda interpretação jurídica deve ser perpassada por argumentos de princípio, numa construção coerente que sempre leve em conta uma teoria da constituição, uma teoria da legislação e uma teoria dos precedentes, pensados segundo os postulados da equidade e da integridade, para fundamentar e justificar a decisão judicial.

Dworkin apresenta uma teoria pragmática, onde o direito passa a aparecer como uma prática interpretativa preocupada com o resultado da decisão, o que, hodiernamente, obriga a teoria do direito a abandonar as velhas posições discricionárias, em favor de uma postura coerente com todos os princípios que compõem a integridade moral de uma comunidade. Tal postura é evidentemente hermenêutica, o que desvela a importância da hermenêutica de matriz heideggeriana/gadameriana – e aqui se ocupará mais de Heidegger por uma opção do trabalho – para a reconstrução paradigmática do Direito enquanto prática interpretativa.

²⁴DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 262-263.

²⁵MOTTA, Francisco José Borges. **Levando O Direito A Sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 98-104.

Desse modo, é possível afirmar que o pensamento de Heidegger procurou desvelar aquilo que ficou impensado durante toda a tradição metafísica: o sentido do ser. Para superar esse ocultamento, a fenomenologia heideggeriana se apresentou como antípoda da subjetividade apresentada pela tradição metafísica. Nesse sentido, a filosofia heideggeriana buscou compreender o ser do ente na sua historicidade, no seu acontecer concreto, na sua faticidade, indo além das dissimulações da vida, para superar o grande equívoco cometido pelo pensamento metafísico, que chamou de ser, o que não era o ser, mas sim o ente.²⁶

Assim, o espaço da decisão jurídica, do Direito, é um espaço humano-existencial, é um acontecer que se desdobra no mundo/tempo – temporalidade –, é um acontecer temporalizado/mundanizado, que assume para si a sua condição de horizonte de sentido do ser que, só pode ser compreendido no tempo – temporalidade. O Direito é uma “ciência” histórica que bebe nas fontes da historicidade e da tradição, condição primeira para um Direito ser-no-mundo que se manifesta no caso concreto, não em um enunciado linguístico congelado no tempo e vazio de significado, mas sim, que se manifesta no caso concreto como manifestação do ser – ser-Direito, ser-intérprete, *Dasein*²⁷.

²⁶Esse desvelamento dá-se a partir do método fenomenológico hermenêutico, que em verdade, não é método, mas sim, modo de ser-no-mundo. A hermenêutica heideggeriana não pode ser vista como método na trilha das antigas hermenêuticas. Há uma crucial ruptura entre o paradigma hermenêutico heideggeriano e os anteriores. A partir do método fenomenológico-hermenêutico – não como método, mas como modo de ser-no-mundo – Heidegger desentranha a pergunta pelo “como” – do método –, ou seja, mesmo a partir do uso de um método, há uma “pergunta” – um questionar-se – que desde-já-sempre questiona o próprio método em seu caminho – em sua metódica – que, desse modo, perde a veste de certeza, visto que, interpelado pelo “como” anterior a si mesmo método. O método deixa de ser um “algo simplesmente dado” que leva a um fim adiantado nele próprio enquanto método/formula universal(izável) e, passa a ser “acontecimento” de um “acontecer” que vem compreendido mesmo anteriormente ao método. O método fenomenológico-hermenêutico não é meio de acessibilidade, mas sim, desvelamento de ser-no-mundo em suas possibilidades, desvelamento do acessível em sua própria acessibilidade anterior a si mesmo. O método fenomenológico-hermenêutico é um “eterno”/“contínuo” reprojetar das possibilidades de ser-no-mundo, é um sempre angustiar-se (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 36-42).

²⁷*Dasein* é o ente que se questiona pelo ser, todo o ser tem um ente e todo o ente só é no seu ser. Até a modernidade – metafísica clássica e moderna – o ser esteve encobrido pelo ente, pois a tradição metafísica tratava o ser por ente. O sentido de “ser” está sempre desvelado na compreensão cotidiana do que ele seria, mas este “estar desvelado” é o que vela o sentido de “ser” enquanto “ser” de um ente que se desvela sempre no já compreendido – não como um dado *a priori* – no (re)compreender. Sempre nos movemos numa compreensão de ser, quando a pergunta

O intérprete responde pelo é do ser, pois, estrutura-se como o ente que compreendendo o ser – sendo – pode desvelar o sentido de ser-no-mundo. A problemática ontológico-fundamental é a estrutura de acesso ao sentido do ser, pois, permite a compreensão do ente que, existindo enquanto Dasein compreende o ser. “Dasein existe porque compreende o ser e, compreendendo o ser se compreende, lançando-se para adiante de si mesmo”.²⁸

O *Dasein* – ente que compreende o ser – já esta sempre no mundo, já é ser-no-mundo, pois, desde-já-sempre-no-mundo se compreende, compreende o ser e, compreende o mundo em sua mundanidade. O intérprete – aqui *Dasein*, pois, compreende o caso concreto compreendendo-se e compreendendo a sua condição de ser-no-mundo – está desde-já-sempre jogado no mundo que o circunda e, assim, impossibilitado hermeneuticamente de acessar solipsisticamente significados inautênticos, pois, os pré-compreende como inautênticos, negando-lhes acesso à estrutura hermenêutica compreensiva desenvolvida no ambiente decisório.²⁹

Logo, o horizonte de sentido só pode ser-nos dado pela compreensão que temos de algo, não há compreensão a partir de um certo dado, – as súmulas por exemplo – subsistente no mundo – no tempo – e duradouro, que já vem nos oferecendo enquanto Dasein significados prontos, pois o intérprete – *Dasein* – já pré-compreende algo quando se pré-compreende como *Dasein*. O *Dasein* é hermenêutico, pois, reside numa pré-compreensão que nele reside, pois ele só é

pelo ser é feita, já se conhece o “é” do ser, já se está inserido em um momento compreensivo anterior que adianta o sentido do “ser” no “é” sem desvelá-lo por completo. Ou seja, o questionado da questão a ser elaborada na busca pelo sentido de ser é o próprio ser que é questionado pelo ente – *Dasein*. Questionar-se nesse sentido, constitui tornar transparente o ente que questiona em seu ser – que se questiona pelo ser, ou seja, tornar transparente o *Dasein* – e, que, assim, como modo de ser de um ente, faz o questionar dessa questão ser determinado pelo ser – pois é o que nela, é questionado pelo *Dasein*. Como ser constitui o questionado e ser diz sempre o ser de um ente, o que resulta como interrogado na questão do ser é o próprio ente. Este é como que interrogado em seu ser. Mas para poder apreender sem falsificações os caracteres de seu ser, o ente já deve se ter feito acessível antes, tal como é em si mesmo” (HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 37-52).

²⁸OLIVEIRA, Rafel Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 143.

²⁹STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 190-192.

porque se compreende. Não há como acessar a decisão jurídica por meio de algo dado, mas sim, somente, a partir de um caminho, de um “ir” até ela.³⁰

O que deve ficar claro é que este “movimento hermenêutico compreensivo” não se dá deslocado no mundo, mas sim, se dá no mundo e, por assim dizer, no tempo, pois ser é tempo – Heidegger. A atitude do tempo pré-existe a toda a estrutura hermenêutico-compreensiva. *Dasein*, só o é no tempo, na temporalidade. Assim, não há compreender preso ao passado, mas sim, voltado do futuro – da percepção do porvir – para compreender-se temporalmente.

O homem definido enquanto *Dasein* é fora de si mesmo, define-se como existência, opostamente ao sujeito moderno fechado em si, o *Dasein* está aberto ao mundo, a sua existencialidade. Assim, a temporalidade do *Dasein* deve ser compreendida com uma dimensão que compreende co-originariamente passado, presente e futuro, onde o futuro, enquanto antecipação da morte permite ao *Dasein* compreender-se como ser finito, que existe no tempo.³¹

Diante de todas essas mudanças paradigmáticas, é necessário construir as condições imprescindíveis para que o poder dos juízes não se sobreponha ao direito, o que exige, com toda a certeza, a superação do positivismo normativista. Em pleno paradigma intersubjetivo, como foi exposto no capítulo acima, não é mais possível continuar apostando no protagonismo do sujeito-intérprete, sustentado no esquema que ainda separa o sujeito do objeto.³²

Com isso, a hermenêutica não exclui o sujeito presente em qualquer ato de compreensão, mas passa a sustentar a necessidade de critérios/condições de verificação sobre a veracidade – legitimidade – da decisão tomada pelo juiz,

³⁰STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 193-195.

³¹DASTUR, Françoise. **Heidegger e a Questão do Tempo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 10-11.

³²Stein, Ernildo. **Aproximações Sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 45. Segundo Ernildo Stein, “já sempre compreendemos enquanto compreendemos o todo. O contrário também vale: enquanto compreendemos o todo, já sempre nos compreendemos”, portanto, “há uma impossibilidade de separação entre sujeito e objeto. É impossível separar o sujeito do objeto porque, no fato histórico, já sempre estamos de certo modo, mergulhados, não podemos ter uma distância total, como na observação de um fenômeno físico”.

estabelecendo amplas possibilidades de controle da decisão, compatíveis com o regime democrático. Por isso, de acordo com Lenio Streck, “mais do que possibilidade, a busca de respostas corretas é uma necessidade”.³³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, a modernidade deixou de legado um paradigma enclausurado em abstrações e incrustado em uma razão instrumental, que põe em foco os desideratos revolucionários liberais, construindo assim, um Direito meramente reprodutor das palavras do Estado. Mas a complexificação do estrato social provoca a ruptura e o lançamento do Direito ao poder discricionário de um juiz que deveria implementar a questão social. Logo, o que fica é um modelo jurídico imbricado diretamente com a discricionariedade, embasado em uma racionalidade positivo-normativista e, incapaz nos dias atuais de dar as respostas exigidas pela sociedade contemporânea (Parte 1).

Desse modo, o que propõe é a construção de uma teoria hermenêutico-integrativa da decisão jurídica como condição de possibilidade para o acontecer do Estado democrático de Direito no âmbito jurídico-decisório. A partir do novo paradigma não há mais espaço para a atuação discricionária do juiz, pois a democracia exige um juiz comprometido com o texto constitucional. O intérprete *dasein*, é, sendo, assim, está no mundo e atua processo-decisoriamente no mundo. Não ficam espaços para o agir discricionário, arbitrário, decisionista, pois, a partir do ser/estar no mundo, ele é/está no processo decidindo com base na tradição, e na integridade e coerência no/do Direito (Parte 2).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

³³Streck, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 390.

LIMA, Danilo Pereira; HOFFMAM, Fernando. Pela necessidade de uma teoria hermenêutico-integrativa da decisão jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

DASTUR, Françoise. **Heidegger e a Questão do Tempo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica Ao Positivismo Jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva. A virada hermenêutica. Vol. II**. Tradução: Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando O Direito A Sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NEDEL, Antonio Carlos. A Contribuição da Tópica Jurídica Para A Crise do Normativismo Abstrato. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Nº 7**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia, vol. III**. São Paulo: Paulus, 1991.

STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. Porto Alegre: Movimento, 1983.

STEIN, Ernildo. **Aproximações Sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

STEIN, Ernildo. Introdução. In: STEIN, Ernildo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de (Org). **Racionalidade e Existência**: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. Ijuí: UNIJUI, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise**. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LIMA, Danilo Pereira; HOFFMAM, Fernando. Pela necessidade de uma teoria hermenêutico-integrativa da decisão jurídica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-Positivismo. In: 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.

STRECK, Lenio Luiz. Decisão Jurídica Em Tempos Pós-Positivistas. In: **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, Nº 12, jul-set. 2010.

VIANNA, Luiz Werneck. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I:** interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II:** a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos.** Santa Cruz do Sul: EDUSC, 2000.

Submetido em: Agosto/2013

Aprovado em: Novembro/2013