

# CONSTITUCIONALISMO(S) E RESIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA: REFLEXÕES DESDE A PERSPECTIVA CRÍTICA LATINO AMERICANA

---

IVONE FERNANDES MORCILO LIXA

Doutora em Direito Público pela Universidad Pablo de Olavide (UPO-UFSC) com pós doutoramento em Teoria do Direito (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora da Universidade Regional de Blumenau – FURB-SC do Curso de Direito. Pesquisadora e extensionista na área de Direitos Humanos, Hermenêutica Jurídica e Constitucionalismo Latino Americano Contemporâneo, com publicações nas referidas áreas.

## Resumo

Em fins do século XX novos e difusos discursos do Direito vão apontando a emergência de modelos teóricos inovadores autodenominados “críticos”. No Brasil, neste contexto, se inaugura uma inovadora e revolucionária face do constitucionalismo que expande o poder do Judiciário, em nome da defesa da ordem democrática e direitos fundamentais. Nesta esteira de mudanças uma das novidades é o amplo catálogo de direitos sociais que redefine o campo hermenêutico, até então herdeiro da tradição formal legalista moderna. Entretanto, no desejo de consolidar e garantir tanto no plano institucional como cultural os direitos fundamentais, se assiste na primeira década do século XXI no Brasil, bem como em alguns países latino americanos, a ampliação do campo da democratização e políticas sociais. Neste marco, ao mesmo tempo que vai sendo implantado um novo paradigma constitucional a partir da plurinacionalidade, demodiversidade e novos direitos vinculados a uma nova racionalidade, há a expansão do papel do Poder Judiciário, o que acaba por povocar uma distorção da jurisdição e dos fundamentos hermenêuticos que lhe servem de legitimação. É a partir desta inédita complexidade que, desde o marco da tradição do pensamento crítico, pensadores do Direito são obrigados a repensar a hermenêutica a partir de uma nova lógica, novos fundamentos e novos elementos epistemológicos, deslocando a questão hermenêutica para uma dimensão distinta do que lhe foi reservado pela racionalidade moderna e além do que até foi legado pela tradição positivista: o campo externo de valoração normativa. Desafio que entre oscilações e divergências não pode ser negado.

## Palavras-chave

Constitucionalismo contemporâneo; Hermenêutica jurídica; Teoria crítica; Direitos fundamentais.

## Abstract

At the end of XX century, news and diffuse law speeches will pointing the emergence of innovative theoretical models self-proclaimed “critical”. In Brazil, in this context, is inaugurated an innovative and revolutionary face of constitutionalism which expands the power of the judiciary, for the preservation of democratic order and fundamental rights. On this track changes a new feature is the extensive social rights catalog that redefines the hermeneutic field, hitherto of modern formal legalistic tradition. However, the desire to consolidate and ensure both institutional and cultural fundamental rights, is being witnessing the first decade of XX century in Brazil as well as in some Latin American countries, expanding the field of democratization and social policies. In this context, while it is being implemented a new constitutional paradigm from plurinationality, demodiversity and new rights linked to rationality, there is the expansion of the role of the judiciary which ultimately provoke a distortion of jurisdiction and hermeneutic fundamentals that serves as its legitimacy. It is from this unprecedented complexity that since Mark of the tradition of critical thinking, the juridical thinkers are forced to rethink hermeneutics from a new logic, new foundations and new epistemological elements, shifting the hermeneutical question to a different dimension than have been given by modern rationality and beyond what was bequeathed to the positivist tradition: the external field of normative valuation. Challenge between oscillations and divergences can not be overlooked.

## Key words

Contemporary constitutionalism; Legal hermeneutics; Critical theory; Fundamental rights.

## 1. Introdução

“Hermenêutica”, enquanto campo de saber específico relacionado como a “compreensão do sentido”, embora sendo uma inquietação intelectual constante ao longo da história do pensamento ocidental desde a tradição grega, no contexto europeu moderno, adquire nova significação, reinventando-se como Teoria Geral de Interpretação sob o marco do paradigma colonizador moderno de ciência. Especificamente no campo do Direito, indo na mesma direção do modelo de racionalidade dominante, a hermenêutica jurídica, tendo como base teórica, ideológica e política o positivismo jurídico, se constrói como saber técnico instrumental cuja tarefa central foi a de estabelecer critérios tecnicamente válidos de interpretação exclusivamente do direito positivo, definindo-se, nesta perspectiva, como saber dogmático auxiliar e justificador da ciência jurídica. Em fins do século XX, os claros sinais de esgotamento do modelo paradigmático de ciência moderna e de projeto civilizatório, vão sendo construídos novos e difusos discursos que apontam para

a emergência de novos modelos. São tempos de “pós” e de novas políticas constitucionais que realinham as teorias e práticas jurídicas e é neste contexto que o saber subjogado e subalterno, o “colonial” ganha relevância. Desde uma perspectiva crítica e decolonial “interpretar” assume-se como atitude intelectual de reconhecimento da complexidade e da finalidade política do Direito, o que implica numa nova perspectiva hermenêutica que vai além da “questão metodológica”, deslocando a “questão” hermenêutica para a compreensão e reconhecimento do “plural”, superando-se as “verdades” univocistas do sentido do justo.

## 2. Colocação do Problema: Hermenêutica e Direito (Paleopositivismos e Jusconstitucionalismos)

A questão inicial que se coloca para qualquer campo do conhecimento é o seu problema constitutivo. Ou seja, o desafio inicial do conhecimento é epistemológico, o que obriga delimitar e particularizar seu objeto de forma a evidenciar a problemática em torno da qual gravitam suas proposições, objetivos e finalidades tornando possível a identificação de seus elementos constitutivos, e simultaneamente, definir seus paradigmas de sustentação e justificadores de sua legitimidade.

Portanto, a primeira tarefa da reflexão aqui proposta é esclarecer o que se define como Hermenêutica, em particular a Hermenêutica Jurídica, e quais as questões essenciais que envolvem a delimitação de seu objeto e particularidades metodológicas, esforço que é um grande desafio aos que se dedicam a este campo do conhecimento que no Direito tem ocupado lugar privilegiado nestas primeiras décadas do século XXI.

Sem dúvida uma das pautas centrais do Direito contemporâneo é a “questão hermenêutica” e seus fundamentos legitimadores, sobretudo, quando as concepções ancoradas no velho paradigma juspositivista legalista ou paleo positivismo – definido pela intrínseca lógica auto sustentadora e auto justificadora legal – é substituído em meados da segunda década do século XX por um neojuspositivismo – subordinando o Direito ao sentido *constitucional* que, embora redefinido pelo princípio da legalidade substancial que vincula o sentido normativo à coerência dos princípios e fundamentos constitucionalmente estabelecidos, mantém o velho paradigma da legalidade formal de produção –; e mais recentemente, acentuadamente a partir das três últimas décadas do século XX e início do XXI, com a entrada em cena das democracias participativas os direitos fundamentais ganham novo *status* político e jurídico constituindo o que Ferrajoli chama da *esfera do não decidível* (FERRAJOLI, L. 2015, P.20), definindo limites políticos e jurídicos tanto da produção das normas como de sua interpretação.

“Hermenêutica” é um termo herdado pela tradição do pensamento ocidental relacionado à compreensão do sentido para além do anunciado pela palavra, uma espécie de

tarifa de transmutação compreensiva.<sup>1</sup> Porém, o que atualmente se rotula como “Hermenêutica” possui um sentido distinto daquele original e *desenvolveu-se, em grande parte, sem ter consciência de si* (GRONDIN, 1999, P. 22), como resultado de uma soma de condições sociais e teóricas ocorridas no cenário europeu moderno, e que acabou por construir-se como campo específico do conhecimento. Por esta razão é questionável que se recue em períodos anteriores aos séculos XVI e XVII para ser escrita a historiografia do pensamento hermenêutico. Sob uma perspectiva histórica, a “questão hermenêutica” é colocada no mundo moderno nos campos do conhecimento relacionados com a interpretação de textos, sobretudo com a teologia e jurisprudência, disciplinas teóricas que vão ser obrigadas a criar instrumentos técnicos segundo uma lógica cientifista acerca do conteúdo de textos transmitidos pela tradição através de uma correta interpretação de seu sentido.

Sem querer mergulhar no imenso oceano da construção do pensamento hermenêutico moderno, o certo é que “Hermenêutica” ganha o status de Teoria Geral de Interpretação como resultado de um processo cumulativo, possível pela conjunção, de um lado, do modelo de racionalidade científica moderna como “fiança” intelectual; e de outro, porque solucionou de maneira eficiente o conjunto de desafios colocados a partir do século XV no campo da interpretação dos textos sacros, profanos e jurídicos. Por esta razão lembra Gadamer que o sentido de “hermenêutica” é situada na tradição científica da modernidade. *O uso moderno da palavra “hermenêutica” principia exatamente ao, quer dizer, com o surgimento do conceito moderno de método e de ciência. No seu uso aparece sempre implícita uma espécie de consciência metodológica. Não apenas possuímos a arte da interpretação como também podemos justificá-la teoricamente* (GADAMER, 2004, P. 113). É exatamente neste sentido que vai se orientar o esforço teórico dos pensadores que delimitaram as propostas iniciais da moderna hermenêutica, qual seja, elaborar uma teoria a partir do conjunto das representações capaz de conferir auto-certeza científica ao conhecimento paulatinamente construído que atinge a “idade da Razão” no século XIX.

Definida como saber específico acerca da compreensão do sentido “Hermenêutica” é um termo que historicamente foi carregado de imprecisões. Na tradição clássica, o grande esforço teórico em sua origem foi o de delimitar regras para eliminar as arbitrariedades e subjetivismos interpretativos, e com esta preocupação, é que se definiram as concepções univocistas, paradigmas dominantes entre os séculos XVII e XIX. Já no século XX ampliou-se o campo metodológico e é reorientado seu objeto assumindo-se a Hermenêutica como filosofia universal da interpretação, considerando a interpretação a característica essencial

1 Embora sem possibilidade de esclarecimento conclusivo sobre a origem e o sentido da palavra *hermèneutiké* na cultura grega antiga, o certo é que era associada à atividade sacra, a transmutação do divino para o humano, e não reflexão sobre o sentido da linguagem tal qual passou a ser considerado na modernidade.

da presença humana no mundo. Um avanço que acabou por definir o panorama do pensamento hermenêutico contemporâneo.

Tanto a redução da realidade ao eterno relativo que condena o humano a impossibilidade do bem e do previsível como a incessante busca da verdade única e universal dada pelo experimental tecnicista podem ser considerados como extremos hermenêuticos que têm servido como mola propulsora ao que se pode definir como “pêndulo” hermenêutico<sup>2</sup>. Tal qual um pêndulo que oscila entre dois polos cuja velocidade diminui pouco a pouco, assim como a distância entre os extremos, mas sempre antagônicos por menor que seja a distância, até que chegue ao centro e pare; a Hermenêutica foi levada ao extremo univocista (que no Direito serve de instrumento operacional ao velho positivismo legalista) e seu contrário o relativismo equivocista (concepção que têm ocupado a discussão jurídica com a emergência do constitucionalismo contemporâneo). Evidentemente dois dogmas se excluem e simultaneamente reducionistas (DORANTES, 2005, P. 31).

Segundo Mauricio Beuchot Puente (2005, Pgs. 46-47) a hermenêutica univocista sustenta a concepção reducionista de que somente há uma interpretação válida e todas as demais, em sua totalidade, são incorretas. Trata-se de uma construção que recebeu distintas matrizes vinculadas ao cientifismo que encontra seu apogeu no positivismo do século XIX e maior elaboração no positivismo lógico do século XX, segundo o qual, um enunciado era interpretado de maneira válida de acordo com o adequado procedimento lógico analítico de verificação independente da realidade, uma vez que a comprovação conceitual é tautológica. Além de que, lembra Beuchot, assim como afirmavam os escolásticos que a universalidade constrói falsidades e a particularidade edifica a verdade é necessário ter cuidado com juízos extremos uma vez que é mais fácil haver equívoco no universal do que no particular. Ou seja, afirmar que apenas é corretamente interpretado o que é empiricamente verificável é uma afirmação em si mesmo insustentável já que a mente que enuncia o princípio é finita e assim o enunciado é em si mesmo inverificável. Ou seja, o univocismo se auto refuta.

É exatamente este univocismo hermenêutico que vai ao encontro do modelo de ciência que vai presidir o Direito moderno (racional e universal) que se alia à consolidação das novas formas políticas resultantes da consolidação do Estado e provocam uma renovação no método hermenêutico na esfera jurídica. Se um lado, o auge da filologia obriga um maior cuidado com o significado das palavras expressas nos textos e de outro, o desenvolvimento de uma nova lógica jurídica que acredita ser possível descobrir o sentido objetivo

---

2 A expressão “pêndulo” hermenêutico é utilizado por Arturo Guillermo González Dorantes na obra *Hacia una interpretación analógico-icónica del hombre* (Coleção: Analogia Filosófica, nº 16, SIN 0188-896X; México D.F., 2005) para designar as oscilações entre os extremos – do univocismo ao equivocismo – que tem conduzido as teorias hermenêuticas modernas.

da letra da lei no “sistema” normativo positivado conferem ao jurista os elementos para justificar e racionalizar sua tarefa: a de reconhecer e declarar o sentido objetivo da lei.

No entender de Manuel Calvo García podem ser destacadas três consequências com o processo de estatização da lei: a) o direito deixa de ser aquele elemento neutro que se organizava a partir de uma necessidade interior, oculta, derivada de sua condição como *verbum Dei* ou de uma “razão” transformada em direito; b) se rompe com uma sociedade “juscêntrica” que fazia do descobrimento da lei pressuposto da organização do poder e se configurava aos juristas como estamento privilegiado na organização política da sociedade medieval que estaria à mercê de sua intervenção tanto no descobrimento como na aplicação da lei; c) começam a serem definidos os pressupostos do positivismo jurídico. Portanto, o “direito criado” enfrenta os pressupostos de uma autoridade legisladora sedimentada nas manifestações dos doutos juristas (1994, P.38).

Dessa maneira, na medida em que a autoridade quase “mágica” dos juristas vai perdendo terreno frente às novas formas de exercício de poder do Estado, o direito deixa de ser um “direito de especialistas” no sentido estrito. A legitimidade hermenêutica da glosa e do comentário sofria então uma dupla perda: a da origem do texto legal e da negação da obscuridade de seu significado, já que até então, a autoridade quase divina de um texto legal e a opinião dos doutores garantia as exigências de segurança e certeza na fixação de um sentido objetivo da lei. Desde então, é necessário fundar uma nova legitimidade ao “velho” direito. Progressivamente o poder político é secularizado e se positiva o “velho” direito e as novas estruturas de poder culmina com um complexo processo de sistematização do direito que o coloca como objeto científico, como algo autônomo, frente ao intérprete.

Na leitura de Lenio L. Streck o *modus* interpretativo vigente/dominante no cotidiano dos juristas sustenta-se, paradoxalmente, em concepções herdadas exatamente desta velha na tradição positivista e na busca de sua superação. Em um primeiro momento – chamada pelo autor de positivismo primevo – é resolvido o problema da interpretação do direito sob uma perspectiva sintática.

*Neste caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõe a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas (2011, P. 120).*

Entretanto, em um segundo momento, com a entrada do pensamento kelseniano é superada esta concepção. Define-se, no entender de Streck (2011, Pgs.120-121), um positivismo normativista, que surge a partir de propostas que aperfeiçoam o “rigor” lógico do cientificismo positivista e assim, ocorre uma modificação significativa já na primeira

metade do século XX, quando o poder regulatório do Estado e a falência dos modelos sintáticos-semânticos de interpretação trazem para o primeiro plano o problema da indeterminação do sentido do Direito, encontrando em Kelsen uma forma de solução dos “desvios” subjetivistas criados pelas correntes hermenêuticas filiadas as Escolas do Direito Livre e da Jurisprudência dos Interesses.

Desde então, superado o positivismo jurídico exegético e firmado o normativista, criaram-se teses e fundamentos hermenêuticos que entre discussões e aporias (tipo: *voluntas legis versus voluntas legislatoris* ou *objetivismos versus subjetivismos*) acabam por situar a questão hermenêutica no campo metodológico, que mais servem como justificativa (*álíbis teóricos*) de legitimação para os resultados que o intérprete se propõe a alcançar ou/e garantir, certezas que serão abaladas com o “giro” constitucionalista provocado pela emergência dos Estados Democráticos de Direito da segunda metade do século XX.

### 3. Constitucionalismo, Crítica e Resignificação Hermenêutica

As últimas décadas do século XX são marcadas no plano teórico pelo esvaziamento das imagens e discursos representativos da racionalidade moderna, o que acaba por criar um complexo debate no qual são criadas novas rotulações. Instala-se um tempo dos “pós”, “de(s)” e “neo(s)”. Inéditas expressões que significam tentativas de rotular situações às quais ou se defende, e se tenta promover, ou se rechaça. Mas, há o que parece ser um ponto de convergência: o esgotamento das categorias da modernidade e das grandes utopias que serviram para construir o horizonte de futuro moderno, tomando-se a crítica à modernidade o ponto de partida para sua própria superação.

Para autores como Slavoj Žižek (2012) a complexidade sem fim do mundo contemporâneo possibilita o surgimento de conceitos opostos que parecem inquestionáveis, tais como a intolerância como tolerância, religião como senso comum racional, etc. Enfim vive-se um tempo em que é grande a tentação de gritar: “chega de bobagem”! Talvez seja essa, diz Žižek, a manifestação do desejo de estabelecer uma linha demarcatória entre a fala lúcida e sã e a bobagem, reação que tem servido para despertar a ira da ideologia predominante. Segue afirmando:

*O senso comum de nossa época diz que, em relação à antiga distinção entre “doxa”(opinião acidental/empírica, sabedoria) e Verdade, ou ainda mais radicalmente, entre conhecimento positivo empírico e Fé absoluta, hoje é preciso traçar uma linha entre o que se pode pensar e o que se pode fazer (ŽIŽEK, 2012, p.20)*

É na tentativa de ir além do mero pensar, neste contexto dos “pós”/“de(s)”/“neo(s)” e com desejo de fazer a reinvenção é que no Brasil se edificam e consolidam correntes no

Direito que se auto denominam críticas. Em meados da década de 80 a realidade brasileira reclamava a reconstrução da ordem democrática. Os instrumentos de exercício de poder esvaziados pelo fim das verdades racionais que sustentaram durante séculos as formas de saber e de racionalidade dominantes não conseguiam mais responder inteiramente às inquietações e às necessidades daquele momento (WOLKMER, 2012, P. 25) produzindo, o que se passou a designar como “crise do direito”. A “crise”, produto da descrença e insegurança jurídica, é definida por Antonio Carlos Wolkmer como a agudização das contradições e dos conflitos sociais em dado processo histórico. Expressa sempre a disfuncionalidade, a falta de eficácia ou o esgotamento do modelo ou situação histórica aceitos e tradicionalmente vigentes (WOLKMER, 2012, P.31). Sinais de esgotamento que vão conduzindo para o interior do campo jurídico o pensamento crítico, inaugurando, assim, uma discussão inédita e fértil.

Uma possibilidade de enfrentamento e compreensão da “crise” jurídica brasileira foi encontrada na Teoria Crítica, concepção que desde a década de 60 vinha influenciado pensadores do direito europeu, através de *idéias provindas do economicismo jurídico soviético (Stucka, Pashukanis), da releitura gramsciana da teoria marxista feita pelo grupo de Althusser, da teoria crítica frankfurtiana e das teses arqueológicas de Foucault sobre o poder* (WOLKMER, 2012, P.40). Na Europa as inovações da Teoria Crítica encontravam um terreno fértil no ambiente pós-guerra que projetavam no campo jurídico a desmistificação do jusnaturalismo e do positivismo. Wolkmer retomando a trajetória do criticismo lembra que a crítica jurídica consolidou-se inicialmente na França por volta dos anos 70 culminando com o “manifesto” da Associação Crítica do Direito em 1978, atingindo em seguida a Itália, Espanha, Bélgica, Alemanha, Inglaterra e Portugal (WOLKMER, 2012, P.40).

Na América Latina os “ventos” inovadores chegam por volta da década de 80 com o engajamento de juristas progressistas e comprometidos com a superação dos obstáculos políticos que impediam a construção e efetivação da democracia. Este movimento de renovação do pensamento jurídico recebe a adesão de pensadores brasileiros em inúmeras faculdades de direito que acabaram por serem pioneiros de uma pedagogia jurídica emancipadora. As perspectivas epistemológicas, apesar de múltiplas, tinham como ponto em comum a defesa do rompimento com o positivismo legalista e revelação do caráter dominador e centralizador do direito hegemônico<sup>3</sup>.

A Teoria Crítica trouxe consigo o impacto do questionamento do papel ideológico do direito na medida em que, diferentemente da concepção moderna de ciência, coloca no

3 São inúmeros os pensadores do direito relacionados ao pensamento jurídico crítico, mas a verdadeira arqueologia epistemológica feita por Antonio Carlos Wolkmer na obra *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, já citada, lembra com acuidade nomes e trajetórias que merecem ser registradas.

interior da discussão jurídica as contradições e ambiguidades inerentes ao direito moderno, buscando tomar o direito como instrumento não de manutenção da ordem estabelecida, mas a possibilidade de emancipação do sujeito histórico tradicionalmente *submerso em determinada normatividade repressora, mas também discutir e redefinir o processo de constituição do discurso legal mitificado e dominante* (WOLKMER, 2012, P.18). Mostrava-se assim um horizonte inovador, mas que trazia em si, a necessidade de rompimentos e abandonos teóricos.

Foi exatamente neste contexto que a hermenêutica ganha um novo *status* na discussão jurídica, já que é próprio de momentos agudos de transição que a questão hermenêutica ganha relevância. Mais do que nunca foi necessário compreender a partir de novas categorias uma realidade também inovadora. A complexidade desta nova problemática de descobrir o “lugar” da hermenêutica numa lógica jurídica emancipadora fez com que fosse instaurada uma discussão movendo o “pêndulo hermenêutico”.

A ordem política e jurídica colocada em marcha no Brasil com a Constituição de 1988 e o inédito momento histórico de então somados representavam a superação do autoritarismo, exclusão social e violação de direitos fundamentais que, desde os primórdios da “invenção” colonialista, vinham constituindo uma patologia crônica exposta no grave quadro social que se delineava. Naquele momento, lembra Daniel Sarmiento (2010), que grande maioria dos juristas entram em sintonia com as tendências constitucionalistas que apontavam como grande desafio garantir a efetividade das constituições democráticas. Até então, historicamente, os comandos jurídicos e políticos constitucionais, de fato, estavam nas mãos dos detentores dos poderes político, econômico e social e finalmente, o país começou a “levar à sério” a Constituição e, apesar das dificuldades enfrentadas, tais como a desigualdade e o patrimonialismo que ainda povoam as instituições nacionais, os avanços em relação ao passado são inquestionáveis (SARMENTO, 2010, Pgs. 3-4).

Logo após a homologação da Constituição de 1988 juristas como Luis Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève<sup>4</sup> passaram a militar a concepção de que a Constituição, enquanto norma jurídica deveria ser aplicada comumente pelos juízes, defendendo um “constitucionalismo de efetividade”, independente de qualquer mediação legislativa.

*...o que viria a tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade. Se até então, o discurso da esquerda era de desconstrução da dogmática jurídica, a doutrina da efetividade vai defender a possibilidade de um uso emancipatório da*

4 Destacando-se a obra *Direito Constitucional e a Efetividade das Normas*, de Luis Roberto Barroso publicada no início da década de 90 e *A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória*. In: *Uma vida dedicada ao Direito: uma homenagem a Carlos Henrique de Carvalho* publicada em 95.

*dogmática, tendo como eixo a concretização da Constituição* (SARMENTO, 2010, P. 248).

Desde aí se aprofundaram e se radicalizaram os estudos da hermenêutica jurídica. Influenciados pelo “giro” linguístico da filosofia e a entrada do pensamento de Ronald Dworkin, Robert Alexy, John Rawls, Hans Georg Gadamer, Jürgen Habermas, entre outros, juristas como Lenio L. Streck e Eros Roberto Grau refundam o pensamento jurídico brasileiro denunciando e renunciando ao velho positivismo e seus procedimentos hermenêuticos. Nesta nova etapa, ou *quadra da história*, como prefere Lenio L. Streck nominar este inédito momento de redefinição, é acentuada a natureza valorativa do Direito e dos princípios constitucionais.

Nesse contexto, lembra Daniel Sarmento, há uma *verdadeira febre de trabalhos sobre teoria dos princípios, ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade, razoabilidade, etc.* (SARMENTO, 2010, P. 249) e se incorpora no pensamento jurídico crítico brasileiro o neoconstitucionalismo. Tratava-se de um momento de conquistas e necessidade de que fossem garantidas.

Entretanto, já na primeira década do século XXI muitos se davam conta que o neoconstitucionalismo não era a superação do velho positivismo. Como afirma o próprio Lenio L. Streck, não é porque o neoconstitucionalismo tem um discurso axiologista e valorativo que é superado o positivismo formal legalista (STRECK, 2012, P. 37). As teorias “pós”/ “neo” positivistas acabaram por cair na incerteza e indeterminação do Direito. Seguramente o “relativismo” e a “teoria da argumentação” foram mal incorporados no pensamento brasileiro e decreta-se a “morte do método” e em seu lugar passa a reinar absoluta incerteza e relativismo nas decisões judiciais. Possivelmente são os efeitos perversos de uma lógica colonizada que insiste em ser mantida na cultura jurídica brasileira.

Não é novidade, desde Kelsen, que o julgador tem um “espaço discricionário” em aberto e que desde muito foi desmistificado o juiz “boca da lei”, mas como adverte Streck, deve-se estar atento com o *“pós positivismo à brasileira”*:

*...é preciso estar alerta para certas posturas típicas do “pós positivismo à brasileira”, que pretende colocar o rótulo de novo em questões velhas, já bastante desgastadas nessa quadra da história, quando vivenciamos um tempo de constitucionalismo democrático. Ainda hoje presenciamos defesas vibrantes de “ativismos judiciais” para “implementar” e “concretizar” os direitos fundamentais, tudo isso sempre retornando ao mesmo ponto: a ideia de que, no momento da decisão, o juiz tem um espaço discricionário no qual pode moldar sua “vontade”... (STRECK, 2012, P. 38).*

Em síntese, as concepções e modelos “descobertos” no Brasil em fins do século XX, sobretudo com a entrada em cena do neoconstitucionalismo, é decretada a “morte do

método” o que acabou por produzir descontrolado soliptismo e ativismo judicial que mais confunde discricionariedade com arbitrariedade e o resultado, ao que parece, é que o “pêndulo hermenêutico” está “solto” e querendo voltar a um ponto “seguro”. Outra face perversa inegável produzida desde então é a crescente judicialização da vida cotidiana e política, o que acaba por neutralizar movimentos sociais e desvincular as práticas judiciais e políticas do Estado do compromisso constitucional primeiro, o que tem obrigado pensadores da Hermenêutica a rever fundamentos e pré concepções.

Para L. Ferrajoli nestes tempos de total impotência e decadência da política predomina um constitucionalismo principialista, momento *quando se leva em contra todas as suas implicações, coloca em perigo a separação dos poderes, o princípio da legalidade e submissão do juiz somente à lei: em síntese, todos os princípios do estado de direito* (2012, Pgs. 245). Diante de angustiante constatação pergunta o pensador garantista italiano: quais alternativas se pode contrapor a esta orientação que coloca no Direito em uma espécie de “loteria do protagonismo judicial”? É momento de profundo e profícuo debate das vias possíveis de solução.

Uma das possibilidades é apontada por L. Ferrajoli, ao propor como ponto de partida para a definição do horizonte hermenêutico os direitos fundamentais consagrados na ordem constitucional.

*....isto é, não dar lugar a antinomia e lacunas, com todos os espaços de discricionariedade política deixados em aberto, de um lado, pela proibição de produzir normas incompatíveis com os princípios constitucionais e, de outro, pelas possíveis formas e graus de observância da obrigação de sua atuação* (2012, P.251).

Entretanto, chama a atenção L. Ferrajoli que todas as soluções, principalmente as mais controversas, não podem ser consideradas “verdadeiras” ou “objetivamente corretas”, uma vez que cada decisão, no campo hermenêutico, poderia ser considerada como condições de possibilidade de decisão definidas a partir do horizonte compreensivo e, portanto, é inevitavelmente orientada por opções morais e políticas do intérprete (2012, P. 253).

E conclui o referido autor:

*Mas os juízes não serão nunca, porque não poderão nunca sê-lo, simples bocas da lei, como desejavam os iluministas. Nem poderão jamais alcançar verdades absolutas, mesmo que seja na forma da “verdadeira” resposta correta. O reconhecimento desta imperfeição, ou se quiser, aporia, repito, é um fato de saúde institucional: gera o hábito da dúvida, a consciência do erro sempre possível, a disponibilidade para escutar todas as razões opostas que se confrontam no juízo, a “prudência” – a partir da qual advém o belo nome “juris-prudência” – como estilo moral e intelectual da prática jurídica e, em geral, das nossas disciplinas* (2012, P.254).

Em síntese, frente a complexidade do fenômeno jurídico contemporâneo e a permanente reconstrução e vigilância da ordem democrática no Brasil são possíveis múltiplas possibilidades de soluções para a “questão hermenêutica” uma vez que o legislador e nem mesmo o Estado são detentores de todas as hipóteses de interpretação e aplicação da norma jurídica, o que evidentemente descortina a grande falácia do mito fundador do direito moderno: a certeza e segurança nascida da plena razão estatal.

Portanto, em que pese o esforço de correntes hermenêuticas jurídicas contemporâneas que se autoreferem como críticas, resta em aberto um espaço jurídico que ainda não pôde ser preenchido pelas práticas fundadas nestas correntes. É possível pensar uma alternativa às práticas alternativas e reinventar a crítica desde as experiências democráticas participativas. Desde uma crítica à razão proléptica hermenêutica do direito moderno que além de contrair o presente reconhecendo como única fonte compreensiva o direito estatal, reduz o espaço de mediação jurídica ao Estado, é possível ampliar espaços presentes emergentes.

Adotando a sugestão de Boaventura de Sousa Santos no que chama de sociologia das emergências que é a prática de ampliar o presente reconhecendo o que foi subtraído pela sociologia das ausências, hermenêuticamente ampliando os espaços de possibilidades de compreensão do direito para além do Estado, é possível identificar agentes, práticas e saberes com tendências de futuro sobre as quais é possível ampliar as expectativas de esperança. Trata-se de uma ampliação sobre as potencialidades e capacidades ainda não reconhecidas e necessariamente movendo-se no campo das experiências sociais que desde as práticas do “reconhecimento”, “transferência de poder” e “mediação jurídica” são legítimos espaços de luta por dignidade humana e direitos fundamentais.<sup>5</sup>

É indo nesta direção que é possível falar-se em reconhecer o mundo social como mundo de possibilidade compreensiva e, portanto, fonte de uma nova racionalidade hermenêutica. Trata-se de uma perspectiva pluralista de direito que reconhece múltiplos espaços de fontes normativas, apesar de na maioria das vezes, como lembra Antonio Carlos Wolkmer (1994, p.155) é informal e difusa. O pluralismo é uma fonte de inúmeras possibilidades de regulação. Para Antonio Carlos Wolkmer

*O pluralismo enquanto concepção “filosófica” se opõe ao unitarismo determinista do materialismo e do idealismo modernos, pois advoga a independência e a inter-relação entre realidades e princípios diversos. Parte-se do princípio de que existem muitas fontes ou fatores causais para explicar não só os fenômenos*

5 Esta é a proposta defendida, entre outros, por Hélio Gallardo em *Derechos Humanos como Movimiento Social*. Edicioness desde abajo, Bogotá e explorada por Norman J. Solórzano Alfaro em *Fragmentos de una Reflexión Compleja sobre una Fundamentación Del Derecho y la Apertura a una Sensibilidad de Derecho Humano Alternativa*, a ser publicado na Revista Jurídica Eletrônica nº 2 do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau.

*naturais e cosmológicos, mas, igualmente, as condições de historicidade que cercam a vida humana. A compreensão filosófica do pluralismo reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade.*

[...]

*O pluralismo, enquanto “multiplicidade dos possíveis”, provém não só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e económicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade das culturas. (1999,P.158)*

Em meio a discussão plural e decolonial nas primeiras décadas do século XXI chegam ao poder em vários países latino americanos governos progressistas que avançaram no campo da democratização, políticas sociais e integração regional. Neste marco, os governos populares da Bolívia, Equador e Venezuela em especial, foram implantando um novo paradigma constitucional a partir da plurinacionalidade, demodiversidade, novos direitos vinculados a uma racionalidade reprodutiva da vida que expressamente deseja a vontade descolonizadora como conteúdo fundamental do projeto político em marcha nestas nações (MEDICI, 2012, P.56).

Neste novo cenário, o processo hermenêutico jurídico não pode ser uma “canibalização”, para usar a expressão de Boaventura de Sousa Santos, dos demais. É necessário uma tradução das múltiplas hermenêuticas dentre as quais jurídica. E é neste sentido que não cabe uma hermenêutica jurídica nos moldes tradicionais. São campos distintos que se tocam – o estatal e o social; o interno e o externo; o formal e o substancial – em que mundos normativos, práticas e saberes dialogam, se desentendem e interagem tornando possível reconhecer os pontos de contato entre a tradição moderna ocidental e os saberes leigos. A tarefa hermenêutica como tradução retoma o sentido mais original do termo, mas a partir de uma perspectiva inovadora que traduz saberes nem sempre convergentes.

Com estas concepções o espaço hermenêutico no direito adquire uma dimensão distinta do que tradicionalmente lhe foi reservado e vai um pouco mais além do que até foi edificado pela hermenêutica jurídica crítica dominante. É um espaço de aproximação e de assumir responsabilidades mútuas que rompe com a lógica construída pelo saber colonizador e abre para ainda tornar possível a esperança no justo. As condições de possibilidade de compreensão é elaborada com o outro e a partir deste outro historicamente negado e silenciado, reinventando processos hermenêuticos desde uma ordem constitucional democrática e participativa.

#### 4. Conclusões

A Hermenêutica Jurídica ao longo da modernidade define seu objeto e pressupostos teóricos dentro de preocupações que foram oscilando entre dois campos metodológicos

aparentemente excludentes: o univocismo, de matriz iluminista que no Direito alimentou e justificou o legalismo formal positivista; e o relativismo de matriz romancista que mais recentemente foi incorporado equivocadamente pelo neoconstitucionalismo panprinciplista – como chamam seus críticos; o que tem delineado uma insistente atitude cientificista “pendular”. Tal discussão, incorporada no pensamento jurídico moderno, foi reproduzida pela cultura jurídica brasileira desde o século XIX, inicialmente com forte matriz univocista e que, no estágio contemporâneo do Direito, sobretudo com as chamadas Teorias Críticas que ganharam relevo após a instauração do Estado Democrático de Direito pós 1988, se desloca para o relativismo soliptista. A emergência do constitucionalismo contemporâneo pautado no horizonte da democracia substancial – ou participativa – que tem orientado os modelos políticos-jurídicos construídos em alguns países da América Latina nas últimas décadas do século XX refundam a lógica de Estado e de Direito. Assim, são reinventadas práticas hermenêuticas com novas metodologias, pedagogicamente democráticas. O presente estudo pretendeu refazer brevemente a trajetória do pensamento hermenêutico jurídico moderno brasileiro destacando os desafios contemporâneos a serem superados buscando discutir o esgotamento dos modelos tradicionais e as novas possibilidades a partir da criticidade pautada em modelos políticos e jurídicos democráticos participativos que têm redefinido o paradigma hermenêutico em direção inédita e desafiadora.

## 5. Referências

- BEUCHOT PUENTE, Mauricio. *Tratado de Hermenêutica Analógica – hacia un nuevo modelo de interpretación*. 3ª Ed., Colección Seminarios. Editorial Ítaca: UNAM, México D.F., 2005.
- DORANTES, Arturo Guillermo González, *Hacia una interpretación analógico-icónica del hombre* Coleção: Analogia Filosófica, nº 16, SIN 0188-896X; México D.F., 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos – o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexandrer Araújo de Souza e outros. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Vozes, 2004.
- GARCÍA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1994.
- GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.
- MÉDICI, Alejandro. *La constitucionalización horizontal – teoría constitucional y giro decolonial*. San Luis de Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2012.

- SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- STRECK, Lenio L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012
- \_\_\_\_\_. *Pluralismo Jurídico – fundamento de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994.
- ZIZEK, Slavoj. *Em defesa das causas perdidas*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Bointempo, 2012.