

AS INFLUÊNCIAS DO PENSAMENTO FILOSÓFICO PARA A CONCEPÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NA SEARA PROCESSUAL

THE INFLUENCES OF PHILOSOPHICAL THOUGHT FOR THE CONCEPTION OF LEGAL HERMENEUTICS AND ITS APPLICATION IN THE PROCEDURAL FIELD

Marcelo Ribeiro **1**

Resumo: O presente trabalho visa correlacionar a hermenêutica filosófica com os debates acerca do novo CPC, com destaque para a influência das matrizes filosóficas na produção das normas processuais; abordando, para tanto, as correntes do positivismo exegético, positivismo normativo e a virada ontológico linguística, a fim de evidenciar seus reflexos na compreensão do novo ordenamento processual. Ao que entendemos, nessa quadra da história, a afirmação do processo democrático é condição de possibilidade a eficácia dos Direitos Fundamentais, e isso demanda responsabilidades na compreensão de que de a matriz teórico-filosófica a embasar a atividade hermenêutica do ordenamento processual deve superar o antigo positivismo, vez que suas premissas são incompatíveis com os reclames do Estado democrático de Direito e com as propostas do novo código de processo civil.

Palavras-chave: Hermenêutica. Positivismo. Novo Código de Processo Civil.

Abstract: This work intends to correlate the philosophical hermeneutics to the discussions about the new CPC, highlighting the influence of philosophical matrices in the production of procedural rules; addressing, therefore, the exegetical currents of positivism, legal positivism and linguistic ontological turn in order to demonstrate its impact on the understanding of the new procedural system. To what we understand, this block of history, the affirmation of the democratic process is the condition of possibility the effectiveness of Fundamental Rights, and this demand responsibilities in understanding that the theoretical-philosophical matrix to base the hermeneutic activity of procedural law must overcome the old positivism, since its assumptions are incompatible with the ads of the democratic rule of law and the proposals of the new civil procedure code.

Keywords: Hermeneutics. Positivism. New Code of Civil Procedure.

1 Pós-doutor em Direito pela PUCRS (2019). Mestre e Doutor em Direito Público pela UNESA/RJ (2014). Advogado, Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2002); Bolsita PROSUP/CAPS. Professor permanente no PPGDF (mestrado) da UNAMA. Professor de Processo Civil na pós-graduação da PUCRS. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da ANNEP. Autor de obras jurídicas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2130856370589041>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1112-0211> E-mail: cpc.marcelo@yahoo.com.br

Correlações históricas entre o positivismo jurídico e a formação de estado liberal

A delimitação conceitual do positivismo jurídico é tarefa de considerável dificuldade, em função de suas variações. Considerando, entretanto, os limites desse texto, contemplaremos apenas seus aspectos centrais, isto é: que a validade de uma norma, em consequência da influência kantiana, está desvinculada da moral¹; que as normas de um ordenamento não abarcam todas as hipóteses submetidas à apreciação judicial, caracterizando assim o que se chamará de “casos difíceis”; e ainda, a desatenção às peculiaridades do caso concreto, já que o positivismo, em praticamente todas as suas vertentes, separa o fato da norma, em evidente descompasso com a realidade do homem².

A corrente positivista, convenientemente instituída em tempos de isonomia formal e de desatenção para com as peculiaridades do caso concreto, ajusta-se perfeitamente ao ideal individualista do Estado Liberal Francês, pois congrega, sob estas vestes intelectuais, a pretensa segurança da lei, ao limitar o espaço público, ao mesmo tempo em que afasta a possibilidade de atuação estatal e, em especial, a atuação judicial, das questões políticas fundamentais.

O relato histórico tem demonstrado que tais estruturas de poder não se articulam isoladamente, pois à proposta de poder defendida pelo Estado Liberal se correlaciona uma estrutura jurídica que lhe permita o alcance das finalidades pactuadas pelo contrato racional, de sorte que os interesses das classes privilegiadas sejam preservados pela ordem jurídica institucionalizada.

De fato, a relação entre o Estado e o Direito permite tomar conhecimento de como e porque o positivismo jurídico foi concebido e adotado largamente pelos países europeus e de que forma a segregação da moral e da religião afetam a construção dos textos jurídicos.

Sob esta perspectiva,

O Estado Liberal de Direito é a institucionalização do triunfo da burguesia ascendente sobre as classes privilegiadas do antigo Regime, onde se produz uma clara distinção entre o político e o econômico, com um Estado formalmente abstencionista, que deixa livres as forças econômicas, adotando uma posição de (mero) policial da sociedade civil que se considera a mais beneficiada para o desenvolvimento do capitalismo em sua fase de acumulação inicial e que vai aproximadamente até o final da primeira grande guerra³

Mais objetivamente, portanto, pode-se concluir que a delimitação burguesa dos interesses de classe de nada adiantaria, se a aplicação do direito permitisse ao intérprete, desconsiderar a suposta literalidade do texto para, em um exercício subjetivo, aplicar resposta diversa, ainda que a faticidade revelasse a descompasso entra a lei e a realidade vivida pelo jurisdicionado.

Não por outro motivo, sustenta-se, nessa época, que a interpretação segura reside na literalidade do dispositivo, o que ainda hoje reverbera sobre os termos do juiz “boca da lei”.

De fato, a possibilidade de intervenção judicial para o reequilíbrio dos fatores sociais, não por acaso, levou a França a promover uma exclusão do controle judicial de constitucionalidade, que por evidentes razões históricas e ideológicas, ao mesmo tempo, atribui a um órgão político a responsabilidade para o controle de constitucionalidade da produção dos textos jurídicos.

No sentido do texto, Mauro Capelletti vai dizer que:

¹ Para a filosofia Kantiana a moral se constituiria na legislação interna do Homem, através da formação dos imperativos categóricos, o direito se revelaria no plano exterior, por meio de relações jurídicas que dotadas de instrumentos coercitivos, fossem capazes de regular as liberdades individuais.

² Para muitas vertentes do positivismo se faz presente, ainda como elemento central, a concepção de que a existência e mesmo a validade das normas jurídicas seriam, em verdade, dependentes das práticas sociais, sendo reveladas como fontes sociais do direito.

³ DIAZ, Elias. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid, Taurus. 1983. Originalmente citado por STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 36.

A exclusão de um controle propriamente judicial de constitucionalidade das leis é, na verdade, como se sabe, uma ideia que sempre foi tenazmente imposta nas Constituições francesas, embora concebidas como Constituições “rígidas” e não “flexíveis”. Todas as vezes que, nas Constituições francesas, se quis inserir um controle da conformidade substancial das leis ordinárias em relação à norma constitucional, este controle foi confiado, de fato, a um órgão, a um órgão de natureza, decididamente, não judiciária. Assim aconteceu as constituições dos dois Napoleões, isto é, a de 22 frimário do ano de VIII (13 de dezembro de 1799, a qual, nos artigos 25-28, confiava o controle ao *Sénat Conservateur*, e a de 14 de janeiro de 1852, a qual, nos artigos 25-28, confiava o controle ao *Senat*.⁴

Assim, sob o ideal hermético de interpretações legislativas, foi concebida a primeira vertente do positivismo jurídico, reconhecido neste artigo como positivismo exegético. Essa primeira espécie, registre-se, revela o avanço considerável da ciência que, direta e incisivamente, afeta a construção do Direito, pois traduz um estágio do pensamento científico que procura abarcar, de forma geral e definitiva toda e qualquer situação passível de apreciação judicial, numa clara demonstração do objetivismo da época. Ainda hoje, ressalte-se, temos a vedação ao *non liquet*.

Trata-se do tempo de elaborar códigos pretensamente absolutos, de legislar sem qualquer compromisso explícito com a moral ou a religião, mas apenas (supostamente) com o rigor técnico de normas gerais e descompromissadas com a peculiaridade de cada caso⁵.

De outro lado, a noção kantiana de imperativos categóricos e conceitos universais oferecem o sucedâneo intelectual para a segregação entre fato e norma jurídica, uma vez que o direito, sob a influência do desenvolvimento científico desempenha quase que exclusivamente um papel regulador, limitando os poderes do Estado sem considerar a realidade do homem e a peculiaridade do caso concreto.

Essa atuação capitalista, ao que se pretende demonstrar, amparou-se no pensamento filosófico, pois a atividade burguesa nesse movimento de evolução social assentou, nas teses da consciência moral universal, no conceito de um bem estar geral e de um projeto único de felicidade, a legitimação de uma violência simbólica de segregação das castas, onde aparentemente, cada qual tem seu lugar e papel predeterminado e essencial ao funcionamento do sistema jurídico.

De fato,

A repressão jamais pode confessar-se como tal: ela tem sempre a necessidade de ser legitimada para exercer-se sem encontrar oposição. Eis por que ela usará as bandeiras da manutenção da ordem social, da consciência moral universal, do bem-estar e do progresso de todos os cidadãos. Ela se negará enquanto violência, visto que a violência é sempre a expressão da força nua e não da lei – e como fundar ordem a não ser sobre uma lei aceita e interiorizada? A relação de força vai então desaparecer enquanto tal, será sempre coberta por uma armadura jurídica ideológica.⁶

Essa abstenção estatal, ao que se pretende demonstrar, fundamenta-se num discurso jurídico desatento aos reclames de uma sociedade marcada pela desigualdade e pela exploração desenfreada; e elege como elemento legitimador das pretensões universais, um indivíduo ideal, que como terceiro participante da realidade, se assenhora do saber para atribuir por meio da razão, sentidos individuais a textos jurídicos, com pretensões de universalidade.

A evidente tensão entre o interesse liberal de limitar a atividade hermenêutica esbarra

4 CAPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2 ed – reimpressão, 1999. Tradução. GONÇALVES, Aroldo Plínio. Porto alegre, pag. 94-95.

5 Observa-se que, já na primeira concepção do positivismo, são notórias as influências teóricas de Descartes na segregação da religião e em uma aplicação hermética do quanto previsto na legislação

6 Idem.

claramente nesse sujeito solipsista, que, muito além da interpretação literal defendida pelo Estado Liberal, usufrui de liberdade ilimitada, no exercício intelectual de percepção do mundo.

Com essas advertências, procura-se acompanhar o desenvolvimento do pensamento positivista, com conhecimento de que seu desafio se caracteriza pelo intuito de limitar o exercício solipsista do homem na atribuição de sentidos, ainda que sob esta mesma ideia se tenha construído a argumentação de primados universais e a ausência de facticidade no mundo jurídico.

A influência do positivismo normativo no código de processo civil

A construção do Estado Liberal, sob o prisma jurídico, revela inúmeras variáveis intelectuais e apresenta diversos tipos de positivismo.

Uma primeira vertente identificada nas linhas acima como positivismo legalista é fortificada pela elaboração de códigos científicos⁷ e se baseia na determinação rigorosa da conexão lógica dos signos, pois, no que se reporta à interpretação do direito, isto seria suficiente.

O mesmo raciocínio deveria ser aplicado aos casos que reclamassem analogia ou uso dos princípios gerais do direito, também submetidos ao rigor sintático quando de sua aplicação, como bem assinala Lênio Streck:

Antes dos códigos, havia uma espécie de função complementar atribuída ao Direito Romano. A idéia era simples, aquilo que não poderia ser resolvido pelo Direito Comum, seria resolvido segundo critérios oriundos da autoridade dos estudos sobre o Direito Romano – dos comentadores ou glosadores. O movimento codificador incorpora, de alguma forma, todas as discussões romanísticas e acaba “criando” um novo dado: os Códigos Civis (França, 1804 e Alemanha, 1900)⁸.

A premissa é de que as inexatidões sintáticas seriam as responsáveis pela insurgência e a instabilidade na entrega das prestações jurisdicionais, de sorte que a correta organização das palavras deveria servir para imprimir limites ao hermeneuta. A clareza do texto faria valer o ideal burguês de controle do Estado pela mera reprodução, afastando, destarte, por completo, a necessidade/viabilidade de interpretação.

Por influência dessa escola positivista, investimos em procedimentos cartesianos para a produção da prova: requerimento, admissão, produção e valoração; apresentamos como pedido implícito o pagamento de perdas e danos, mesmo nos casos onde o pagamento em pecúnia não fosse condizente com a natureza da obrigação anteriormente contratada (fazer, não fazer o entregar coisa diversa de dinheiro), numa espécie de resposta vinculada e preconcebida para as pretensões deduzidas em juízo; pouco se dispôs sobre tutelas diferenciadas, tais como as tutelas preventivas e com isso, em benefício de procedimentos herméticos, deixamos, em muitos casos, de contemplar a faticidade.

Essa versão do positivismo, que como se pode demonstrar, incidiu diretamente na elaboração das técnicas procedimentais para a entrega da decisão judicial, além de confundir texto com norma (sentido do texto), e lei com direito, em corolário da ausência de facticidade e da preocupação com o purismo e com o rigor científico, sustenta, convenientemente, que ao juiz não seja dado interpretar a lei, pois este ato estaria situado no âmbito do não-científico e em total descompromisso com o ideal e a segurança defendia, em especial, pela burguesia francesa da pós-revolução. Afirma-se categoricamente que a literalidade da lei empresta segurança jurídica e esta lição é reproduzida com a pretensa simplicidade da previsão legislativa, que compreende o mundo pelas mãos de Caio, Tício e Mévio.

A insuficiência da sintaxe, no desiderato de estabelecer limites definitivos para a aplicação do direito, revela seus preliminares traços, já nas primeiras décadas do século XX, pois as décadas

7 Lênio Luiz Streck - Aplicar A “Letra da Lei” É Uma Atitude Positivista? Revista NEJ - Eletrônica Vol. 15 - n. 1 - P. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periódicos.

8 Idem.

de 30 e 40 são o relato histórico das intervenções estatais em espaços privados, a tal ponto que a suposta autoridade de códigos monolíticos foi colocada em xeque, em face da multiplicidade das questões postas sob apreciação judicial. Não por outro motivo, os dias seguintes à promulgação do código dos ritos é marcado pela edição de leis extravagantes, que aos poucos, evidenciam a impossibilidade de esgotamento das pretensões individuais no texto normativo.

De fato, não há como delimitar a renovação cotidiana da vida nas apertadas linhas do imaginário legislativo, de sorte que o desgaste acelerado das proposições codificadas permite estudar, ainda que sob a influência da jurisprudência dos conceitos e da proposta do Estado de Direito, a vertente normativa do positivismo.

A insuficiência da vertente exegética é de certa forma superada por Hans Kelsen, que passa a defender o método analítico, opondo-se ao sistema da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre. O reforço do citado método revela-se pela preocupação com o desenvolvimento de um vocabulário próprio e específico da ciência jurídica, de sorte a limitar que as margens semânticas da linguagem comprometessem a uniformidade de aplicação do direito⁹.

A mudança de foco da atividade positivista e a constatação de que o problema da interpretação não reside na sintaxe dos textos, mas em sua semântica, é denunciada por Lenio Luiz Streck:

[...] em um ponto específico, Kelsen “se rende” aos seus adversários: a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista. Para o autor austríaco, esse “desvio” é impossível de ser corrigido. No famoso capítulo VIII de sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen chega a falar que as normas jurídicas – entendendo norma no sentido da TPD, que não equivale, *stricto sensu*, à lei – são aplicadas no âmbito de sua “moldura semântica”. O único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito somente poderia ser realizada a partir de uma terapia lógica – da ordem do a priori – que garantisse que o Direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso. Esse campo seria o lugar da Teoria do Direito ou, em termos kelsenianos, da Ciência do Direito. E isso possui uma relação direta com os resultados das pesquisas levadas a cabo pelo Círculo de Viena¹⁰.

É dizer: Kelsen superou o positivismo exegético, não sendo, portanto, razoável lhe atribuir a defesa de aplicação hermética e fechada, pois sua obra não respalda a ideia de que o positivismo normativo seja a aplicação literal do texto; todavia, sua tese, ainda que tenha identificado o problema da semântica na formulação do direito, relega o problema da aplicação concreta do direito ao campo da hermenêutica. Sua teoria, sob esta perspectiva, seria uma metalinguagem sobre o sujeito-objeto¹¹.

Na interpretação de Streck¹², este positivismo normativo, devido à impossibilidade de controlar o sujeito solipsista, relega o problema da hermenêutica jurídica a um segundo plano, deixando a cargo dos juízes, por meio de um ato individual de vontade a interpretação do texto. Destarte, tal postura dogmática abandona o problema central do direito; qual seja, sua interpretação, no nível da aplicação.

Sobre as consequências práticas dessa vertente teórica, citamos esse conhecido julgado do Superior Tribunal de Justiça:

9 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*; tradução de João Batista machado. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 1999. P. 250-251.

10 LÊNIO LUIZ STRECK - Aplicar A “Letra da Lei” É Uma Atitude Positivista? Revista NEJ - Eletrônica Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periódicos.

11 STRECK, LÊNIO LUIZ. *Verdade e Consenso*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 45.

12 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*; tradução João Baptista Machado. São Paulo. Ed Martins Fontes, 6ª edição. 1998. P. 246.

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha decisão. (...) Decido, porém, conforme a minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autoridade intelectual, para que esta tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele(...) Ninguém, nós da lições. Não somos aprendizes de ninguém.¹³

Com linhas mais simples, pode-se concluir que Kelsen não supera o sujeito solipsista, pois reconhece a impossibilidade de controlá-lo, expondo a correlação evidente do pensamento filosófico com a construção do ordenamento jurídico¹⁴. O fracasso na superação do esquema sujeito-objeto pelo positivismo jurídico, entretanto, vem acompanhado de outra constatação, qual seja: a de que a premissa filosófica de ideais universais, ainda que pela mão do sujeito imparcial(?) e senhor dos sentidos, pudesse encontrar com o exercício da realidade.

De certa forma,

Kelsen, ao seu modo, também resignou-se à essa fatalidade: o sujeito solipsista seria (é) incontrolável. Por isso, Kelsen elabora uma teoria que é uma metalinguagem (afinal, foi frequentador do Círculo de Viena) sobre uma linguagem-objeto. Em consequência, o mestre de Viena confere uma importância mais do que secundária à interpretação (papel do “sujeito”), admitindo que, por ser “inexorável”, deixe-se que o juiz decida “decisionisticamente” (afinal, para ele, a interpretação do juiz é um ato de vontade e, por isso, não “se preocupa” com isso – eis aí o problema do decisionismo).¹⁵

Os reflexos da razão dialética no novo cpc

A história revelou que, tanto as premissas de uma verdade incondicional, apresentadas por meio dos imperativos categóricos como condição necessária a convivência humana, bem como o fato de que a filosofia possa desempenhar o papel de juiz e indicador de lugar do conhecimento, não conseguiram ser afirmadas pelas ciências sociais, uma vez que a busca pela pretensão de validade pautada em conceitos universais naufraga pela impossibilidade destas ciências afirmarem as suas teorias. Este é o depoimento experiência da contemporaneidade, onde as promessas de economia global e de uma percepção moral anterior a fenomenologia não se afirma na realidade¹⁶.

O fracasso do esforço kantiano de afirmar o princípio da universalização por uma moral eminentemente formal, em muito se deve à pretensão filosófica de estabelecer um padrão de comportamento convencional desvinculado de valores específicos, tais como a religião, a cultura e a arte de determinada sociedade.

O registro dessa impossibilidade foi frequente em toda a marcha processual do código de 1973. A aposta em um sujeito imparcial que julgasse com base em imperativos categóricos universais se perdeu pela decorrência prática da influência fenomenológica na compreensão, interpretação e aplicação do Direito. Dito de outro modo: a impossibilidade de se afirmar um grau zero de interpretação ou mesmo a adoção de um mesmo referencial hermenêutico, prévio as experiências do intérprete, ao final, justificaram o desenvolvimento e a introspecção da fenomenologia na

13 Voto proferido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg n. 279.889-AL, STJ.

14 Idem.

15 STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p. 45.

16 O fracasso das ciências sociais convencionais em cumprir as promessas teóricas, como bem observado, dentre outros, por Habermas, compromete os fundamentos de uma teoria da aprendizagem de cunho universalizante, o que a toda evidência abre caminhos para abordagens alternativas, dentre elas, a Hermenêutica filosófica.

hermenêutica jurídica.

O não cumprimento das promessas teóricas das ciências sociais convencionais, em Habermas, se apresentam nesses termos:

[...] ficou visível o fracasso das ciências sociais convencionais, que não puderam cumprir suas promessas teóricas e práticas. A pesquisa sociológica não conseguiu satisfazer os critérios estabelecidos tais como, por exemplo, os da teoria global de Parsons; a teoria econômica Keynesiana fracassou no plano político da tomada de medidas eficazes; e, na psicologia, também foi a pique a pretensão de explicação universal da teoria da aprendizagem – que foi apresentada, no entanto, como exemplo por excelência de uma ciência exata do comportamento. Isto abriu caminho para abordagens alternativas, baseadas nos fundamentos da fenomenologia, do segundo Wittgstein, da hermenêutica filosófica, da teoria crítica, etc. Essas abordagens recomendavam-se simplesmente pelo fato de oferecer alternativas ao objetivismo predominante – e não tanto com base em sua reconhecida superioridade¹⁷.

A impossibilidade de as ciências demonstrarem suas teses pela percepção de uma moral pré-convencional fortalece os ideais Hegelianos, que abandonam a pretensão de universalidade para concentrar-se no contexto sócio-cultural de suas origens, delegando ao relato histórico, o papel de tribunal do mundo.¹⁸

A influência dessa matriz filosófica que compreende o papel dos relatos históricos, ao que nos parece, é absorvida pelo novo CPC-2015 em prol da segurança jurídica, vez que o legislador investe nos precedentes judiciais, em franca valorização da tradição jurídica. Sob essa perspectiva, a aplicação do direito perpassa pelo consenso racional e pós-convencional, que agora se ancora em fundamentos dialéticos para a formação do conhecimento e para a atribuição de legitimidade à decisão judicial.

No mesmo sentido, pode-se afirmar que superação do modelo liberal positivista se fez(?) por mudanças paradigmáticas no universo processual. Procedimentos cartesianos, dispensados para o exercício administrativo e burocrático do Estado de Direito tornaram-se inadequados diante da proposta moderna de estado, que ao final da segunda grande guerra mundial, propõe-se a adotar referências de isonomia material, abandonando as insuficiências da linguagem científica, para, em sentido contrário, resgatar a influência da tradição e os aspectos da pré-compreensão pelas mãos da fenomenologia.

Nesse novo paradigma, em que a norma processual, em fina sintonia com a Constituição Federal retoma o diálogo com a facticidade, abandonam-se discursos objetivistas, de matrizes exegéticas, para assumirmos um papel transformador. Dito de outro modo: a noção do atual sistema processual é democrática e comprometida, o que demanda atualização das fontes jurídicas, a fim de que a materialidade dos casos concretos se apresente no ordenamento jurídico. A diversidade desses casos concretos, ao que se busca afirmar, se faz em espaço hermenêutico, hoje ocupado pelos princípios¹⁹. Em outros termos, pode-se concluir que: nessa quadra da história, ao tempo em que superamos o modelo de regras pela impossibilidade de adequação ao caso concreto, refundam-se as relações entre direito e moral, agora sob os termos constitucionais.

O conteúdo moral encampado por muitos princípios processuais, entretanto, não reside em imperativos universais tampouco está a mercê do sujeito solipsistas. Ao revés, a invasão da filosofia pela linguagem demanda necessários constrangimentos epistemológicos para que as pretensões de validade possam se adequar à tradição jurídica consagrada, na peculiaridade do caso, pela

17 HABERMAS, Jurgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro. Ed. Tempo Universitário n 84. Pp. 38-39.

18 HABERMAS, Jurgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro. Ed. Biblioteca Tempo Universitário 84. 2003 p. 20-21.

19 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isso – as garantias processuais penais*, 2. Ed, Livraria do advogado. Porto Alegre, 2014. P. 09.

contextualização.

De fato, ampliação do sistema normativo, que ao lado das regras investe agora em princípios e conceitos abertos, se identifica, sob o prisma hermenêutico, pela superação da antiga corrente positivista normativa, de sorte a apresentar, sob a égide da pós-modernidade, ideais fundados na dignidade do homem. Por esta razão, temos um ordenamento jurídico consubstanciado em regras e princípios. Estes, ao que se pretende aqui demonstrar, justificam-se pela retomada dos fatos na interpretação jurídica, pelo referencial de isonomia material e pelas referências éticas que a tradição consolida na área jurídica, e jamais, pela ampliação de qualquer exercício de discricionariedade.

Não é possível continuar a sustentar, por exemplo:

a separação entre direito e moral nestes tempos de superação do paradigma da filosofia da consciência e da inserção do mundo prático na filosofia, proporcionado pelo giro linguístico-ontológico. Também não é possível sustentar qualquer forma de discricionariedade judicial nesse momento histórico, uma vez que a discricionariedade está ligada ao subjetivismo (por tanto, sujeito-objeto), avesso ao paradigma intersubjetivo. Estado democrático de direito e discricionariedade são incompatíveis e essa questão é fulcral²⁰.

Conclusão

O desenvolvimento da sociedade pós-moderna (*seja lá o que isso for*), ao tempo em que demanda superação de matrizes positivistas e da correlata ingerência da subjetividade assujeitadora do intérprete²¹, altera significativamente as possibilidades disposições normativas dispostas para a atividade hermenêutica, exigindo do intérprete um compromisso político, para que se possa assegurar a incidência da tradição constitucional no caso concreto. Dito de outro modo: a linguagem, enquanto instrumento para a compreensão do mundo, pautada pela virada ontológico-linguística, não admite todo e qualquer resultado. não é, pois, relativista.

A influência democrática deve ser considerada durante toda o processo, vez que no sistema hierárquico do ordenamento brasileiro, toda leitura de leis ordinárias se faz pelo caleidoscópio constitucional. Por essa razão, entendemos que o resultado da compreensão dos princípios processuais não é feito exclusivamente pelo magistrado, mas sim por todos aqueles que participam do processo em contraditório. Isto, ao tempo em que supera influências positivistas de percepção isolada da realidade, resgata também o exercício democrático na construção de sentidos que apontem sempre para o horizonte constitucional.

No Estado Democrático de Direito, a norma jurídica, enquanto resultado da interpretação, é fruto de uma construção dialógica, e deve sempre ser considerada diante do exercício real do contraditório. Afinal, em qualquer processo, a delimitação de termos vagos, que ao quanto aqui se procurou demonstrar, se faz pelo resgate da faticidade não se legitima por versões individuais.

Essas versões, ao contrário, necessariamente devem passar por um constrangimento epistemológico durante a relação processual, de sorte a confrontar percepções de todos os envolvidos. O resultado, ao que concluímos, não será fruto de qualquer discricionariedade, vez que não há escolhas dispostas ao judiciário para a entrega de decisões adequadas ao projeto constitucional. A decisão adequada, muito antes de qualquer convicção pessoal, é, para o jurisdicionado, um direito fundamental, e deve ser construída democraticamente, a fim de garantir integridade e coerência na aplicação do Direito.

²⁰ Idem. P. 08

²¹ Para maiores considerações acerca da superação deste referencial filosófico da consciência, recomendamos a leitura da obra: "A Perspectiva Hermenêutica do Direito na Pós-Modernidade", de nossa autoria.

Bibliografia

CAPPELLETTI., Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

DIAZ, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática.** Madrid, Taurus. 1983.

HABERMAS, Jurgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário. 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Batista machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ** - Eletrônica Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periódicos.

STRECK, Lênio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005.

Recebido em 12 de julho de 2022.

Aceito em 20 de setembro de 2022.