

# A CRISE HERMENÊUTICA: MUDANÇA DE PARADIGMAS E SEU PODER TRANSFORMADOR NO CAMPO JURÍDICO

Bárbara Molina<sup>1</sup>  
Nínive Daniela Guimarães Pignatari<sup>2</sup>  
Walter Francisco Sampaio Filho<sup>3</sup>

## RESUMO

O objetivo desta pesquisa bibliográfica é mostrar a mudança que ocorreu nesses últimos anos na forma de interpretar a letra da lei. A interpretação da norma pelos juristas deixa de ser uma simples questão de exegese textual para ser uma questão filosófica. O trabalho, realizado por meio dos métodos dialético e comparativo, enfoca a nova forma de aplicação da lei além de diferenciar as teses procedimentalistas e substancialistas e apresentar a importância de Heidegger e Gadamer na hermenêutica filosófica. A interpretação passa a ser uma crítica do direito, ou seja, é um processo criativo, que abre caminho para um conjunto de possibilidades de concretização da justiça material abrindo portas para um direito novo, o Constitucionalista.

**Palavras-chave:** Hermenêutica. Paradigma. Interpretação. Compreensão. Justiça constitucional.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo esclarecer as diferenças entre a dogmática jurídica e a “nova” hermenêutica: a filosófica, mostrando através dos estudos do jurista Streck em sua obra *Hermenêutica Jurídica em crise*, aspectos relevantes dessa forma de interpretar.

Baseado nos estudos de Gadamer, Streck crítica o teto-hermenêutico (limite no horizonte de sentido) criado pelas interpretações tradicionais do Direito. Tais condicionamentos exegéticos estariam impossibilitando o Judiciário de agir de forma

---

<sup>1</sup> Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV.

<sup>2</sup> Mestra em Teoria da Literatura pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV.

<sup>3</sup> Mestre em Direito pela Universidade de Franca – UNIFRAN. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV. Advogado.

a transformar as normas de Direito em normas que tenham um escopo constitucionalista.

## 1 CRISE DE PARADIGMAS

Hermenêutica é um vocábulo derivado do grego *hermeneuein*, que significa filosofia da interpretação. Muitos autores associam o termo a Hermes, o deus grego mensageiro, que tinha como tarefa trazer notícias. Hermes era um deus da mitologia grega capaz de transformar tudo o que a mente humana não compreendesse a fim de que o significado das coisas pudesse ser alcançado. Hermes seria o "deus intérprete", na medida em que era a entidade sobrenatural dotada de capacidade de traduzir, decifrar o incompreensível.

Para falar de hermenêutica temos que falar de paradigmas e as crises paradigmáticas epistemológicas.

No decorrer da história passou-se do paradigma da filosofia do ser para o paradigma da filosofia da consciência e deste, para o paradigma da filosofia da linguagem, ou seja, superou-se o pensamento metafísico em que os sentidos estavam nas "coisas"; e na metafísica moderna na "mente"; passando os sentidos a serem explicados pela compreensão, sendo a compreensão na visão de Gadamer, linguagem, pois a linguagem não é simplesmente objeto mais sim horizonte aberto de sentidos. (STRECK, 2007).

Essa mudança de paradigmas revolucionou o modo de interpretar o Direito, a nova hermenêutica, a filosófica, possibilitou que pudéssemos não apenas fundamentar, mas também compreender o que fundamentamos.

A tarefa da hermenêutica passa a ser não mais desenvolver um procedimento de compreensão, mas esclarecer as condições das quais surge essa compreensão.

Muda o modo de se ver a filosofia e o modo de ver seu procedimento, pois na interpretação da lei nós não temos mais um significante primeiro (garantia que conceitos em geral remetem a um único significado), que se buscava em Aristóteles como na idade média; quebra-se com a crença de que existe uma natureza intrínseca da realidade, onde a linguagem tem um papel secundário, de servir de veículo para a busca de verdadeira "essência" do direito ou texto jurídico normativo. (BUHRING, 2001, p. 259).

Tanto a pragmática como a hermenêutica filosófica rompem dualismos metafísicos-essencialistas contribuindo assim para a construção de uma hermenêutica jurídica que problematiza a relação entre discurso e realidade, acabando também com a tese comum teórica dos juristas da possibilidade da separação dos poderes de produção, interpretação, e aplicação dos textos normativos, demonstrando que existe, na inserção do ser-no-mundo, um processo de produção, circulação e

consumo do discurso jurídico em que somente pela linguagem é possível ter acesso ao mundo do Direito e da vida. (STRECK, 2007, p. 183).

O direito passa a ser compreendido desse novo lugar destinado à linguagem, nessa terceira etapa da história do conhecimento: na metafísica clássica, a preocupação era com as coisas, na metafísica moderna com a mente, a consciência; já no paradigma exurgente da invasão da filosofia pela linguagem, a preocupação é com a palavra, a linguagem. (STRECK, 2007, p. 222).

A hermenêutica passa a ser filosófica e não metódica, não podendo assim o texto ser equiparado à norma, é a norma que será sempre resultado da interpretação do texto. Cada intérprete assim produz a norma ao interpretar o texto legal.

Estamos condenados a interpretar, e interpretar a lei é um ato produtivo e não reprodutivo. Cada interpretação é uma nova interpretação, cada texto jurídico gera novo sentido. (...) O próprio Heidegger responde a Marx com uma pergunta: Interpretar já não é modificar?(...) (STRECK, 2007, p. 231).

Dessa maneira surge a possibilidade da superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo, havendo um deslocamento do pólo de tensão entre os poderes de Estado (Executivo e Legislativo) em direção à jurisdição constitucional, resolvendo o problema da impossibilidade do legislativo (a lei) antever todas as hipóteses de aplicação.

## **2 PROCEDIMENTALISMO X SUBSTANCIALISMO**

As teorias procedimentalista e substancialista são correntes de tradição filosófica, não sendo consideradas ideologias. Tentam com seus estudos superar o paradigma da filosofia da consciência que coloca o sujeito como fundamento sobre o qual se pode estruturar cognitivamente a realidade e proceder a sua transformação racional prática.

Para os substancialistas a Constituição é que define os fins para o Estado e para a sociedade, ao passo que na visão dos procedimentalistas a Constituição é apenas um instrumento de governo para demarcação de competências.

Os substancialistas defendem um constitucionalismo que não prescindia de valores e princípios positivados na Carta Constitucional, ambos repletos de força normativa, criando limitações no que tange a legislação infraconstitucional e servindo concomitantemente como parâmetro inexorável para todas as políticas públicas governamentais.

Os substancialistas valorizam o direito Constitucional, atribuindo a ele o poder de direção no papel de concretizar os direitos sociais. Com isto, o direito avança fazendo com que os valores antes apenas sonhados, sejam concretizados. O

Judiciário acaba assumindo e executando o trabalho do Executivo que é hipossuficiente nas questões sociais do Estado.

Os procedimentalistas, diferentemente vêem o papel da constituição apenas como um instrumento voltado à garantia de participação democrática e à regulação do "processo" de tomada de decisões,

Defendendo que a importância da Constituição é meramente secundária, não dirigindo o processo em si.

Ao Judiciário caberia tão somente assegurar a observância desse processo, não interferindo na esfera dos poderes Executivo ou Legislativo. (STRECK, 2007).

O objetivo principal do debate é analisar a atuação do Poder Judiciário, avaliando se ele poderia atuar como mandatário para efetivar certos princípios positivados em âmbito constitucional.

A corrente procedimentalista liderada por autores como Habermas, Garapon e Ely, apresenta muitas divergências com a corrente substancialista, liderada por Cappelletti, por Dworkin e no Brasil por juristas como Paulo Bonavides, Celso Antonio Bandeira Mello, Eros Grau, etc..

Defende o procedimentalista Habermas que os juristas estariam usando o Direito para chegarem à política e a sociedade. Para ele o Estado Democrático de Direito seria competência somente da legislação política.

Critica, assim, a leitura substancialista que Alexy faz do modelo construtivo do Direito de Dworkin, argumentando que o Judiciário estaria adentrando na esfera dos outros poderes. É contra a leitura moral da Constituição e a leitura dos princípios substantivos que apenas faria com que a democracia perdesse seu valor. (STRECK, 2007, p. 41).

Defendendo a tese substancialista, Cappelletti diz que o Poder Judiciário pode e deve contribuir para o aumento da capacidade de incorporação no sistema político, dando assim uma oportunidade a grupos marginais que não tem acesso aos poderes políticos de dizer quais seus problemas e que querem e necessitam ser ajudados. (CAPPELLETI Apud STRECK, 2007, p. 44).

Dworkin é defensor de uma posição liberal-contratualista entendendo que a criação jurisprudencial do Direito encontraria seu fundamento na primazia da Constituição.

O que a corrente Substancialista defende é que equilibrando os poderes (Legislativo e Executivo) o Judiciário deveria ser um intérprete colocando em evidência especialmente os textos e princípios constitucionais, estabelecendo as condições do agir político-estatal partindo da idéia de que a Constituição é a explicitação do que deve ser feito para o alcance do "Estado Social". (STRECK, 2007, p. 45).

Com o ingresso do constitucionalismo-dirigente após a segunda guerra, não pode o poder Judiciário ter uma postura passiva perante a sociedade.

A Constituição Dirigente inclui no centro do debate jurídico a política. Cria um nexo entre Direito, Moral e Política, suplantando defeitos do positivismo de outrora. A idéia da Constituição como totalidade ressalta seu caráter dinâmico (não garante apenas uma ordem estática), “politiza” o conceito de Constituição, que não se limita mais à sua normatividade.

(...) mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário, na tese substancialista, deve assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. (...). (STREK, 2007, p. 41).

No cotidiano dos juristas Brasileiros nenhuma das duas teses é vista. E o assim chamado Estado Social não se concretiza no Brasil onde a função intervencionista do estado só serve para aumentar as desigualdades sociais, e isso tudo decorre da *baixa* aplicação da Constituição.

O judiciário só está preparado para lidar com conflitos interindividuais, próprios do modelo liberal-individualista e não para os problemas advindos da trans-individualidade que são próprios do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição.

### **3 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: HEIDEGGER E GADAMER**

A diferença entre a dogmática jurídica e a hermenêutica filosófica é que aquela trabalha com a técnica pura de interpretação e essa trabalha com o “dar sentido na interpretação”.

Gadamer ensina que a hermenêutica deve ser vista como uma teoria filosófica que faria com que o hermeneuta tivesse acesso a todo o mundo, pois como o diálogo é o pilar para o entendimento entre os homens, é também, para o entendimento sobre as coisas de que é feito nosso mundo. (GADAMER 2001).

Essa idéia de Gadamer parte dos estudos de Heidegger; com ele a hermenêutica deixou de ser apenas normativa e passou a ser vista e encarada de forma filosófica, onde a compreensão é entendida como estrutura ontológica, e a questão sobre o sentido do ser, somente é possível quando se compreende esse ser. (STRECK, 2007).

(...) Há hermenêutica desenvolvida por Gadamer se afasta da doutrina de métodos das ciências do espírito e procura caminhar para um olhar além de sua autocompreensão metódica através da experiência do homem no mundo (...) (MELLO, 2008, p,120).

Gadamer demonstra que o ponto de vista de quem observa, na hermenêutica crítica, é que forma o conteúdo da norma, ou seja, depende da formação histórica e cultural do intérprete.

A compreensão é um projetar-se. Gadamer afirma que quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. (MELLO apud GADAMER, 2008, p, 121).

A compreensão como totalidade e a linguagem como meio de se acessar o mundo e os seus objetos são as questões centrais na hermenêutica filosófica de Heidegger, por ele denominada de Fenomenologia Hermenêutica.

Como o compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, nosso acesso a esse mundo só é possível pela linguagem. (STRECK, 2007 p.199).

O compreender pode ser explicado pela linguagem, que sempre nos mostrará algo.

Dessa forma a hermenêutica deixa de ser pura metodologia e normativista para ser vista como uma questão filosófica. A linguagem passa de instrumento de conceitos para ser uma possibilidade de manifestação de sentidos.

Esse sentido não passa por métodos nem etapas da hermenêutica clássica: a *subtilitas intelligendi*, a *subtilitas explicandi* e a *subtilitas applicandi*, esses momentos passam a acontecer em uma só aplicação. (GADAMER, 2007).

Gadamer diz que não é correto nem eficaz reproduzir sentidos ao interpretar a lei, sendo o processo hermenêutico sempre um “novo produzir”. Sendo para ele um erro a idéia de que é possível o hermeneuta igualar-se ao leitor originário. Criticando aqui tanto Schleiermacher como a Savigny que ignoraram a tensão entre o sentido jurídico originário e o atual, erro esse que vêm sendo cometido pela dogmática jurídica na atualidade. (STRECK, 2008, p. 217).

É muito comum imaginar a aplicação da lei a um caso concreto como um processo de lógica que parte do geral para o particular. O positivismo que reduz a realidade jurídica ao direito positivo e a sua “correta aplicação” sofre duras críticas de Gadamer, pois diz ele que a distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta de cada caso particular é insuperável.

Para Streck:

O jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado. O historiador jurídico, pelo contrário, não tem nenhum caso de que partir, mas procura determinar o sentido da lei na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei diante dos olhos. Somente no conjunto dessas aplicações torna-se concreto o sentido de uma lei. (STRECK, 2007, p. 219).

O juiz, quando se vê frente a um texto, tem que agir como um historiador, o passado deve ser entendido em continuidade com o presente.

Com essas ideias, Gadamer produziu uma revolução na hermenêutica. Uma viragem linguístico-ontológica da qual se iniciou um longo processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista-aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência) que vêm sustentando as teses exegéticos-dedutivistas-subsuntivas dominantes a que se tem dado o nome de hermenêutica jurídica.

Com essa viragem linguística-ontológica a interpretação do direito muda, a hermenêutica filosófica abre os horizontes para a compreensão do direito e o que representa a revolução copernicana proporcionada pelo neo-constitucionalismo, passando assim do simples copiar e fundamentar para interpretar e compreender.

#### **4 A INTERPRETAÇÃO DOS JURISTAS BRASILEIROS**

O que explica hoje no Brasil a não concretização da Constituição é o “teto hermenêutico” que criaram nossos juristas para impedir o papel transformador do direito.

Esse teto hermenêutico (que limita o horizonte de sentido) torna ineficaz a concretização do “Estado Democrático de Direito” pelo não uso do novo paradigma descrito por Gadamer. Isso ocasiona uma crise de paradigma (metafísico-positivistas) que é sustentada por uma metodologia metafísico-dualístico-representacional, que fez e ainda faz com que a discussão jurídica fique afastada das situações concretas vividas pela sociedade.

Em outras palavras, esse teto hermenêutico impede que a constituição se torne realidade.

Daí a necessidade da mudança do paradigma representacional para o paradigma hermenêutico-linguístico (GADAMER, 1999), em que o direito e todos que trabalham com ele se situam no universo do sentido e da compreensão.

Warat (apud STRECK, 2007 p. 67) enfatiza que essa crise de paradigmas permanece por antigas crenças e valores antigos, chamados de “sentido comum teórico dos juristas”. Afirma que na rotina dos juristas, a relação que se têm com a lei e o direito não são tão significativos, pois a significação que eles dão ao sentido teórico é observada sem os valores, deixando-se assim de explicá-los, interpretá-los, ou seja, apenas se difunde um debate sobre a norma, não se podendo ultrapassar o teto hermenêutico já estabelecido, mantendo a cegueira diante da racionalidade positivista. Não se admitindo que cada lei tem uma ideologia, e que essa precisa ser interpretada.

Na interpretação positivista, as relações jurídicas são vistas como premissas de uma operação lógica matemática, perde-se o objetivo principal, o porquê daquele conflito. Muitos são contra a mudança de paradigmas, pois dizem que a maior discricionariedade aos intérpretes pode acarretar insegurança jurídica. Todavia

estão equivocados, pois a hermenêutica compreende também os princípios, situação que eleva o grau de subjetividade do intérprete. A forma de compreender a lei muda, pois a validade dessas não depende somente da formalidade das normas processuais, passando assim a ser analisada sua coerência com os princípios constitucionais.

Para Ronald Dworkin (apud APPIO; 2008, p. 36), princípio “(...) é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Para que se possa romper com essa tradição que faz com que os textos jurídicos constitucionais se tornem ineficazes é necessário compreender que a constituição é um mecanismo prático que provoca e pode provocar mudanças na realidade social.

Para que se possa interpretar a constituição o intérprete deve fazer uma fusão de pré-compreensões, só assim as normas jurídicas conseguirão ter um sentido prático. As velhas teses que buscam a vontade do legislador ou a vontade da lei desconsideram o papel do intérprete da constituição.

A discussão em torno da constituição não precisa, portanto de uma convenção entre os sujeitos acerca das suas pré-compreensões, entretanto a doutrina continua apegada a idéia que existe uma essência das coisas que deve ser apreendida pelo bom intérprete, fazendo assim duras críticas à existência dos conceitos axiológicos da Constituição.

Já a discussão entre as correntes objetivistas, segundo a qual a lei tem uma autonomia conceitual com relação à vontade do seu criador, e as correntes subjetivistas pela qual deve prevalecer à vontade histórica do legislador - cede espaço a uma nova hermenêutica constitucional, pois tem o pressuposto de que é o intérprete que faz a norma através de um processo de integração histórica, no qual o intérprete e o texto examinado se fundem, formando as interpretações possíveis do texto da norma para formar um novo horizonte no presente.

Além da incorporação dos princípios na interpretação das normas também se juntam ao discurso jurídico elementos da moral e da política fazendo que o resultado do processo de compreensão se torne cada vez mais perto e presente da realidade.

Neste novo contexto, as decisões judiciais são orientadas por princípios e valores que são justificáveis racionalmente fazendo com que boa parcela das críticas a uma jurisprudência de valores perca seu valor.

Robert Alexy recorda que “Quem faz uma afirmação não só quer expressar uma crença de que algo é o caso, mas também exige implicitamente que o que está sendo dito possa ser justificado, isto é, ser verdadeiro ou correto.” (ALEXY, 2008 apud APPIO 2001, p. 32).

## ***A CRISE HERMENÊUTICA: MUDANÇA DE PARADIGMAS E SEU PODER TRANSFORMADOR NO CAMPO JURÍDICO***

O juiz constitucionalista é responsável pela concretização dos valores constitucionais. Se for omissivo, resulta da ineficiência do dispositivo constitucional e asfixia a sociedade.

O que acontece hoje impossibilitando a aplicação do novo paradigma-constitucional é que o pensamento majoritário, que se denomina dogmática jurídica, tenta compartimentar o estudo da constituição. Ora é preciso entender que nada no Direito pode ser compreendido fora da Constituição.

Por todos os motivos, necessário se faz entender e firmar a convicção de que é a Constituição o documento fundamental para a defesa dos direitos sociais e que sem ela não fazemos direito.

Aristóteles compartilha desse entendimento, ao referir que o caminho da compreensão filosófica (Hermenêutica) só é possível através do exercício da criatividade, da ferramenta da compreensão.

A função do Poder Judiciário no século XXI é permitir a participação dos grupos sociais que não conseguem ter acesso ao poder político (executivo e legislativo), não cabendo ao Judiciário por isso se utilizar de prerrogativas dos outros poderes, mais possibilitando a partir das regras, igualdade a todos os cidadãos.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Claro está que as universidades de direito não têm dado a devida atenção ao estudo da hermenêutica jurídica e da interpretação, o excesso de preocupação com a dogmática e com o formalismo está levando os operadores do Direito à alienação e à falta de percepção dos princípios constitucionais.

Por meio deste breve estudo, percebe-se que uma alternativa viável para a crise paradigmática é a introdução do estudo da Hermenêutica Jurídica Constitucional e da Justiça Constitucional para um melhor desenvolvimento do raciocínio da reflexão e da crítica jurídica.

A crise paradigmática vem impossibilitando que o país progrida, que a Constituição seja eficiente e que a justiça seja célere.

Mudando o modo de interpretar, baseado nos princípios da Constituição, revolucionar-se-á o modo de fazer direito, trazendo assim mais justiça ao país.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.** São Paulo: Landy, 2001.

APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do poder judiciário.** Curitiba: Juruá, 2008.

BUHRING, Márcia Andrea. Alguns aspectos da hermenêutica filosófica e jurídica. **Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná.** Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1795/1492>. Acesso em: 10/3/2010.

GADAMER, H.G. **Verdade e método, traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Petrópolis: Vozes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Introdução à Filosofia do Direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporânea.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

STECK, Luiz Lênio. **Hermenêutica jurídica em crise.** 7. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VIDIGAL, Erick José Travassos. **Protagonismo político dos juízes: risco ou oportunidade?** Prefácio da pós-modernidade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.