

OS “LUGARES” (E OS PROBLEMAS) DA INTERPRETAÇÃO NO DIREITO: DA HERMENÊUTICA ROMÂNTICA DE SCHLEIERMACHER AOS PRIMÓRDIOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

"PLACES" (AND PROBLEMS) OF INTERPRETATION IN THE LAW: FROM THE ROMANTIC HERMENEUTICS OF SCHLEIERMACHER FOR THE BEGINNINGS OF NEOCONSTITUTIONALISM

Tássia Aparecida Gervasoni*

Resumo: Diversos aspectos quanto à interpretação no Direito há tempos (pre)ocupam juristas e filósofos, em especial, quanto ao(s) seu(s) limite(s), de modo que o lugar central que esse tema ocupa hoje é resultado de uma série de transformações ocorridas no tempo. Em distintos períodos e Escolas, a interpretação já se viu reduzida ao mínimo espaço, como também já foi desamarrada dos textos legais a tal ponto de ser confundida com vontade. De qualquer forma, os limites, condições e possibilidades da interpretação no Direito seguem gerando polêmicas no Constitucionalismo Contemporâneo. Diante disso, o presente trabalho tem por objetivos examinar os precedentes históricos importantes à matriz hermenêutica, a começar pela hermenêutica romântica de Schleiermacher e a questão do psicologismo da interpretação. A partir disso, desenvolve-se uma introdução histórica ao problema da interpretação no direito que percorrerá o formalismo da jurisprudência dos conceitos, os movimentos libertários e o retorno ao formalismo com o positivismo normativista de Hans Kelsen, até chegar à jurisprudência dos valores e ao contexto pós-segunda guerra do qual emerge uma nova e emblemática “figura” chamada neoconstitucionalismo. Para a persecução das metas traçadas utiliza-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento histórico e a técnica de pesquisa da documentação indireta.

Palavras-chave: interpretação no Direito; hermenêutica; evolução histórica; neoconstitucionalismo.

Abstract: Several aspects regarding the interpretation in law long occupied jurists and philosophers, in particular regarding your limit(s), so the central place it occupies this theme today is the result of a series transformations occurring in time. In different periods and schools, the interpretation has been reduced to the minimum space, as has also been untied legal texts to the point of being confused with ease. Anyway, limits, conditions and possibilities of interpretation in law still generate controversy in Contemporary Constitutionalism. Thus, the present study aims to examine the historical precedents important to hermeneutic matrix, starting with the romantic hermeneutics of Schleiermacher and the question of the psychologism of interpretation. From this develops a historical introduction to the problem of interpretation in law that will tour the formalism of the concepts of jurisprudence, the libertarian movements and a return to formalism with

* Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora na Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. Integrante dos Grupos de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, e “Estado e Constituição”, vinculados ao CNPq. Advogada. Endereço eletrônico: tassiangervasoni@gmail.com

normative positivism of Hans Kelsen, until you reach the jurisprudence of values and context post war-which emerges a new and iconic "figure" called neoconstitutionalism. For the pursuit of the goals outlined uses the deductive approach method, the historical procedure method and research technique of indirect documentation.

Keywords: interpretation in the law; hermeneutics; historical evolution; neoconstitutionalism.

1 Introdução

A questão da interpretação há tempos (pre)ocupa estudiosos de diversas áreas. No âmbito jurídico, em especial, quanto ao(s) seu(s) limite(s). De todo modo, o lugar central que esse tema ocupa hoje (basta ver a repercussão em torno do chamado ativismo judicial) é resultado de uma série de transformações ocorridas no tempo.

Em distintos períodos e Escolas, a interpretação já se viu reduzida ao mínimo espaço, quase à literalidade, como também já foi desamarrada dos textos legais a tal ponto de ser confundida com vontade.

O contexto pós-segunda grande guerra, sem dúvida, é um divisor de águas. A reformulação da visão acerca das Constituições, por exemplo, é apenas uma pequena (embora importantíssima) parte do seu legado. De qualquer forma, os limites, condições e possibilidades da interpretação no Direito seguem protagonizando teorias e debates de ordens diversas, sendo talvez um dos pontos mais polêmico do Constitucionalismo Contemporâneo.

No que consiste esse emaranhado de novos conceitos e concepções que chega com força ao século XXI e qual o lugar da interpretação no direito diante de tudo isso? São alguns questionamentos que moverão este estudo.

Para tanto, serão perseguidos como objetivos específicos (a) o exame de precedentes históricos importantes à matriz hermenêutica que aqui será central, a começar pela hermenêutica romântica de Schleiermacher e a questão do psicologismo da interpretação; (b) a partir disso, uma introdução histórica ao problema da interpretação no direito percorrerá o formalismo da jurisprudência dos conceitos na Alemanha do século XIX, (c) passando pelos movimentos libertários e, já no século XX, (d) retornado ao formalismo com o positivismo normativista de Hans Kelsen, (e) até chegar à jurisprudência dos valores e ao contexto pós-segunda guerra, que constitui o ponto de chegada para o presente estudo e, ao mesmo tempo, o ponto de partida para as novas perspectivas do Constitucionalismo Contemporâneo e desafios para a hermenêutica: o neoconstitutionalismo.

Para alcançar esse propósito será utilizada a seguinte metodologia: método de abordagem dedutivo, partindo da análise de elementos fundamentais à pesquisa (concepções doutrinárias gerais) e, em seguida, particularizando a abordagem; método de procedimento histórico, analisando-se os fatores que contribuíram para a consolidação dos aspectos abordados, sua evolução e reflexos quanto aos problemas da interpretação investigados; técnica de pesquisa de documentação indireta, por intermédio da pesquisa bibliográfica, como a consulta em livros e periódicos, o que permitirá o estudo nos termos propostos.

2 A hermenêutica romântica de Schleiermacher e a questão do psicologismo da interpretação

O problema da hermenêutica no âmbito da filosofia vai desde as chamadas hermenêuticas especiais, passando pela construção de uma teoria geral da interpretação até desaguar na sua função de metodologia das ciências do espírito, destacando-se como expoentes desse percurso Friedrich Schleiermacher e Wilhelm Dilthey.

Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, teólogo, filólogo e filósofo alemão, nasceu em Breslau, no dia 21 de novembro de 1768, e faleceu em Berlim, em 12 de fevereiro de 1834; contemporâneo, portanto, de Fichte e Schelling, que dentre outros autores (como Kant) certamente influenciaram sua obra (BRAIDA, 2010. p. 9).

Antes de Schleiermacher – e por isso a excursão pelo legado desse autor – só se conheciam as chamadas “hermenêuticas especiais”, compostas de um conjunto de regras específicas para cada âmbito particular de conhecimento (como a exegese bíblica, a filologia, as ciências jurídicas, etc.) e que orientavam o procedimento interpretativo prático, buscando solucionar problemas de (não-)compreensão dessas diferentes áreas. Uma das grandes contribuições de Schleiermacher, e que, dentre outras razões, justifica o seu estudo de forma mais atenta, consiste na sua tentativa de elevar a interpretação ao patamar de ciência, a partir do desenvolvimento de uma “teoria” (geral) que fornecesse orientações técnicas para a compreensão aplicáveis a todas as áreas do conhecimento. A hermenêutica, assim, surge como arte e técnica da interpretação. Trata-se, é verdade, de uma hermenêutica metodológica, mas cujo resgate ajuda a fundamentar a própria hermenêutica filosófica (ROHDEN, 2003. p. 118).

Segundo Gadamer, “foi só Schleiermacher que, incitado por F. Schlegel, desvencilhou a hermenêutica, enquanto teoria universal da compreensão e do interpretar, de

todos os momentos dogmáticos e ocasionais”, existindo por trás dessa concepção uma motivação filosófica (GADAMER, 2002. p. 118).

No mesmo sentido, Rohden enaltece as contribuições schleiermacherianas para a hermenêutica no sentido de conferir-lhe feições filosóficas, embora ressalve que a “obsessão” pela busca de leis gerais e de uma coerência sistemática para o interpretar e o compreender tenha impedido essa realização:

Apesar de acentuar o caráter “psicologizante” do conhecimento, Schleiermacher efetuou uma virada importante no itinerário da hermenêutica. Com ele a hermenêutica deixou de ser um agregado de regras próprias aplicáveis às diferentes áreas do conhecimento (como a filologia, a teologia, as ciências sociais e jurídicas). Além do mais, a hermenêutica desvinculou-se da teologia e, definida como “a arte de compreender” as expressões linguísticas, passou a assumir uma feição filosófica. A pretensão de criar leis gerais e uma coerência sistemática para o interpretar e o compreender corroeu as possibilidades de Schleiermacher para elaborar uma hermenêutica com caráter mais filosófico. A obsessão pelas condições de possibilidade do interpretar e do compreender foi levada adiante por Dilthey com “a busca do que ele chamou de um conhecimento ‘objetivamente válido’ e com sua hipótese de que a tarefa da hermenêutica é descobrir leis e os princípios da compreensão” (ROHDEN, 2003. p. 123-124).

Apesar disso, Schleiermacher e outros grandes autores clássicos (como Dilthey) não permitiram que seus trabalhos hermenêuticos fossem publicados, o que só foi possível graças aos seus discípulos, que se encarregaram de, posteriormente, transmitir essas pesquisas (BRAIDA, 2010. p. 10). A partir dessa constatação, tem-se uma pista do período em que autor desenvolve sua obra. Conforme Grondin, discorrendo justamente sobre essa fase marcada por poucas publicações, “se, simplificando bastante, for entendida por Romantismo uma saudade insaciável pelo que é perfeito, então o século 19, no que diz respeito à teoria hermenêutica, era romântico” (GRONDIN, 1999. p. 117).

Historicamente, o Romantismo é um movimento que começa a ganhar força no final do século XVIII, como reação ao Iluminismo e à exaltação da Razão.

Na verdade, segundo Bornheim, “não é justo dizer que os românticos desprezavam a razão: no máximo, a menosprezavam.” O filósofo gaúcho considera que o descaso completo à razão não se coaduna com o sentido de totalidade e de integração harmonizadora do romantismo, muito embora, sem sombra de dúvida, o sentimento é que ocupa um lugar privilegiado nessa escola (BORNHEIM, 1956. p. 64).¹

Um dos mais profundos impulsos da época foi a fé no diálogo como uma fonte de verdade não dogmática, insubstituível por qualquer dogmática. A geração romântica é marcada por um forte cultivo da amizade; a espontaneidade do “eu penso” (privilegiada por

¹ Para uma leitura irônica e politicamente incorreta acerca do romantismo, indica-se PONDÉ, 2012. p. 68-74.

Kant e Fichte como supremo princípio de toda a filosofia) transformou-se numa espécie de metafísica da individualidade. Capacidade para a amizade, para o diálogo, para a comunicação em geral, são traços do sentimento vital romântico que confluíam ao interesse pela compreensão e pela incompreensão, sendo esse o ponto de partida para a hermenêutica de Schleiermacher (GADAMER, 2002. p. 118-119).

O método para Schleiermacher não poderia ser o lógico, racional, e sim o sentimento, o coração. Acompanhado por todos os demais românticos, o filósofo alemão negou o “*cogito, ergo sum*” para afirmar, em lugar disso, que “eu sinto, logo eu sou” (BORNHEIM, 1956. p. 62-63).

De qualquer forma, antes de prosseguir na análise sugerida, uma breve digressão sobre as “origens” da utilização (do termo) hermenêutica pode ser interessante para a compreensão do tema.

Hermenêutica significa em primeiro lugar práxis relacionada a uma arte (arte do anúncio, da tradução, da explicação e interpretação, que inclui, naturalmente, a arte da compreensão). Já no uso mais antigo da palavra, segundo Gadamer, detecta-se certa ambiguidade. No relato de Homero, Hermes, o mensageiro divino, aquele que transmite as mensagens dos deuses aos homens, costuma executar verbalmente a mensagem que lhe fora confiada, mas, frequentemente (em especial no uso profano), sua tarefa consiste em traduzir para uma linguagem acessível a todos o que se manifestou de modo estranho ou incompreensível. Com efeito, a tarefa da tradução sempre conta com certa “liberdade”. A contribuição que a “hermenêutica” pode fazer é justamente essa transferência de um mundo para outro, do mundo dos deuses para o dos homens (GADAMER, 2002. p. 111-112).

Posteriormente, desenvolve-se no mundo grego um sentido de *hermeneia* e *hermeneus* puramente cognitivo, que pode significar "explicação erudita", "comentador" e "tradutor". Nesse sentido, Gadamer esclarece:

É claro que, enquanto arte, encontram-se ligados à hermenêutica restos herdados da esfera sacral: é a única arte cuja [palavra](#) deve ser estabelecida como padrão de medida, que se acolhe com admiração porque pode compreender e explicitar o que [oculta](#), seja em discursos estranhos, seja na convicção inexpressa de outro. Trata-se, portanto, de uma ars: uma técnica, como a [oratória](#), a arte de escrever ou a aritmética. É mais aptidão prática do que propriamente "ciência" (GADAMER, 2002. p. 113).

Já na tradição científica da modernidade, o uso da palavra “hermenêutica” indica e se relaciona como o surgimento do conceito moderno de método e de ciência. No seu uso

aparece mais implícita uma consciência metodológica. Não apenas se tem a arte de interpretar como também é possível justificá-la teoricamente (GADAMER, 2002. p. 113).

Segundo Dilthey, em conhecido texto sobre a história da hermenêutica:

Assim, desde cedo se constituiu a partir da arte da interpretação a *apresentação* de suas *regras*. E do debate entre estas regras, da luta entre orientações distintas a respeito da interpretação de obras de importância vital e da necessidade assim determinada de fundamentar estas regras surgiu a ciência hermenêutica. Ela é o *corpo de ensinamentos sobre a arte (Kunstlehre) da interpretação de monumentos literários* (DILTHEY, 1957. p. 317-38).

Desde o primeiro registro da palavra “hermenêutica” como título de livro em 1654 (Dannhauer) distingue-se entre uma (1) hermenêutica teológico-filológica e uma (2) hermenêutica jurídica. Em sentido teológico (MAGALHÃES FILHO, 2002. p. 33) a hermenêutica significa a arte de interpretar corretamente a Sagrada Escritura. O que importa é a correta interpretação daqueles textos (objetivamente, livre de todo arbítrio subjetivo), a descoberta das suas origens esquecidas. A hermenêutica, voltando às fontes originárias, busca alcançar uma nova compreensão daquilo que se havia corrompido por distorção, deslocamento ou mau uso (GADAMER, 2002. p. 113-115, *passim*).

Paralelamente a esta “motivação objetiva da hermenêutica” uma motivação formal ganha influência na modernidade, à medida que a consciência metodológica da nova ciência (que lançava mão, sobretudo, da linguagem da matemática) abria caminho rumo a uma teoria geral da interpretação das linguagens simbólicas. Por causa da sua generalidade, foi tratada como uma parte da lógica (GADAMER, 2002. p. 115).

Mas no geral, a disciplina da hermenêutica surgida na teologia e na filologia do século XVII era, ao contrário, fragmentária, prestando-se mais a objetivos didáticos do que filosóficos. Essas poucas regras gerais da hermenêutica, apresentadas preliminarmente nessas “hermenêuticas”, apoiadas na antiga retórica, por certo não justificam um interesse filosófico por esses escritos (GADAMER, 2002. p. 116).

Sobre essa “passagem” que será promovida por Schleiermacher da “hermenêutica filológica” para uma “hermenêutica geral”, assevera Dilthey:

A hermenêutica tinha sido até então, no melhor dos casos, uma construção de regras cujas partes, as regras particulares, eram mantidas num conjunto por causa do alvo de uma interpretação com validade universal. Ela tinha particularizado as funções que agem em conjunto neste processo interpretativo, dividindo-as em interpretação gramatical, histórica, estético-retórica e de conteúdo. E ela tinha trazido à consciência pelo virtuosismo filológico de muitos séculos -as regras segundo as quais estas funções devem operar. Agora Schleiermacher voltava a um problema prévio a estas regras, à análise do compreender, portanto ao conhecimento desta

ação intencional mesma. E deste conhecimento ele derivava a possibilidade de uma interpretação com validade universal, seus meios auxiliares, seus limites e suas regras. Mas ele só podia analisar o compreender como uma reconfiguração, como uma reconstrução a partir de um modelo, em sua relação viva com o processo da própria produção literária. Na intuição viva do processo criativo em que surge uma obra literária com poder vital ele reconhecia a condição para o conhecimento do outro processo, o qual compreende o todo de uma obra a partir de sinais escritos e, a partir deste todo compreende a intenção e o espírito de seu autor (DILTHEY, 1957, p. 317-38).

Conforme dito alhures, foi só com Schleiermacher que à hermenêutica é lançado, pela primeira vez, um olhar e interesse filosóficos, na tentativa de içá-la à condição de ciência, a ciência – arte e técnica – (geral) da interpretação.

Schleiermacher propôs a utilização de um método histórico-crítico para a interpretação da Sagrada Escritura, colocando o problema bíblico-hermenêutico em uma perspectiva histórica e literária do ponto de vista da compreensão. Para o teólogo liberal, a Bíblia era um documento histórico-literário como outros existentes, uma interpretação em palavras humanas, culturalmente condicionadas (MAGALHÃES FILHO, 2002. p. 36).

Assim, pode-se dizer que o ponto de partida da reflexão hermenêutica de Schleiermacher encontra-se na necessidade teórica de explicar e justificar um procedimento prático: a interpretação e tradução de textos antigos clássicos. Conforme já antecipado, apesar de ser uma arte ainda mais antiga, a hermenêutica não conhecia uma abordagem sistemática que pudesse constituí-la em ciência. O que havia antes não passava de um agregado de regras determinadas para objetos particulares e específicos (religiosos, jurídicos, filológicos, etc.) a cuja interpretação faltava justificação. Daí a necessidade, sobretudo, filosófica, de elaborar uma hermenêutica geral que fornecesse “as razões” das regras e do procedimento, portanto, da arte da compreensão em geral. “Ao invés de perguntar como se interpreta este ou aquele tipo de texto, ele passa a perguntar pelo que significa em geral interpretar e compreender e como isto ocorre.” Ou seja, “trata-se de uma consideração filosófico-teórica da operação hermenêutica, não mais determinada pelo objetivo, e, sim, pelas condições, isto é, pelo “como” de sua efetivação” (BRAIDA, 2010. p. 15).

Nas colocações mais precisas de Celso Braida, ao apresentar a obra traduzida de Schleiermacher:

Através de um único movimento Schleiermacher desloca a hermenêutica do domínio técnico e científico, estabelecendo-a no domínio filosófico, argumentando que a arte de compreender está internamente conectada com a arte de falar e com a arte de pensar. “Visto que a arte de falar e compreender (correspondente) estão contrapostas uma à outra, e falar é, porém, apenas o lado exterior do pensamento, assim a

hermenêutica está conectada com a arte de pensar e, portanto, é filosófica” (BRAIDA, 2010. p. 15).

Acerca do desenvolvimento de sua teoria hermenêutica, o próprio Schleiermacher se ocupa de situá-la entre os aportes de Wolf e Ast, conforme se constata da passagem seguinte:

Wolf [...] declara desde o início que a hermenêutica é a arte de descobrir os pensamentos de um autor, de um ponto de vista necessário, a partir de sua exposição; assim, a hermenêutica não se exerce apenas no domínio clássico, mas ela pratica o seu trabalho em toda parte onde existirem escritores e, assim, os seus princípios devem também satisfazer todo este domínio, e não remontar apenas à natureza das obras clássicas. O Sr. Ast estabelece um primeiro conceito que é o de algo estranho, o qual deve ser compreendido. Na verdade, ele anula este conceito em sua inteira nitidez, porque se o que é para ser compreendido fosse completamente estranho àquele que deve compreender, e não houvesse nada de comum entre ambos, então, não haveria ponto de contato para a compreensão. Porém, eu posso obviamente concluir que este conceito subsiste, como algo relativo, e então seguir-se-ia que, assim como no caso precedente (quando tudo fosse absolutamente estranho) a hermenêutica não saberia entabular o seu trabalho. Do mesmo modo no caso oposto, a saber, quando nada fosse estranho entre aquele (que fala e aquele que ouve), ela não precisaria ser entabulada, antes a compreensão seria dada simultaneamente com a leitura e a audição, ou talvez sempre já dada divinatoriamente e, portanto, completamente autocompreendida por si mesma. [...] Eu estou inteiramente de acordo em encerrar a tarefa da hermenêutica entre esses dois pontos, porém, confesso também que quero reivindicar para ela este domínio em sua totalidade e dizer que, em todo lugar onde houver qualquer coisa de estranho, na expressão do pensamento pelo discurso, para um ouvinte, há ali um problema que apenas pode se resolver com a ajuda da nossa teoria. [...] Todavia, meus dois guias me limitam de vários modos: um, na medida em que ele fala apenas de escritores, os quais devem ser compreendidos, (como se o mesmo não ocorresse também na conversação e no discurso imediatamente ouvido); o outro na medida em que ele logo limita o estranho àquilo que está redigido em língua estrangeira, e, deste modo, às obras do espírito assim redigidas, o que constitui um domínio ainda mais restrito que aquele dos escritores em geral (SCHLEIERMACHER, 2010. p. 30-32).

Desse contexto emergem duas características importantes a serem destacadas: a preocupação do filósofo alemão em descobrir e compreender o próprio autor do texto (a partir do texto) interpretado e seu interesse, também, pela incompreensão, pelo “estranho”.

Nessa linha, distinguia-se, no processo de apreensão de sentido de um texto, a interpretação gramatical da interpretação técnica. A primeira refere-se a uma compreensão do texto em sua literalidade, em seus signos linguísticos (visa à compreensão do discurso, partindo da totalidade da língua), determinando os próprios limites em que se daria a interpretação técnica, a qual visa à descoberta da genialidade do autor. “Enquanto a interpretação gramatical revelaria o texto, a técnica demonstraria o que era próprio autor.” Daí a feição mais psicológica da interpretação, que visa à compreensão do discurso como um ato da produção contínua de ideias (MAGALHÃES FILHO, 2002. p. 36).

Aliás, como bem apresenta Celso Braida, “o objetivo final de sua hermenêutica é antes a compreensão do autor e não apenas a compreensão do texto enquanto texto, o que determina o enfoque teórico da hermenêutica romântica como psicológico” (BRAIDA, 2010. p. 20).

Além disso, essa distinção operada por Schleiermacher faz emergir outro elemento importante para a hermenêutica: a questão da linguagem.

Segundo destaca Grondin, nesse sentido, “a compreensão não tem outro objeto além da linguagem”, assinalando uma conhecida sentença de Schleiermacher que, posteriormente, inclusive, foi assumida por Gadamer em “Verdade e Método”: “Tudo o que deve ser pressuposto na hermenêutica é apenas a linguagem”. Com propriedade, o filósofo canadense desenvolve esse postulado de Schleiermacher, conforme se transcreve:

Este pressuposto básico possui, em Schleiermacher, um sentido específico, arquitetônico. A linguagem pode ser considerada de duas maneiras. De um lado, a linguagem, a ser eventualmente interpretada, é um recorte da totalidade do uso linguístico de uma comunidade dada. Pois, cada expressão linguística segue uma sintaxe pré-estabelecida, ou o costume, e é, por isso, supra-individual. A parte da hermenêutica, que se ocupa com este aspecto, será chamada por Schleiermacher “o lado gramatical” da interpretação. A ele compete explicar uma determinada expressão do contexto global da totalidade linguística em questão. A expressão não é, todavia, o portador anônimo de uma linguagem originariamente supra-individual, ele é também o testemunho de uma alma individual. As pessoas não pensam sempre a mesma coisa sob as mesmas palavras. Se fosse assim, haveria “apenas gramática”. A hermenêutica, que não quer, segundo uma tendência que se desenvolvera no estruturalismo de nossos anos sessenta, dissolver-se em gramática, deve considerar o outro lado da interpretação, ou seja, o mais individual. Esta segunda tarefa, a qual por primeiro conduz a hermenêutica a uma unidade, é a da interpretação “técnica”. Técnica significa aqui, supostamente, que o intérprete procura entender a arte *específica* que um autor externou num de seus textos. Aqui é evidentemente ultrapassada a visão meramente sintática da linguagem, em direção ao que a linguagem realmente quer expressar. O que é visado, é a compreensão de um espírito, o qual deduz linguagem a partir da alma que a traz à tona. Por isso Schleiermacher podia, mais tarde, chamar este lado da interpretação de “psicológico” (GRONDIN, 1999. p. 125-126).

Em relação a essa base psicologista da hermenêutica que Gadamer chama de idealista, este filósofo alemão considerado um dos maiores expoentes da hermenêutica filosófica tecer-lhe-á críticas, no sentido de questionar a afirmação de que o sentido de um texto se esgote no sentido que o seu autor “tem em mente”, já que, assim, a compreensão nada mais seria do que a reprodução de um produto original. Segundo Gadamer, esse questionamento não poder ser aplicado a uma hermenêutica jurídica, que exerce claramente uma função criativa do direito. Nas palavras do autor:

A base psicologista da hermenêutica idealista mostrou seu lado problemático: Será que o sentido de um texto realmente se esgota no sentido que o autor “tem em mente” (*mens auctoris*)? Será a compreensão nada mais do que a reprodução de um produto original? Está claro que esse questionamento não pode ser aplicado a uma hermenêutica jurídica, que exerce uma evidente função de criação do direito. Costuma-se relegá-lo à esfera de uma tarefa normativa, considerando-o como aplicação prática que nada tem a ver com “ciência”. O conceito da objetividade da ciência exige ater-se ao cânon determinado pela *mens auctoris*. Mas será esse cânon realmente suficiente? O que se dá, por exemplo, na interpretação de *obras de arte [...]?* O conteúdo semântico da reprodução não pode restringir-se ao sentido que o autor presta conscientemente à obra. Sabe-se que a autointerpretação do artista tem um valor questionável. O sentido de sua criação impõe uma tarefa de aproximação inequívoca, mesmo para a interpretação prática. Assim como a interpretação feita pela ciência, tampouco a reprodução pode, de modo algum, estar exposta à arbitrariedade (GADAMER, 2002. p. 126-127).

Além disso, Schleiermacher desenvolve dois métodos: o divinatório e a compreensão comparativa. O método divinatório teria natureza adivinatória e consistiria no sentido atribuído pelo intérprete ao texto depois de ter entrado em uma empatia viva ou parentesco espiritual com o autor ou, ainda, depois de o intérprete ter-se colocado no lugar do autor (depende de uma sensibilidade subjetiva do intérprete). Percebe-se aqui um intenso psicologismo no método proposto. Isso repercutiu posteriormente no Direito, por meio da ênfase exagerada dada à *vontade do legislador* como referencial necessário à interpretação correta da lei (*subjetivismo*), praticamente já superado (MAGALHÃES FILHO, 2002. p. 36-37).

O método comparativo busca atingir o sentido intencional do autor no texto a partir de elementos objetivos. O intérprete procuraria comparar diversos escritos do autor, bem como diversos elementos gramaticais e históricos. Dessa forma, segundo Magalhães, a compreensão divinatória seria uma pré-compreensão para a compreensão comparativa (MAGALHÃES FILHO, 2002. p. 37).

À medida que Schleiermacher considerou a Bíblia como um simples texto de natureza histórico-literária, ele estabeleceu um método que serviria para a interpretação não apenas da Escritura, mas também para a elucidação do sentido de todos os textos que possuíssem essa natureza. Desse modo, ele introduziu o método hermenêutico na história e na filologia, possibilitando o reconhecimento da cientificidade desses dois ramos do saber humano, o que veio a ser finalmente firmado com a divisão das ciências proposta por Dilthey (MAGALHÃES FILHO, 2002. p. 37).

Na verdade, a visão que se tem hoje acerca dessas questões (hermenêutica, interpretação e linguagem) variou bastante desde esses “primórdios”. Para Grondin, “la hermenêutica sirve para caracterizar una amplia corriente de la filosofía que se ocupa de los

asuntos de la interpretación y que subraya la naturaleza histórica y lingüística de nuestra experiencia del mundo”, mas, em contrapartida à validade dessa caracterização ao pensamento contemporâneo como um todo, seus limites são difíceis de fixar com precisão. Referido pensamento contemporâneo é associado, sobretudo, a Hans-Georg Gadamer (1900-2002) e Paul Ricoeur (1913-2005), precedidos da tradição hermenêutica de um dos maiores filósofos do século XX, Martin Heidegger (1889-1976). De qualquer forma, o que se pretende assentar é que todos esses consagrados autores obraram uma compreensão filosófica diferente da hermenêutica de tradição clássica, entendida como arte de interpretação, em especial, de textos sagrados, tal como se explanou até então. Assim com propõe Grondin, sendo a hermenêutica filosófica uma espécie de reação a essas concepções clássicas, é justamente este o ponto de partida (GRONDIN, 2006. p. 27). Foi a tentativa que se envidou nas linhas que chegaram até aqui.

3 O formalismo jurídico na Alemanha do século XIX e a jurisprudência dos conceitos

A questão da interpretação, conforme tracejado anteriormente, há tempos (pre)ocupa estudiosos de diversas áreas. No âmbito jurídico, em especial, quanto ao(s) seu(s) limite(s). De todo modo, o lugar central que esse tema ocupa hoje (sobretudo considerando a repercussão do chamado ativismo judicial) é resultado de uma série de transformações ocorridas no tempo.

Em distintos períodos e Escolas, a interpretação já se viu reduzida ao mínimo espaço, quase à literalidade (com destaque para a jurisprudência dos conceitos e a Escola da Exegese), como também já foi desamarrada a tal ponto dos textos legais a ponto de ser confundida com vontade (movimentos libertários – jurisprudência dos interesses e movimento do direito livre).

O objetivo traçado, diante disso, é justamente desvendar alguns desses lugares ocupados pela interpretação no direito, o que será feito mediante a análise de importantes Escolas e movimentos que promoveram a sua evolução.

Inicialmente com a Escola Histórica do Direito (final do século XVIII e início do século XIX) e, após, com a jurisprudência dos conceitos, podem-se afirmar os marcos do formalismo jurídico alemão, construídos ao longo do século XIX.

O historicismo, que encontrou seu mais célebre expoente na figura de Friedrich Karl Von Savigny (1779 - 1861), foi ponto de arranque para a jurisprudência dos conceitos, influenciando-lhe com a idéia de sistema, crucial para o seu desenvolvimento (LARENZ, 1997. p. 19).

Savigny inicialmente equipara o Direito positivo ao *Direito legislado*. Todavia, a legislação acontece no tempo, conduzindo “à concepção de uma história do Direito que estreitamente se conjunta com a história do Estado e a história dos povos, visto que a legislação é uma actividade do Estado” (LARENZ, 1997. p. 10).

Destarte, Savigny aponta como objeto da interpretação “a reconstrução do pensamento que é expresso na lei, na medida em que seja cognoscível a partir da lei”. É necessário que o intérprete coloque-se na posição do legislador e permita formarem-se, a partir daí, os respectivos ditames. Para tanto, a interpretação requer três elementos: um lógico, um gramatical e um histórico. Conforme segue na explanação, Larenz:

Para que se “possa atingir o pensamento da lei”, têm de tomar-se em consideração as circunstâncias históricas do seu aparecimento; além disso, a interpretação necessita de conhecer tanto as particularidades como o significado de cada texto para o conjunto, pois “a legislação só se exprem ao nível de um todo” e o “todo” do Direito só em sistema é reconhecível. Assim, quer o elemento histórico quer o sistemático têm o seu peso na interpretação de cada norma (1997. p. 10-11).

De qualquer forma, e como já antecipado, a jurisprudência dos conceitos partiu das bases lançadas pela escola história, elevada por Savigny, cujo discípulo, Friedrich Puchta (1798-1846), desenvolve a chamada genealogia dos conceitos. Os principais expoentes da jurisprudência dos conceitos foram Friedrich Puchta e Rudolf von Ihering (1818-1892), embora este último tenha posteriormente tornado-se um de seus maiores opositores (ROCHA, 2009. p. 4-5).

O Primeiro Ihering (até, mais ou menos, 1861) adotou o método histórico-natural da Ciência do Direito. Em sua obra “Espírito do Direito Romano” (1852/1865) defende o direito como organismo, atribuindo-lhe qualidades de um produto da natureza. Direito igual à química: os conceitos são elementos mínimos que formam sentidos por meio de junções e agregações (LARENZ, 1997. p. 31-32). Todavia, foi Puchta quem melhor desenvolveu a jurisprudência dos conceitos (WIEACKER, 1967. p. 430-470).

De acordo com Larenz:

A idéia de PUCHTA é a seguinte: cada conceito superior autoriza certas afirmações (por ex., o conceito de direito subjetivo é de que se trata de ‘um poder sobre um objeto’); por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele ‘forçosamente’ todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior (para o crédito, como espécie de direito subjetivo, significa isto, por ex., que ele é ‘um poder sobre um objeto que esteja sujeito à vontade do credor e que se poderá então vislumbrar, ou na pessoa do devedor, ou no comportamento devido por este último’). **A ‘genealogia dos conceitos’ ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através do seu**

conteúdo. Porém, de onde precede o conteúdo desse conceito supremo? Um conteúdo terá ele que possuir, se é que dele se podem extrair determinados enunciados, e esse conteúdo não deve proceder dos conceitos dele inferidos, sob pena de ser tudo isto um círculo vicioso. Segundo Puchta, **este conteúdo procede da filosofia do Direito: assim, consegue um ponto de partida seguro com que construir dedutivamente todo o sistema e inferir novas proposições jurídicas** (1997. p. 25). [grifei].

O que Puchta designa por “genealogia dos conceitos” é, portanto, a pirâmide de conceitos do sistema construído segundo as regras da lógica formal (LARENZ, 1997. p. 24).

A jurisprudência dos conceitos é, com efeito, “uma doutrina formalista, segundo a qual a atividade de interpretação/aplicação do direito dar-se-ia de forma lógico-dedutiva, mediante a subsunção de conceitos inferiores a conceitos superiores.” Tal como referido anteriormente, “a genealogia dos conceitos implica um sistema jurídico organizado de forma piramidal, de forma que os conceitos inferiores se legitimam na medida em que podem ser reconduzidos subsuntivamente a conceitos superiores”. No topo dessa estrutura, o conceito supremo que, segundo Puchta, procederia da filosofia (para Larenz, esse é justamente o ponto que torna incorreta a frequente equiparação pura e simples que se faz entre a jurisprudência dos conceitos e o positivismo: a jurisprudência dos conceitos não prescinde – pelo menos em Puchta – de um fundamento suprapositivo) (LARENZ, 1997. p. 26). Deste modo, nota-se que a validade dos conceitos (dos inferiores aos superiores) é definida em termos puramente lógicos, sem qualquer implicação axiológica. Como decorrência dessa forma de pensar conceitualista é possível apontar, inclusive, a idéia de completude do sistema jurídico, tendo em vista que por processos lógicos o intérprete extrairia do sistema sempre a regra adequada para regular uma situação (no fundo toda a regra estaria ao menos implícita no sistema) (ROCHA, 2009. p. 6-7).

A jurisprudência dos conceitos está para o contexto alemão o que a escola da exegese representou para o formalismo francês e, por que não, o que a jurisprudência analítica de John Austin (1790-1859) operou na Inglaterra.

Analisando essas distintas realidades, Rocha chama atenção para um aspecto interessante do formalismo alemão do Século XIX: seu desenvolvimento se deu antes que a Alemanha tivesse concretizado sua codificação, o que somente viria a acontecer com a edição do Código Civil Alemão que entrou em vigor em 1900. Segundo o autor:

Tal fato já denuncia um traço diferencial entre a jurisprudência dos conceitos alemã e a escola da exegese francesa: embora tratem-se de duas escolas formalistas, o formalismo alemão forjou-se com base na consciência histórica e na lógica conceitual, enquanto o formalismo exegético francês tinha como ponto de partida um monumento jurídico-positivo - o Código Civil Napoleônico de 1804 (2009. p. 7).

Quanto ao “lugar” da interpretação nesse viés formalista, novamente aproximando-se a jurisprudência dos conceitos da escola da exegese, Ramos sustenta que ambas incidiram no que chama de subsunção mecânica, conferindo à atividade interpretativa um caráter estático e conservador, num espaço mínimo de movimentação por situar a expressão textual da norma jurídica em primeiro plano e manter o intérprete atrelado ao elemento genético do ato legislativo (RAMOS, 2010. p. 71).

Apesar do interesse, o presente trabalho encontra-se limitado espaço-temporalmente a uma análise mais pontual e abrangente das diferentes escolas que se ocuparam do problema da interpretação do Direito. Assim, feita a pretendida referência às ideias mais básicas e centrais do formalismo jurídico alemão, especialmente a partir de um dos seus grandes expoentes, Puchta, cumpre avançar na narrativa histórica para encerrar o século XIX, que antes mesmo de findo viu florescer a crítica ao formalismo.

4 Da razão à vontade nos movimentos libertários do Direito: a jurisprudência dos interesses e o movimento do Direito livre – do século XIX para o século XX

Já no final do século XIX as escolas formalistas, tanto a alemã quanto a francesa, passam a ser alvo de crítica. Na França se desenvolve a doutrina da livre pesquisa do direito (livre investigação científica), iniciada por François Gény (1861-1959). Na Alemanha surgem os chamados movimentos libertários do direito, materializados na jurisprudência dos interesses e no movimento do direito livre (este já no curso do século XX).

Pode-se considerar Rudolf von Ihering prógono da jurisprudência dos interesses, embora o maior expoente dessa linha de pensamento tenha sido Philipp Heck (1858-1943).

Isso mesmo: Ihering, antes precursor do formalismo da jurisprudência dos conceitos, agora um dos seus principais críticos. O segundo Ihering (aproximadamente a partir de 1861, com destaque para a obra “*O Fim do Direito*” – 1877/1883) “considera o Direito como tutela de interesses” (LARENZ, 1997. p. 65). Sustenta que “o direito é referido a um fim social, do qual recebe o seu conteúdo” (KAUFMANN, 2002. p. 172).

Para essa escola, “as leis são as resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento.” Trata-se do cerne da jurisprudência dos interesses, também daí extraíndo-se a sua fundamental exigência metodológica de conhecer com rigor histórico os interesses reais que causaram a lei e de considerar, na decisão de cada caso, esses interesses (LARENZ, 1997. p. 65-66).

“Nesse contexto, o direito já não se pode separar dos fins sociais que se buscam alcançar, com o que não se pode enclausurar o jurídico nos conceitos aplicados de forma lógico-subsuntiva.” O direito é resumido, basicamente, ao exercício da coação para a proteção dos fins sociais (ROCHA, 2009. p. 17).

De acordo com as elevadas contribuições de Heck para a jurisprudência dos interesses, o formalismo da jurisprudência dos conceitos havia limitado o papel do juiz a uma atividade puramente gnosiológica, reduzindo sua tarefa à subsunção do caso ao conceito jurídico e negando-lhe toda atividade criadora do direito. Este jurista alemão considerou a impossibilidade de o legislador criar leis que pudessem englobar toda a realidade social, de modo que caberia ao juiz, a partir de pontos de vistas teleológicos, criar a norma aplicável ao caso concreto. “Seguindo essa linha de entendimentos, a interpretação jurídica deveria transcender o direito positivo, sendo integrada pela noção de interesse, corporificando a denominada jurisprudência dos interesses.” Em outras palavras, e para não deixar dúvidas, o alvo das críticas é a ideia de que o direito reduz-se à legislação positivada, sendo suficiente, dessa feita, a sua aplicação silogística aos casos concretos. A jurisprudência dos interesses insere no processo hermenêutico a consideração teleológica (justamente) dos diversos interesses em jogo, que pautam a própria elaboração dos textos legais (ROCHA, 2009. p. 18-19).

Nas fluentes palavras de Losano:

Philipp Heck criticava na jurisprudência dos conceitos a “falácia conceitual” (*Begriffsvertäuschung*), ou seja, o considerar que se possam deduzir logicamente as normas umas das outras, quando na realidade a dedução ocorre a partir de conceitos gerais preexistentes em quem aplica o direito. Para Heck, a norma jurídica serve para resolver conflitos de interesse; mas, já que o legislador não pode prever todos os conflitos possíveis, as leis apresentam lacunas: a tarefa do juiz consiste em preenchê-las, remetendo-se à solução indicada pelo legislador para resolver conflitos análogos. Os valores aos quais o legislador recorre em casos análogos guiam, portanto, não apenas a interpretação das normas já emanadas (2010. p. 164).

Quanto às implicações da jurisprudência dos interesses na atividade interpretativa dos juízes, destaca Larenz:

Ao exortar o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei com vista ao caso julgando, a jurisprudência dos interesses – embora não quebrasse verdadeiramente os limites do positivismo – teve uma atuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista. E isto na medida tanto maior quanto aconselhou idêntico processo para o preenchimento das lacunas das leis, abrindo desta sorte ao juiz a possibilidade de desenvolver o direito não apenas na fidelidade à lei, mas de harmonia com as exigências da vida (1997. p. 69-70).

Por todo o exposto, seguramente se pode afirmar a radical alteração que a jurisprudência dos interesses promove nas tarefas que se colocam à jurisprudência, deslocando sua atenção, que já não se dirige ao conhecimento, mas à aplicação do direito. Como corolário, se o instrumento para o conhecimento é a razão, o instrumento para a aplicação do direito é a vontade. Eis a mudança de paradigma que caracteriza o advento do século XX: a passagem da razão à vontade (LOSANO, 2010. p. 168).

Transfere-se, novamente, o lugar da interpretação, à qual se apresenta um novo horizonte, para além da literalidade dos textos legais.

E já no século XX, portanto, também o movimento do direito livre vem reforçar a crítica ao formalismo e à aplicação silogística do direito.

A expressão “movimento do direito livre” aparece pela primeira vez em uma conferência de Eugen Ehrlich, em 1903, considerado, ao lado de Hermann Kantorowicz (1877-1940), um dos seus principais expoentes. Sob o pseudônimo de Gnaeus Flavius, Kantorowicz escreveu o manifesto da escola do direito livre: *A Luta pela Ciência do Direito*, publicado em 1906. Já Eugen Ehrlich foi talvez um dos primeiros juristas a se dedicar ao estudo de temas específicos da sociologia jurídica, criando a expressão que nomina o movimento para se referir a juristas que investigavam o direito como um fenômeno social.

O movimento para o direito livre buscava solucionar o problema das lacunas, autorizando o julgador a buscar fora do direito positivo a solução do caso concreto e apostando, assim, na criação jurisprudencial do direito.

Destarte, o movimento é contrário ao sistema, por considerar que este último vincula o juiz a um mundo que já não existe; em contrapartida, pressupõe a sistematicidade do direito porque é precisamente dela que pretende se distanciar. “Enquanto a atividade da ciência jurídica do século XIX consistiria na construção do sistema, apertando os nós de uma rede que recolhesse todo o direito, o objetivo do movimento crítico do século XX era afrouxar tais nós” (LOSANO, 2010. p. 158).

Acerca do surgimento e da confluência (a ponto de se apontar uma como ala moderada da outra) dessas duas correntes que se voltam contra o formalismo e, especialmente, contra a jurisprudência dos conceitos, as lições de Losano são esclarecedoras:

A crítica de Jhering à “jurisprudência dos conceitos” – ou seja, à jurisprudência sistemática de origem pandectista – foi continuada pela jurisprudência dos interesses e pelo Movimento do Direito Livre. Essas duas correntes doutrinárias se exaurem por volta da mesma época, que para ambas cai nos anos imediatamente anteriores à Segunda Guerra Mundial. Seus inícios, porém, foram distintos. Essa visão crítica do

direito tradicional se manifestou ao final do século XIX como uma única corrente de pensamento, mas já em 1905 se dividiu em dois setores, diversos entre si mais pelo tom que pela substância. **De fato, ambos eram caracterizados pela crítica contra o monopólio do Estado na produção do direito e pela convicção de que o juiz desenvolvia uma atividade criadora do direito.** O “Movimento do Direito Livre” ou “jusliberismo” pode ser reconduzido às obras de Hermann Kantorowicz (1877-1940), Ernst Fuchs (1859-1929) e Eugen Ehrlich (1863-1922). Da secessão de 1905 nasce a “jurisprudência dos interesses” nessa, o pensamento do segundo Jhering continua sobretudo nas obras de Philipp Heck (1858-1943) e Max Rümelin (1861-1931). **Nem sempre é fácil distinguir as duas correntes: seus pensamentos fundamentais são os mesmos, suas diferenças são muitas vezes de natureza mais polêmica que conceitual e, enfim, seus autores se movem ao mesmo tempo e no mesmo espaço. A jurisprudência dos interesses pode ser considerada a ala mais moderada do Movimento do Direito Livre (2010. p. 149). [grifei]**

A marcha no século XX, em vista disso, segue em direção oposta, no sentido de desconstrução das estruturas e sistemas formalistas dos movimentos anteriores, liberando o intérprete das amarras que os circunscreviam aos estreitos limites textuais traçados pelo legislador. O lugar da interpretação é privilegiado.

5 Realismo jurídico – aproximações com os movimentos libertários

O realismo jurídico surge nos Estados Unidos e em países escandinavos. Nos Estados Unidos, ganha força, principalmente, com Oliver W. Holmes (1841-1935), Roscoe Pound (1870-1964), Benjamin Cardozo (1870-1938), Karl Llewellyn (1893-1962), Felix Cohen (1907-1953) e Jerome Frank (1889-1957). Nos países escandinavos, a corrente é exaltada por Axel Hägerström (1868-1939), Vilhelm Lundstedt (1882-1955), Karl Olivecrona (1897-1980) e Alf Ross (1899-1979), este último bastante difundido no Brasil. Em linhas gerais, trata-se “de uma corrente jurídica sociológica que se difere tanto do formalismo jurídico como das correntes jus naturalistas e axiológicas” (ROCHA, 2009. p. 21).

Na verdade, tão logo o direito foi formulado em normas gerais, a decisão de cada caso, a passagem da norma geral à sentença individual, torna-se um dos problemas centrais da ciência jurídica. Para os juristas do começo do século XIX, como se viu, a lógica era o principal instrumento para a interpretação de uma norma. Contudo, já no final do século recrudescer-se a contrariedade ao sistema, devido ao entendimento, dentre outras razões, de que o agir humano não pode ser reduzido à lógica e à razão. Afirma-se, a partir daí, o mencionado primado da vontade e, quando isso ocorre, a relação entre a norma geral e a sentença assume um aspecto completamente diferente: a decisão do caso concreto depende muito mais da vontade do juiz do que das racionais leis da lógica (LOSANO, 2010. p. 142-143).

Apesar de carecer de uma uniformidade diante de suas diversas correntes, é possível apontar uma unidade no que diz respeito ao realismo: a ideia de se buscar o direito não nas normas positivas, mas nas decisões das cortes. Nesse sentido, afirma-se que o realismo não deixa de ser positivista, na medida em que pretende um conhecimento científico e não axiológico do direito, embora instaure uma espécie de positivismo sociológico que o afasta das correntes formalistas legalistas (antiformalismo). O realismo americano, especificamente, “tinha grande foco na indeterminação legal, a qual levaria a uma possibilidade de que decisões diversas se fundamentassem em um mesmo diploma normativo.” Daí o entendimento de que “as decisões seriam influenciadas mais pelos fatos envolvidos na contenda do que propriamente nas leis evocadas pelas partes” (ROCHA, 2009. p. 21).

Essa breve referência que se pretendeu fazer ao realismo jurídico foi devida a sua aproximação com os movimentos libertários, que ocorre no ponto em que os realistas se interessam, mais do que qualquer outra coisa, pela atividade do juiz, já que, segundo eles, o direito se extrai das sentenças. Trata-se, também, do abandono a visões sistemáticas (LOSANO, 2010. p. 144).

6 O retorno do formalismo (ainda) no século XX (?) - o positivismo normativista de Hans Kelsen

O positivismo jurídico e sua relação com Hans Kelsen (1881-1973), jurista e filósofo austríaco dos mais importantes do século XX, sem sombra de dúvida renderia (como já rendeu e até hoje rende), por si só, monografias inteiras. Por isso a sua singela referência nestas páginas não tem qualquer pretensão de aprofundamento de suas ideias; o fato é que, concordando ou não (e a chama da polêmica persiste acesa), não se pode deixar de mencionar algumas construções kelseniana que atravessa(ra)m os séculos e chega(ra)m com força à contemporaneidade.

É no contexto marcado, de um lado, pela pretensão de objetividade e cientificidade do Direito (especialmente tendo em vista o antiformalismo das escolas que povoaram o século XIX e o começo do século XX) e, de outro, pelos anseios (sobretudo burgueses) de segurança jurídica, que eclode a teoria positivista, a qual terá como um de seus principais expoentes Hans Kelsen, no início do século XX.

Muito embora não se desconheça a riqueza e a importância da obra de Kelsen e sua inequívoca contribuição para a conformação dos ordenamentos jurídicos, especialmente, ocidentais, qualquer análise mais extensa e aprofundada acerca da sua teoria e do próprio

positivismo jurídico transbordará os propósitos do presente estudo, conforme já ressaltado. De qualquer forma, cumpre a referência (inevitável) de que o jurista austríaco, em especial na sua obra intitulada Teoria Pura do Direito, empenha-se, basicamente, em garantir a construção do direito como uma ciência autônoma, que se distingue e não depende e não se confunde, necessariamente, com as demais (KELSEN, 1998). Kelsen, por meio de uma estruturação piramidal e hierárquica do ordenamento jurídico, a estabelece como critério (positivista – para fugir de qualquer outra justificação para o Direito) de juridicidade e de validade. No sentido jurídico positivo, fonte do direito só pode ser o direito, ou seja, o fundamento de validade de uma norma válida somente pode ser outra norma válida, de onde se fala que o positivismo inaugura a noção de autoprodução do direito (BARZOTTO, 1999. p.13-71).

Nesse sentido, Streck esclarece que o principal objetivo de Kelsen era

reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e à Escola do Direito Livre – que favoreciam, sobremaneira, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito. Isso é feito por Kelsen a partir de uma radical constatação: o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático. Desse modo, temos aqui uma ênfase na semântica. Portanto, Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, ao nível da ‘aplicação’. **Com isso o positivismo fortalece como nunca a ideia de discricionariedade (arbítrio) judicial** (2010. p. 85-87). [grifei]

Na verdade, há que se estabelecer (e esclarecer) pelo menos dois marcos do positivismo jurídico: o seu momento primitivo, conhecido por positivismo exegético, superado por um segundo momento, conhecido por normativista (esse sim, o de Kelsen). A principal característica desse “primeiro” positivismo é a realização de uma análise sintática, de modo que a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem o Código seria suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Nesse momento vige a ideia do “juiz como a boca da lei”, que foi superada já pelo próprio Kelsen, cujo positivismo normativista propõe o aperfeiçoamento desse “rigor” lógico do trabalho científico (STRECK, 2010. p. 85-87).

Essa distinção é considerada fundamental para a compreensão do positivismo que se desenvolveu no século XX, um positivismo normativista que abandona o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da “aplicação”. O positivismo exegético, legalista, primitivo, que encontra fundamento na jurisprudência dos conceitos, na Alemanha, e na escola da exegese, na França, foi superado pelo próprio Kelsen, embora até hoje se

atribua a ele (“maldição” de sua tese) a ideia de que o juiz deve fazer uma interpretação “pura da lei” (STRECK, 2010. p. 87).

A abordagem dos problemas dessa teoria excede os limites e a proposta do presente trabalho, todavia, especialmente considerando a persistência de defensores (e práticas) das (arriscadas) teses positivistas, cumpre destacar a crítica feita por Streck², conhecido e consagrado por sua verdadeira cruzada contra a discricionariedade (e, corolário, arbitrariedade) positivista:

Com efeito, se, de um lado, os juízes ainda acreditam na possibilidade da busca da verdade real (*sic*), como se existissem essências (ontologia substancialista clássica), de outro, tomam para si a condução da prova no processo, como se a produção da prova pudesse ser gerida a partir de sua consciência (filosofia da consciência, em que o sujeito “constrói” o objeto, mediante leis gerais do “espírito”). Ora, por trás desse “vício de origem” da “metodologia do direito” está a velha discricionariedade (espaço ocupado pela razão prática nos “casos” de insuficiência da “plenitude” da razão teórica), que, não por acaso, *é o que sustenta o principal inimigo do direito democrático: o positivismo jurídico* (STRECK, 2010. p. 57). [grifo original]

Em síntese, o “lugar” da interpretação nesse positivismo jurídico do século XX, na contramão das equivocadas críticas por vezes feitas à suposta limitação da atividade interpretativa à literalidade, é tão perigoso quanto, pois situado no âmbito da discricionariedade do julgador, sem mecanismos para impedi-lo de transformá-la em arbitrariedade.

7 O mundo não poderia ser o mesmo depois da Segunda Guerra: jurisprudência dos valores e o(s) problema(s) da interpretação que parte(m) daí e chega(m) ao século XXI

O positivismo que marcou as primeiras décadas do século XX não resistiu à Segunda Guerra Mundial ([1939-1945](#)).

A derrocada do positivismo jurídico³ coincide com o surgimento do Estado Democrático de Direito, no segundo pós-guerra, período em que também são fortalecidos os

² Recomenda-se, para aprofundar os temas aqui tratados: STRECK, 2011.

³ A exclusão do positivismo jurídico como perspectiva adequada do pensamento jurídico não significa, contudo, o não-reconhecimento do direito positivo como o modo de ser do Direito. O positivismo traduz uma certa índole do pensamento jurídico, ou uma certa forma de considerar o Direito e a posição do jurista perante ele. Já o Direito positivo tem a ver com o modo de existência do Direito. A confusão dos dois conceitos tem um explicação sobretudo histórica: foi com o reconhecimento exclusivo do Direito positivo contra o jusnaturalismo, na teoria das fontes e no problema do ser do Direito, que o positivismo jurídico começou a sustentar seu positivismo epistemológico-metodológico. Mas aquele reconhecimento do Direito positivo não implica este positivismo, antes pode ser acompanhado do seu repúdio. STRECK, 2002. p. 29-30.

direitos fundamentais e a Constituição, a qual tem atribuída a característica de superioridade no ordenamento jurídico, além de reconhecida a sua normatividade.

Por pregar a aceitação do direito que vinha do Estado independentemente do seu conteúdo e por ter sido, assim, completamente ineficaz contra os horrores que foram perpetrados no período bélico, a tese da indiferença ao conteúdo característica do positivismo jurídico já não podia ser aceita (LOSANO, 2010. p. 244-245).

Daí que os teóricos jurídicos se voltam para o desenvolvimento de uma teoria que superasse o positivismo jurídico “avalorativo”, exatamente mediante a busca de justificação da validade das normas em valores superiores ao direito positivo. Como consequência de uma teoria jurídica voltada à realização de valores tem-se a modificação na própria forma de legislar, impondo-se uma maior abertura dos textos legais e a delegação de maior atribuição ao julgador para ponderar referidos valores em cada caso concreto. Esse é o cerne da jurisprudência dos valores que floresceu na Alemanha em meados do século XX, tornando necessária a ponderação de valores extrajurídicos na medida em que preconiza que a interpretação jurídica não se limita ao direito positivo (ROCHA, 2009. p. 47-48).

Como sublinha Larenz, a passagem a uma jurisprudência de valoração diz respeito “ao reconhecimento de valores ou critérios de valoração ‘supralegais’ ou ‘pré-positivos’ que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições” (LARENZ, 1997. p. 167).

Mas, diferentemente do jusnaturalismo tradicional, “a jurisprudência dos valores não se refere a um valor considerado predominante ou absoluto e preceptivamente indicado aos juristas, mas aos numerosos valores que, em abstrato, podem ser o fundamento do direito” (LOSANO, 2010. p. 249).

Além disso, “a *Jurisprudência dos Valores* serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949”:

Com efeito, nos anos que sucederam à consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a *valores* aparece, assim, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada (STRECK, 2011. p. 48).

Afirma-se, ainda, que a jurisprudência dos valores completa a jurisprudência dos interesses, no sentido de que esta, quando não consegue identificar o interesse que

historicamente moveu o legislador, não aponta o método de que poderia dispor o intérprete para prosseguir na sua atividade. A jurisprudência dos valores, diferentemente, “pretende indicar qual é a origem dos valores que guiam a decisão do juiz quando a norma positiva não lhe oferece critérios suficientes para avaliar o caso concreto”. Esse é o limite real entre ambas (superado muitas vezes pelo juiz moderno, mesmo sem a “solução” na jurisprudência dos interesses, diante da sua obrigatoriedade de decidir o caso) (LOSANO, 2010. p. 252).

Até hoje, de certo modo, é possível afirmar que a jurisprudência dos valores é preponderante no Tribunal Constitucional Alemão, tendo influenciado, na verdade, toda a formatação da teoria constitucional contemporânea, por exemplo, em Portugal, na Espanha e, ao que mais interessa ao presente trabalho, no Brasil. O grande problema é que aqui, os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades em questão, recepcionando a tese de maneira equivocada. Com clareza, Streck assinala que os teóricos brasileiros tomaram da jurisprudência dos valores a sua tese central, qual seja, “a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores.” Um dos modos mais difundidos dessa recepção é devido a um segundo equívoco, relativamente à leitura que se faz, em *terrae brasilis*, da teoria da argumentação de Robert Alexy. O resultado dessa mixagem é desastroso, permitindo que os juízes, sob o pretexto de ponderar tais valores, reanimem a “velha” discricionariedade (STRECK, 2011. p. 50-51).

Aí qualquer semelhança com o psicologismo, com o sujeito que extraia o sentido do objeto/texto, talvez não seja mera coincidência.

O contexto pós-segunda grande guerra, de modo geral, é o ponto de partida do que se habitou a chamar de neoconstitucionalismo. Apesar de se tratar de uma designação ampla, de contemplar um ideário relativamente difuso e de não encontrar na doutrina um conceito uníssono, algumas características são indissociáveis desse aporte teórico.

A reformulação da visão acerca das Constituições, por exemplo, recrudescidas enquanto documentos jurídico-políticos e, sobretudo, enquanto guardiãs dos mais caros valores da sociedade que constituem, dentre os quais a dignidade da pessoa humana, consagrada na formação dos Estados Democráticos de Direito.

Enfim, riquíssima é essa história e seu legado. Mas dentre essas novas perspectivas que se apresentam em meados do século XX, velhas dúvidas e discussões persistem quanto ao lugar da interpretação no direito. Uma das novidades que se seguem a esse quadro, o denominado ativismo judicial, seja talvez o debate mais polêmico em termos de Constitucionalismo Contemporâneo, pelo menos no Brasil.

No que consiste esse emaranhado de novos conceitos e concepções que chega com força ao século XXI, o que é, afinal, neoconstitucionalismo, ativismo judicial, e qual o lugar da interpretação no direito diante de tudo isso? São esses questionamentos que moverão, certamente, pesquisas futuras.

8 Conclusão

A visão que se tem hoje acerca das questões abordadas neste trabalho, destacadamente as noções de hermenêutica, interpretação, linguagem e Constitucionalismo, variou bastante no curso do tempo e da história. Daí que, inicialmente, se pretendeu investigar a passagem da hermenêutica de tradição clássica, entendida como arte de interpretação, em especial, de textos sagrados, para uma compreensão diferente, de índole filosófica.

Também se constatou que em distintos períodos e Escolas, a interpretação ocupou diferentes “espaços”, alguns tímidos, reduzidos, como na jurisprudência dos conceitos (Alemanha, século XIX) e na Escola da Exegese (França); outro, porém, de amplo destaque e liberdade, a ponto de ser confundida com vontade nos chamados movimentos libertários (jurisprudência dos interesses e movimento do direito livre - entre o final do século XIX e o início do século XX), aos quais, aliás, se podem constatar pontos de intersecção como o realismo jurídico, desenvolvido no contexto norte-americano e nos países escandinavos, interessado, mais do que qualquer outra coisa, pela atividade do juiz, já que, segundo os realistas, o direito se extrai das sentenças – abandonando, também, portanto, as visões sistemáticas.

Em reação a todo esse antiformalismo das escolas que povoaram o século XIX e o começo do século XX, viu-se florescer a teoria positivista, cujo um dos principais expoentes, Hans Kelsen, dispensa justificações de importância e influência. Em sua obra mais famosa, a Teoria Pura do Direito, Kelsen empenha-se em fazer do direito uma ciência autônoma, preocupado em reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas já que assistia ao esmorecimento do rigor jurídico promovido pelos movimentos anteriores. O grande problema é o positivismo normativista kelseniano abandona o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da “aplicação”, abrindo espaço para uma discricionariedade judicial incontrolável, que constitui, até hoje, um dos maiores inimigos do direito que se pretende democrático.

A derrocada do positivismo jurídico coincide com o surgimento do Estado Democrático de Direito, no segundo pós-guerra, a partir da recusa à tese preconizada por essa

corrente, de aceitação do direito que vinha do Estado independentemente do seu conteúdo. Em sentido oposto, os teóricos jurídicos se voltam para o desenvolvimento de uma teoria que se baseasse em valores superiores ao direito positivo, advindo daí a jurisprudência dos valores (Alemanha, meados do século XX), tornando necessária a ponderação de valores extrajurídicos, pois a interpretação jurídica já não se limita ao direito positivo.

Ocorre que a sua recepção equivocada, ao lado de outras, aqui no Brasil, tem gerado um quadro perturbador de decisionismos, reanimando justamente o postulado positivista da discricionariedade que tanto se combateu.

As versões e confusões acerca desse ideário que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo (mesmo em tempos de viragem hermenêutica, após o giro ontológico que rompeu com os antigos paradigmas metodológicos, presos ao ultrapassado esquema sujeito-objeto, e que reconhece à hermenêutica uma dimensão produtiva) precisam ser examinadas com cuidado, já que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm dado alguns passos rumo ao passado, reanimando postulados positivistas e apostando naquilo que é uma de suas principais características: a discricionariedade judicial. Essa análise, contudo, precisará de outro espaço.

9 Referências

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BORNHEIM, Gerd Alberto. *Aspectos filosóficos do romantismo*. Cadernos do Rio Grande VIII. Instituto Estadual do Livro. Porto Alegre: 1956.

BRAIDA, Celso. Apresentação da obra. In: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica – arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braida. 8. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universitária São Francisco, 2010.

DILTHEY, Wilhelm. O surgimento da Hermenêutica (1900). *Numen*. Juiz de Fora, v. 1. n. 1, 2010, p. 11-32. Disponível em: <<http://www.editoraufjf.com.br/revista/index.php>>. Acesso em: 08 Jul. 2012. p. 16. Tradução do original: DILTHEY, Wilhelm, *Die Entstehung der Hermeneutik* (1900), in: *Gesammelte Schriften*, v. 5, 2. Aufl., Stuttgart : B. G. Teubner; Gottingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 1957, p. 317-38.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. 2. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco: 2002.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

_____. Introdução. *10 palavras chave em hermenêutica filosófica*. Estella (Navarra): Verbo divino, 2006.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; ACEDER, W. (UFRGS.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no Direito*. V. 2. O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PONDÉ, Luiz Felipe. *Guia politicamente incorreto da filosofia*. Ensaio de ironia. São Paulo: Leya, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Sérgio André. Evolução histórica da teoria hermenêutica: do formalismo do século XIX ao pós-positivismo. *Lex Humana*. Revista da Universidade Católica de Petrópolis. Petrópolis. n.1, 2009. Disponível em: <<http://www.ucp.br/html/joomlaBR/lexhumana/lex>>. Acesso em: 24 Julho 2012.

ROHDEN, Luiz. Hermenêutica metodológica e hermenêutica filosófica. *Filosofia UNISINOS*. Centro de ciências humanas. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. – v. 4, n. 6. – São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica – arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universitária São Francisco, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.