

LINGUAGEM, HISTORICIDADE E HERMENÊUTICA JURÍDICA: O PAPEL DO INTÉRPRETE NA CORRETA APLICAÇÃO DA NORMA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

LANGUAGE, HISTORICITY AND LEGAL HERMENEUTICS: THE ROLE OF THE INTERPRETER IN THE CORRECT APPLICATION OF THE NORM IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Denise Tatiane Girardon dos Santos

Universidade de Cruz Alta, Cruz Alta, RS, Brasil

Isadora Wayhs Cadore Virgolin

Universidade de Cruz Alta, Cruz Alta, RS, Brasil

Rafael Vieira de Mello Lopes

Universidade de Cruz Alta, Cruz Alta, RS, Brasil

DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/missioneira.v26i1.1881> Recebido em: 28.09.2023 Aceito em: 17/12.2023

Resumo: O objetivo deste artigo é abordar a importância da interpretação e da aplicação da lei, pela perspectiva da Hermenêutica Filosófica, para a realização do paradigma do Estado Democrático de Direito. Metodologicamente, a pesquisa é dedutiva, com análise exploratória, descritiva e qualitativa; a técnica é a pesquisa bibliográfica, com destaque para Heidegger, Gadamer, Kelsen, enquanto teóricos hermenêuticos, e Streck na discussão do contexto brasileiro. Conclui-se que a atuação do Poder Judiciário, destacadamente, na aplicação da lei, deve estar atrelada ao sentido da *lei em si mesma*, elaborada em determinado contexto, período histórico e sociedade, sob pena de, em caso de interpretação extrapolativa, ultrapassar os limites constitucionais da própria atuação judiciária.

Palavras-chave: Linguagem e Hermenêutica. Interpretação normativa. Estado Democrático de Direito. Solipsismo judicial.

Abstract: The aim of this article is to address the importance of the interpretation and application of the law, from the perspective of Philosophical Hermeneutics, for the realization of the paradigm of the Democratic Rule of Law. Methodologically, the research is deductive, with exploratory, descriptive and qualitative analysis; the technique is bibliographical research, with emphasis on Heidegger, Gadamer, Kelsen, as hermeneutic theorists, and Streck in the discussion of the Brazilian context. The conclusion is that the actions of the Judiciary, especially in the application of the law, must be linked to the meaning of the law itself, elaborated in a certain context, historical period and society, under penalty of, in the case of extrapolative interpretation, exceeding the constitutional limits of judicial action itself.

Keywords: Language and Hermeneutics. Normative interpretation. Democratic rule of law. Judicial solipsismo.



1 Introdução

O Estado Democrático de Direito é a forma de Estado em que a legitimidade advém da vontade do povo, pela maioria, de modo igualitário. A representatividade está inserta, sobretudo, pelo Poder Legislativo, na atividade legislativa, que deve observar o comando constitucional, sob pena de ilegítimas, no sentido de não cumprirem com a vontade democrática. O Poder Executivo, por sua vez, é incumbido a materialização das previsões formais, sobretudo, por intermédio de ações afirmativas.

A atividade típica do Poder Judiciário é a interpretação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil (CRFB) e leis infraconstitucionais, para correção de conduta irregular, tipificada ou maléfica - para o Estado ou para a sociedade. O papel do intérprete da lei é analisar e compreender a lei e sua correta aplicação aos casos concretos, de acordo com as premissas do Estado Democrático de Direito. As normas, os textos, adquirem consistência, validade, ao serem aplicadas, e, por isso, devem ser analisadas sob a óptica da democracia e dos direitos fundamentais, sob pena de risco à legitimidade das decisões e do próprio Estado, pela inobservância da vontade do povo, manifestada normativamente.

O objetivo deste artigo é abordar como o solipsismo pode ser gravoso ao Estado Democrático de Direito, ante a inobservância do que foi considerado mais adequado, manifestado nas leis, redigidas pelos representantes do povo. Ao se aplicar um entendimento sem coerência e vinculação à lei, não há integridade e legitimação, que coloca em xeque a pretensão da sociedade ao qual o Poder Judiciário se reporta, e, ao invés da fortificação da democracia, há o seu *apequenamento*, com a não observância dos direitos fundamentais, que todos, indistintamente, devem ter reconhecidos.

Para a elaboração da pesquisa, o método utilizado é o dedutivo, a partir de análise exploratória, descritiva e qualitativa. Em relação aos procedimentos de coleta de dados, parte-se da pesquisa bibliográfica, com suporte nas teorias de Heidegger, para tratar, na seção 1, sobre a coerência e o sentido das normas ante a historicidade e o contexto de sua aplicação; de Gadamer, no sentido de situar o autor, o leitor e a compreensão por meio da linguagem, constituída na temporalidade, correspondente à seção 2 e, por fim, em Kelsen, enquanto teórico da compreensão, interpretação e aplicação do direito ante os sentidos que carrega, apresentado na seção 3.

2 Perspectiva heideggeriana de interpretação da lei no Estado Democrático de Direito

A interpretação pressupõe uma forma de realização da vida humana social, pois propende o diálogo, à interação, e o Estado Democrático de Direito, sob essa perspectiva, visa à harmonia de decisões democráticas, em observância à CRFB. O Poder Judiciário, por meio de uma interpretação coerente e vinculada das normas, contribui para a efetivação dos direitos fundamentais, sob pena enfraquecimento da democracia ante a ilegitimidade dos atos decisórios. Nesse aspecto, a Hermenêutica Filosófica apresenta-se como importante instrumento de interpretação normativa, motivo pelo qual, nesta seção, serão apresentados seus principais teóricos e conceitos.

Para Heidegger (2012), com a Filosofia ocidental, houve um esquecimento do ser (então, tratado com bastante interesse pelos pré-socráticos), sob uma diferenciação ontológica.

A Modernidade marcou o processo de entificação do ser, ou seja, a técnica passou a dominar a natureza, o mundo e o próprio ser, que foram considerados como objetos, possíveis de serem manipulados e explorados.

Na *recuperação* do ser, Heidegger considerou o fator da temporalidade, na procura do sentido, do fundamento, analisando a necessidade, a estrutura e o primado do *ser*. Entendia que Platão e Aristóteles e os estudos *ser* foram superados/esquecidos pela Metafísica, fato que iniciou um processo de superficialidade da compreensão do ser e de sua definição (HEIDEGGER, 2012).

Ao tratar da estrutura formal do *ser*, Heidegger (2012, p. 31) questionou o sentido que *este* deveria adotar, pelo processo de evidenciar os elementos que o compõe elementarmente (sentido formal), de forma privilegiada e límpida. Logo, deveria ser questionado, interrogado e perguntado, pois

[...] uma investigação sobre o sentido do ser não pode pretender dar este esclarecimento em seu início. A interpretação dessa compreensão mediana do ser só pode conquistar um fio condutor com a elaboração do conceito de ser. É a partir da claridade do conceito e dos modos de compreensão explícita nela inerentes que se deverá decidir o que significa essa compreensão do ser obscura e ainda não esclarecida e quais espécies de obscurecimento ou impedimento são possíveis e necessários para um esclarecimento explícito do sentido do ser.

Ao se questionar o que é o *ser*, busca-se uma definição conceitual, considerada, por Heidegger, como mediana, vaga e insuficiente para defini-lo em completude. Possivelmente, tal limitação perceptiva e significativa tenha origem nas teorias tradicionais e opinativas, que o cercaram em um espaço incapaz de representá-lo e esclarecê-lo (HEIDEGGER, 2012).

Para tanto, o *questionado* da questão é o ser; o *perguntado*, o sentido do ser e o *interrogado*, o ente, mas, “[...] para se poder apreender sem falsificações os caracteres de seu ser, o ente já deve se ter feito acessível antes, tal como é em si mesmo”, nas palavras de Heidegger (2012, p. 32). Logo, qual seria o ponto de partida para se entender que somente um ente possui atitudes capazes de constituir questionamentos, ou seja, “[...] daquele ente que nós mesmos, os que questionam, sempre somos [...]. Esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu se a possibilidade de questionar, nós o designamos como o termo *pre-sença*” (2012, p. 33). Assim, o *pre-sença* é aquele que tem a capacidade de trazer o sentido aos questionamentos sobre o ser.

A aplicação dessa interpretação no sistema normativo deve considerar o todo (CRFB e normas infraconstitucionais), até para facilitar a verificação da coerência entre a edição de normas que, por ventura, não estejam embasadas no entendimento do Poder Constituinte. Também, a análise necessita de um sentido histórico, uma delimitação de espaço-tempo para se obter sentido, como destaca Streck (2008, p. 290):

Há que se ter claro que isso nos é imposto pela historicidade do sentido. Qualquer tentativa formal explicitadora de uma área do Direito implica, tacitamente, na discussão das condições de historicidade do perfil dessa área. Nessa direção apontam as presentes análises. Elas não se voltam contra aquilo que é desenvolvido no cotidiano da racionalidade jurídica, mas apontam, fundamentalmente, para um lugar que essa racionalidade pode silenciar, mas do qual ela se alimenta.

Questionamentos, como “afinal, somos juristas para quê? Fazemos Direito para quem? Qual a função da justiça constitucional (enfim, do Poder Judiciário)?”, propostos por Streck

(2008, p. 290), devem ser baseados na natureza e no objeto do Estado Democrático de Direito, nos direitos fundamentais que, por sua vez, somente são garantidos a partir da garantia do devido processo legal.

Os questionamentos, em relação ao ser, devem possuir uma definição de função, propósito e motivações, dada a sua primacial importância e, sobretudo, a ausência de uma resposta específica e abrangente. Não é adequado se perguntar com base na universalidade dos entes, ou seja, de modo tradicional, pois o *ser* deve ser interpretado a partir de determinados setores de objetos, como a temporalidade, a historicidade, a natureza, o espaço, a vida, justamente, porque vive em regiões que apresentam essa diversidade (HEIDEGGER, 2012).

Os objetos da pesquisa (científica) determinam setores, por meio de um levantamento prévio; contudo, não são suficientes para a abordagem do ser em relação às suas estruturas e fundamentos, como nas experiências e interpretações pré-científicas. A própria evolução científica acontece com base na revisão dos conceitos de fundamentos, e o nível da ciência relaciona-se com sua capacidade de responder, objetivamente, às perguntas postas, uma vez que esses conceitos fundamentais, para Heidegger (2012, p. 36) “[...] só alcançam verdadeira legitimidade e ‘fundamentação’ mediante uma investigação prévia que corresponda propriamente ao respectivo setor”.

Quanto à norma e sua interpretação, citam-se modelos, como a *common law* inglesa, que continua a prescindir de positividade, a par de um sistema jurídico fundado no consenso público. Na Inglaterra, os juízes têm a características de serem incorruptíveis, o caráter público da administração de Justiça é diferente, mas o caráter democrático dos órgãos elevados ainda é pendente. Os Estados Unidos, onde vige a *civil law*, possuem uma Justiça mais democrática, com práticas mais simplificadas e acesso mais facilitado (CAENEGEM, 2010).

Ao se analisar os sistemas jurídicos estrangeiros, sob o prisma normativo brasileiro, ressalta-se o entendimento de *positivismo*, que, para Streck (2010, p. 160), é uma forma de interpretação, considerando-se a realidade e a historicidade dos fatos, a cientificidade do experimento:

O positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O ‘positivo’ a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo os fatos (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de ‘empirismo lógico’). Evidentemente, fatos, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento.

Heidegger entende que deve haver um fio condutor nas pesquisas, e que a fundamentação das Ciências se dá de forma lógica produtiva, que antecipa determinados do ser, vinculando a constituição ontológica com as ciências positivas, possibilitando que estas possam servir como estruturas, enquanto perspectivas de questionamento. Ao se considerar o sentido para se questionar e buscar respostas para o ser e os entes, deve-se manter a clareza do propósito, dado que toda ontologia deve ter, como pressuposto fundamental, a busca pelo sentido do ser (HEIDEGGER, 2012).

Ao tratar do primado ôntico da questão do ser, o Heidegger (2012, p. 38) destaca que a “[...] pre-sença não é apenas um ente que ocorre entre outros entes. Ao contrário, do ponto de vista ôntico, ela se distingue pelo privilégio de, e, seu ser, isto é, sendo, estar em jogo seu próprio ser. [...] a pre-sença se compreende em seu ser, isto é, sendo”. A *pre-sença* possui modos

de ver diferentes dos utilizados pela investigação científica, que não é a única possibilidade de investigação, pois a pre-sença aloca-se em seu próprio ser e, assim, se manifesta no mundo.

A compreensão do ser determina o ser da pre-sença, e o diferencial ôntico desta é uma ontologia do seu ser. Ao ser ontológico, resta clara a insuficiência do questionamento explícito, pois o ser da pre-sença é pré-ontológico, tem (e deve considerar-lhe e dar-lhe) sentido. Não se trata de ser um ente, mas, sim, de ser o modo de compreensão do ser, que não é, apenas, como sujeito, pois o relaciona no tempo e no espaço, já que as condutas nem sempre são dotadas de consciência plena. O sentido do ser está contido em sua própria existência, ou seja, no fato de “[...] sua essência reside, ao contrário, no fato de dever sempre assumir o próprio ser como seu, escolheu-se o termo pre-sença para designá-lo enquanto pura expressão do ser”, conforme Heidegger (2012, p. 39).

Uma das características essenciais da pre-sença é um ser no mundo, porque, nesse espaço, os entes se tornam acessíveis, viabilizando sua compreensão. Logo, os primados da pre-sença são o ôntico, o ontológico e o ôntico-ontológico, motivo pelo qual o ente deve ser, primeiro, interrogado, viabilizando a prática analítica existencial, com raízes ônticas. Nessa linha, o Heidegger (2012, p. 40) define o primado ôntico da questão do ser, pois este responde a uma tendência ontológica essencial a partir do momento em que se questiona sobre o sentido pré-ontológico do ser: “é por isso que se deve procurar, na analítica existencial da pre-sença, a ontologia fundamental de onde todas as demais podem originar-se”.

Em Gadamer, a Hermenêutica Filosófica permite a interpretação contínua, não fragmentada em momentos. O próprio processo de compreensão é visto sob um viés filosófico, porque a consciência humana agrega elementos da autoridade e da tradição, fontes da pré-compreensão. Ao se verificar essa acepção em relação à interpretação jurídica dos fatos e da aplicação do Direito, Streck (2010, p. 162) preocupa-se com a força da democracia no Brasil, pois, “[...] a hermenêutica filosófica vem para romper com a relação sujeito-objeto [...], coloca em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento. E isso tem consequências. Sérias”, o que não pode ser ignorado pelos/as juristas.

O Estado Democrático de Direito é um paradigma, no qual se afirmam os direitos fundamentais constitucionalmente. A CRFB e o arcabouço jurídico têm autonomia, e sua interpretação, ou seja, os julgamentos, devem atender à positivação da norma, à sua vontade posta, e não a relegar em favor do entendimento subjetivo dos/as aplicadores/as do Direito, como explica Streck (2010, 2008, p. 163):

Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis. Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional (compromissório e dirigente), o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m.

A autonomia é a possibilidade de existir, e a validade ser reconhecida e respeitada, sob pena de um *apequenamento da democracia*. A vontade, manifestada pelo povo, por meio do Poder Constituinte, fica relegada ao entendimento subjetivo do aplicador da lei, em detrimento à conformação do legislador, “[...] através de textos constitucionais cada vez mais analíticos e com ampla previsão de acesso à jurisdição constitucional, portanto, de amplo controle de

constitucionalidade”, destaca Streck (2010, p. 164).

No Brasil, pelo histórico de exploração colonial, escravista e de desigualdades ainda não superadas, o Poder Judiciário apresenta-se como elemento de concretização dos direitos sociais, previstos e não realizados. O *problema* da fortificação do Judiciário, no sentido de certa *autonomia* das decisões em relação às normas constitucional e infraconstitucionais, como a edição de um número considerável de súmulas vinculantes, que tratam de assuntos relevantes para a democracia, está, justamente, no risco de abalá-la, visto que os entendimentos, nem sempre, refletem o que já está posto na norma. A *juristocracia*, como nomina Streck (2008, p. 289), tem caráter dedutivo, e forma mecanismos vinculatórios com

[...] um nítido caráter metafísico, porque procuram estabelecer categorias fixas para servirem de premissas dedutivistas. São, pois, anti-hermenêuticos, que, a par de se apresentarem como mecanismos de resolução pragmática do problema da funcionalidade do sistema, colocam-se na contramão do acesso à justiça e da realização dos direitos fundamentais, porque escondem o aparecer da singularidade dos casos individuais. O efeito vinculante – sob os diversos matizes – provoca o sequestro da faticidade e da historicidade do Direito.

Ao Poder Judiciário compete aplicar a lei, como preveem os artigos 92 a 126 da CRFB; o artigo 99, por sua vez, assegura autonomia nas searas administrativa e financeira. Ainda que o Estado Democrático de Direito tenha inaugurado um limite mais tênue entre os três Poderes, há um nítido rol de competências de cada um, sendo que, ao Judiciário, compete à aplicação da lei, com limite de interpretação à vontade democrática, insculpida na Constituição, fundamento de sua validade.

3 Interpretação e aplicação correta da norma como fundamento de legitimidade das atividades administrativas do Estado

A palavra *princípio* deriva do Latim, *principium*, e significa suporte, base inicial, origem; bem como, representa ideias fundamentais, valores fundantes da sociedade. Os princípios constitucionais asseguraram estabilidade e continuidade da ordem jurídica, são normas jurídicas estruturais de um dado ordenamento jurídico, sintetizados por Reale (1986, p. 60) como

[...] verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Os princípios podem ser expressos ou implícitos, e, dentre os princípios constitucionais que guiam a aplicação da justiça, elencam-se os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, conforme dispostos no artigo 37 da CRFB. Aos princípios constitucionais, destacadamente, da Administração Pública, consubstanciam-se, segundo Meirelles (2000, p. 81),

[...] em doze regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador: legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. Os cinco primeiros estão expressamente previstos no art. 37, *caput*, da CF de 1988; e os

demais, embora não mencionados, decorrem do nosso regime político [...].

Os princípios da legalidade e da impessoalidade correlacionam, mais diretamente, com a natureza das decisões judiciais, sendo que o primeiro, de forma ampla, assevera que a obrigação de fazer, ou não, algo, ou adotar uma conduta, deve ser em virtude de lei. No Direito Penal, há a garantia de não haver crime, ou pena, sem lei anterior que o defina, conforme disposição do inciso XXXIX do artigo 5º da CRFB (BRASIL, 2024): “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da impessoalidade prevê neutralidade e objetividade do Poder Público, pois o escopo do regime político é o interesse público. A impessoalidade mitiga entendimentos pessoais, particulares, que poderiam ser adotados por aplicadores/as do Direito, que praticam a atividade administrativa. A pessoa política é o Estado, e aquelas que compõem a Administração Pública devem representar o interesse público, manifestado na Constituição. Não são permitidos interesses ou entendimentos pessoais, ou seja, proíbe-se o subjetivismo, como destaca Rocha (1994, p. 150):

[...] a impessoalidade tem como conteúdo jurídico o despojamento da pessoa pública de vontade que lhe seja enxertada pelo agente público, que, se agisse segundo os seus interesses, subjetivamente definidos, jamais alcançaria aquela finalidade, que se põe, objetiva, genérica e publicamente.

A neutralidade e a objetividade alicerçam da legitimidade das atividades administrativas do Estado. Os atos devem ser praticados com finalidade pública, de modo que o/a administrador/a, ou, no caso, o/a aplicador/a da lei não atue de forma a favorecer a si, favorecer ou prejudicar terceiros, ou, simplesmente, aplicar a legislação da forma subjetiva, desvirtuada da legitimidade normativa. A vinculação deve ser baseada no interesse público, sob pena do comprometimento da validade de tais atos.

A autonomia do Direito baseia-se na aplicação correta da norma, pelas atividades do Judiciário, cujo juiz/juíza é o seu/sua intérprete. Interpretar a norma é um processo complexo, que exige um resgate histórico de compreensão do *ser estar* no mundo. Deve-se analisar a forma como acontece a interpretação, para entender o processo, que decorre na aplicação da norma no mundo fático, com resultados negativos ou positivos para as partes, sujeitos dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Gadamer sustentou que se antecipa o sentido ao se constatar a consciência, a finitude e a historicidade do ser humano, e passa a analisar o processo de compreensão, sua condição, a história efetual e o problema da aplicação (GADAMER, 2012). Antes dele, Schleiermacher foi o precursor da Hermenêutica Filosófica ao principiar o estudo dos processos de compreensão de um texto, ao avaliar a gramática, as regras linguísticas (de forma impessoal), com incursão na seara psicológica do autor, na busca de o leitor entender o autor de forma ampla, reproduzindo o ato de criação (SCHLEIERMACHER, 2014).

Heidegger (2012, p. 36) aponta a estrutura ontológica da compreensão como o “[...] movimento de sentido do compreender e do interpretar”, em que a consciência humana ultrapassa o anoso cânone hermenêutico, advindo da retórica, para o qual se deveria compreender o todo em relação às partes, e de forma recíproca também, considerando-se os elementos da autoridade e da tradição, fontes da pré-compreensão. A criação do círculo hermenêutico pressupõe a descrição da compreensão pelo intercâmbio entre os movimentos da tradição e do intérprete: deste, há

uma antecipação de sentido, que direciona a interpretação de um texto, pela comunhão do ser humano com a tradição.

Nesse aspecto, a analítica ontológica da pre-sença é a liberação do horizonte de interpretação do ser, a questão a ser elaborada. Ao ser identificado, o ente deve assumir um papel importante na questão do ser (pre-sença). A partir da existência no mundo, analisa-se pela compreensão ontológica, e compreende-se esse mundo por meio da pre-sença. A análise existencial é o que possibilita uma interpretação, também, existencial, do ser no mundo, a par do conhecimento filosófico, porque verifica o cotidiano, estando a pergunta e a resposta em um mesmo objeto (a pre-sença), mas, ao mesmo tempo, e ambas são incompletas, justamente, pelo caráter provisório, verificado quando se interpretam o sentido do ser (GADAMER, 2012).

A temporalidade representa o sentido da pre-sença, e delimita o horizonte da interpretação e da compreensão do ser, o ritmo, porque o ser deve ser apreendido no tempo, que permite alterações nos vários modos do ser, da forma como ele se mostra, pois, para Gadamer (2012, p. 46), pelo “[...] questionamento explícito da questão sobre o sentido do ser, que e como a problemática central de toda ontologia se funda e lança suas raízes no fenômeno do tempo, desde que se explique e se compreenda devidamente como isso acontece”. A resposta buscada passa pelo critério da temporalidade, a partir de uma investigação ontológica concreta.

Assim, toda investigação, e não, apenas, a que se move no âmbito da questão central do ser, é “[...] uma possibilidade ôntica da pre-sença”, conforme Gadamer (2012, p. 47). O ser possui seu sentido na temporalidade, que lhe dá condição de possibilidade de historicidade. No seu modo de ser, o pre-sença possui uma linha temporal, um passado, que o define, um lugar onde ele *acontece*. A interpretação de si acontece quando se verificam o passado (como ser foi), o presente (como é) e o futuro, as possibilidades do ser, a partir da tradição da interpretação de si mesmo.

A historicidade, portanto, é um elemento essencial da pre-sença, o que determina seu fundamento, sentido, conduzindo à necessidade de apropriação do passado, já marcado pela tradição filosófica da perda da capacidade da pre-sença de guiar-se, de questionar e escolher o caminho a ser seguido. O retorno positivo ao passado deve ser o caminho que proporcionará o sentido, a apropriação produtiva; logo, para Gadamer, (2012, p. 51), é o “[...] fio condutor da questão do ser até se chegar às experiências originárias em que foram obtidas as primeiras determinações do ser que, desde então, tornaram-se decisivas”.

Para Heidegger, não se pode descuidar da ontologia da pre-sença, fundamental para definir o que é uma coisa que pensa e o que é uma coisa criada pelo *criador infinito*, possibilidade tolhida do ser pela Modernidade, porque a Metafísica tradicional desconsidera a compreensão do ser por si mesmo, a partir da temporalidade, por vigor a partir do presente. Por isso, não aplica o fio condutor sem compreender a função ontológica, o fundamento e a possibilidade dessa função, até porque, para Heidegger (2012, p. 56), “só se poderá discutir com seriedade e com resultados positivos essa possibilidade depois de se ter redespertado o interesse pela questão do ser e de se ter alcançado um campo de discussão”.

Por sua vez, Gadamer (2012) considerou a historicidade, decorrente do tempo, que implica, diretamente, na razão, pela formação histórica. A compreensão está inserida nessa seara, estudada de forma preliminar, sem a preocupação em estabelecer uma teoria de uso prático, pois a compreensão representa, ontologicamente, a existência do indivíduo.

Ao analisar os preconceitos como condição da compreensão, Gadamer entendeu que são juízos prévios não definitivos, e considerou o Iluminismo como momento em que os preconceitos formaram obstáculos do conhecimento, pois não poderiam ser analisados sob a óptica da razão, porque a verdade deveria advir de uma certeza, nascida do exercício racional metodológico. Os preconceitos impediam a plena formação da razão, motivo pelo qual a historicidade dos sujeitos foi desconsiderada (GADAMER, 2012).

Os preconceitos decorriam autoridade, sem critérios, e não serviria para a construção de um caminho livre de erros. Contudo, ao tomar a historicidade como supedâneo, Gadamer (2012) propôs uma releitura da autoridade e da tradição, a partir do pensamento de Heidegger, na estrutura ontológica da *pre-sença*. Não há a separação entre ser humano e objeto, mas a percepção daquele dentro de um leque de fatos, objetos e outros seres humanos. Para a compreensão de si, o indivíduo deve fazê-lo na sua existência, pela pré-compreensão do ser, temporalmente.

A partir da tomada de um momento histórico, podem-se analisar os preconceitos, pelo pertencimento do ser humano a determinada realidade. Nessa perspectiva, a autoridade, relegada no Iluminismo, representa uma característica de juízos da época; logo, não se trata de autoridade cega, mas da busca da liberdade pela legitimidade.

A tradição é uma forma de autoridade, porque praticada por todos, mesmo sem uma figura representativa, pois os costumes são determinantes dos comportamentos sociais, já que, segundo Gadamer (2012, p. 422), “[...] na realidade, a tradição é sempre um momento da liberdade e da própria história”. Ainda que inconscientemente, a tradição, ao ser cultivada, é obedecida, e essa atitude histórica se afirma e se conserva por um ato racional.

Ao tratar sobre o *círculo hermenêutico*, proposto por Heidegger, ou seja, o compreender e o interpretar formam um círculo de sentidos (estrutura ontológica da compreensão), Gadamer (2012) banalisou o processo de compreensão sob o prisma da Filosofia. A consciência humana, então, para ser interpretada, deve perpassar pelos elementos da autoridade e da tradição, que representam fontes da pré-compreensão.

Contudo, para Gadamer (2012) não era possível atingir a constituição psíquica do autor de um texto, por exemplo, a partir da re-produção da produção original deste, porque a leitura ultrapassa as suas intenções, e a interpretação não se separa do componente histórico e cultural. Logo, não se pode obter, extrair a coisa, senão a promoção de um entendimento que considere a tradição e os preconceitos, contidos no autor do texto, por meio de uma projeção do intérprete. Tal processo (relação com a tradição) é sem fim, já que apresenta contínua formação, conduzida pela medida da compreensão, da tradição, a partir do intérprete.

Considerando a concepção ontológica da hermenêutica, verifica-se o conceito a partir da *coisa, ela mesma*, com uma margem menor de equívoco e de forma legítima, já que se considera a opinião prévia do intérprete, que é conduzido pela sua pré-compreensão, durante a leitura. Esses juízos prévios advêm dos valores, cultura, história, referências que formam a construção de sentido. Logo, considerando a constante aquisição de elementos do mundo, da história a que se pertence, não se pode desprezar, por isso, a finitude (GADAMER, 2012).

Nesse sentido, a tradição, a que se pertence, representa o pressuposto da compreensão, e é responsabilidade da Hermenêutica definir os preconceitos legítimos e os ilegítimos. Ao considerar o processo de compreensão, permite-se, ao/à intérprete, separá-los, já que nela estão contidos

os juízos prévios. Não se pode compreender o autor melhor que ele próprio, mas entendê-lo de forma diferente, pela distância temporal, que, pelo processo dialógico, faz-se a ligação entre momentos históricos diferentes, considerando a ontologia fundamental. Gadamer (2012, p. 445) entende que o aparente vazio da distância temporal “[...] está preenchido pela tradição e pela herança histórica, a cuja luz nos é mostrado todo o transmitido”.

É necessário pensar sobre própria historicidade da consciência histórica, tendo em vista que “[...] uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar na própria compreensão a realidade da história”, segundo Gadamer (2012, p. 448). Os efeitos advêm do pertencimento a uma tradição, que possui consequências históricas; ou seja, “a consciência da história efetual é em primeiro lugar consciência da situação hermenêutica” (p. 451). Ao tomar a situação hermenêutica, há compreensão pelo fator positivo, ainda que ante a tradição e os preconceitos.

Para se atingir esse horizonte de compreensão, compreende-se um texto na historicidade e no presente, vivido pelo intérprete, com suas próprias percepções. A compreensão é produtiva, surge do diálogo, da abertura para a fala, que dá vida ao texto. Para Gadamer (2012, p. 456), existe, apenas, um horizonte (e não dois: o do autor e o do intérprete), do que busca a compreensão, não sendo possível se deslocar entre horizontes, mas promover a fusão do horizonte do passado com as concepções atuais, que “[...] rebaixa tanto a particularidade própria quanto a do outro”.

A consciência efetual estrutura-se como experiência, exige compreensão do significado da experiência hermenêutica, não limitada à razão, à comprovação científica. A produção da experiência racionaliza-se tanto com a ciência, quanto com a formação dos conceitos: “[...] a essência da experiência é pensada aqui, desde o princípio, a partir de algo no qual a experiência já está superada. Pois a própria experiência jamais pode ser ciência”, segundo Gadamer (2012, p. 525). As certezas são finitas, definidas pelas possibilidades de experimentação. Toda experiência é, em si, uma abertura, e é atingida pela tradição por meio da linguagem. A experiência hermenêutica assume a consciência da história efetual e se consuma pela disposição daquele que é experimentado.

Ao considerar a compreensão, a interpretação e a aplicação, ao sopesar que a aplicação integra todo processo de compreensão, Gadamer (2012, p. 483) propõe o *problema hermenêutico fundamental* e conclui que “[...] textos jurídicos interpretados juridicamente e compreendidos historicamente”. Significa que o/a intérprete da lei deve promover a concordância do sentido atual com o originário.

A teoria de Gadamer colocou em xeque as bases sobre as quais se sustentavam a antiga hermenêutica. Com a premissa de que ser é tempo, inspirada em Heidegger, foi superada a compreensão como uma reconstrução do processo criativo do autor, em seu contexto originário, ou como um método próprio para as ciências do espírito. A linguagem constitui um elemento fundamental para compreensão do conhecimento humano, pela historicidade do mundo, serve como meio de ligação das experiências, já que o diálogo se constitui em esquemas pré-formados de discurso e, logo, do compreender, com cunho universal.

Ao confrontar a objetividade cartesiana, Gadamer propôs que a linguagem é condição de possibilidade de compreensão intersubjetiva, dando à Hermenêutica Filosófica uma posição crítica à realidade social, considerando o contexto histórico-social e a busca pela adoção e um juízo do que é mais acertado, favorecendo a dimensão dialógica. Tomando-se, como referência, a norma, esta deve, ainda que abstrata, perseguir um resultado prático e razoável (STRECK,

2010).

Para existir linguagem, é necessária a comunhão de mundo entre os participantes dela, e já que “ambas as interpretações das palavras partem da sua existência e do fato de estarem à mão, deixando as coisas existirem por si como já sendo conhecidas de antemão”, segundo Gadamer (2012, p. 526). A linguagem viabiliza a constatação da experiência de mundo, pela união com a tradição. Enquanto *virada linguística*, o ponto de vista é obtido a partir da concepção atual de mundo, novo em relação à antiga, à original. O ser humano, além de estar no mundo, possui sua própria condição de ter mundo.

A linguagem, portanto, é uma forma de tradição (oral e escrita), em que os signos podem ser interpretados, independentemente, dos condicionamentos de seu tempo. A escrita é superada pela sua compreensão, hermenêuticamente, já que “a escrita ocupa o centro do problema do fenômeno hermenêutico, na medida em que, graças ao escrito, o texto adquire uma existência autônoma, independente do escritor ou do autor, e do endereço concreto de um destinatário ou leitor”, consoante Gadamer (2012, p. 507).

Já a conversação pressupõe uma ligação entre quem dialoga, feita pela linguagem, pela qual se contatam e se entendem os/as interlocutores/as, pois, para Gadamer (2012, p. 497) “compreender o que alguém diz é pôr-se de acordo com a linguagem e não transferir-se para o outro e reproduzir suas vivências”. A tradução, exemplificativamente, demonstra que a linguagem é uma mediadora de acordo, porque, além da fala, necessita-se entendê-la, vivê-la. O domínio da língua é condição prévia para o acordo na conversação, objeto da Hermenêutica, logo, para a interpretação e a aplicação do direito, como será tratado na seção 3.

4 Interpretação solipsista, protagonismo judicial e a infefetividade dos Direitos Fundamentais no Brasil

A relação da língua com a tradição, como referida por Gadamer, é um processo em contínua formação, pelo próprio ser, na medida em que compreende, participa do acontecer da tradição e continua determinado a partir de si próprio. O círculo hermenêutico, assim, descreve um momento estrutural ontológico da compreensão, pois o processo interpretativo não é fatiado, é circundante, como explica Streck (2009, p. 66):

A partir disso, a ruptura com o pensamento metafísico que sustenta esse modus interpretativo dá-se pela idéia de antecipação de sentido, que ocorre no interior do círculo hermenêutico – idéia chave na hermenêutica filosófica –, no qual o intérprete fala e diz o ser na medida em que o ser se diz a ele, e a compreensão e explicitação do ser já exigem uma compreensão anterior. Conseqüentemente, a noção de círculo hermenêutico torna-se absolutamente incompatível com a assim denominada – como quer a dogmática jurídica tradicional – “autonomia” de métodos, cânones ou técnicas de interpretação e/ou de seu desenvolvimento em partes ou em fases. Isso demonstra que o processo interpretativo não acontece aos pedaços, em partes, em fatias. Interpretar é aplicar sempre. Essa é a tese central de uma teoria hermenêutica fincada na matriz da ontologia fundamental que venho sustentando.

Compilado o processo de interpretação, Kelsen contribui na compreensão da aplicação do Direito, o direito e a natureza. A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo em geral, desvinculada de ordens jurídicas especiais, pois as interpretações não podem ser específicas,

sob pena de desconhecer o próprio objeto, qual seja, o que é e como é o Direito. Por isso, Kelsen (1999, p. 1) distingue a *ciência jurídica* da *política do Direito*, que “é teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação”.

A sociedade, formada de indivíduos, está inserida na natureza; o Direito, em parte, também integra a natureza (e, em parte, a sociedade, como ciência social). Assim, para a análise do ato e seu significado jurídico, dos fatos jurídicos, deve-se considerar que o ato existe dentro de um espaço e de um determinado tempo e, quando exteriorizado, manifesta uma conduta humana. Além disso, juridicamente, possui significado e, ao representar uma conduta humana relacionada ao Direito, o ato será considerado como *ato do Direito* (KELSEN, 1999).

Ao existir, no entanto, não se pode visualizar o ato, como as características, as formas de um objeto, pois, além da vontade (subjéctiva) do indivíduo, o ato deve possuir significado objetivo, ou seja, jurídico (pressupostos legais). Logo, um ato deve conter material, possuir suporte jurídico e ser exteriorizado no tempo e no espaço. O ato, se tiver significado jurídico, se torna ato jurídico, e é possível interpretá-lo por meio de uma norma. É essa interpretação que demonstra e determina a juridicidade do ato, pois, ainda que ele seja subjéctivo, se se enquadrar objetivamente, passa a ser tido como conteúdo de uma norma válida (KELSEN, 1999).

Dentro do Direito, objeto do conhecimento, a norma representa a forma de conduta, a expressão de vontade, do ser (ato de vontade) e do dever-ser (norma). É dessa neutralidade científica que é moldada a norma fundamental, a ciência jurídica, pois, conforme Kelsen (1999, p. 4), “[...] a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser”. A norma não precisa ser posta (positivada) para existir (pode, ou não, ser posta), até porque significa, por vezes, atitudes naturais da convivência social, e que regulam, igualmente, as condutas (1999, p. 7):

Uma norma pode não só ser querida, como também pode ser simplesmente pensada sem ser querida. Neste caso, ela não é uma norma posta, uma norma positiva. Quer isto dizer que uma norma não tem de ser efetivamente posta - pode estar simplesmente pressuposta no pensamento.

Ao analisar o ideário kelseniano e a forma de aplicação de Direito no Brasil, Streck destaca a importância que o Direito adquiriu no Estado, a partir dos processos democráticos e humanistas, apresentando-se como ente transformador e de concretização dos direitos fundamentais. A interação do Direito e da política criaram e fortaleceram o Estado de Direito e Democrático, ultrapassando o constitucionalismo clássico para a concretização dos direitos, inclusive, das minorias. A Filosofia, como referido, é imprescindível para a compreensão (hermenêutica) e para a linguagem, com a superação do sujeito *versus* objeto, do pensamento metafísico, com a proposição de uma nova forma de linguagem e interpretação: o *giro linguístico-ontológico* (STRECK, 2014).

No Brasil, apesar das características do Direito e do Estado, a interpretação daquele não acompanhou a nova forma de compreensão e interpretação, e seus teóricos, como Kelsen, não foram entendidos corretamente (STRECK, 2014). Kelsen não propôs a separação de moral e direito, nem a interpretação pura da lei, até mesmo porque reconheceu os subjetivismos na aplicação do Direito, *desvio* que é impossível de corrigir, a não ser por meio de uma Teoria do Direito - da Ciência do Direito, com superação do positivismo exegético. A confusão faz nascer

o positivismo normativista pós-kelseniano, passível de discricionariedades ou “decisionismos e protagonismos judiciais”, como já afirmava Kelsen (1999, p. 74).

Para Kelsen, havendo a norma positiva, há o dever-ser, há vigência (diverso do ato de vontade, da qual representa o sentido objetivo), pois, ainda que o sentido não exista mais (apesar de ter sido o fator gerador), persistirá a norma. A eficácia da norma é diversa da vigência, pois aquela é a concreta aplicação e obediência social, traça os contornos da conduta humana, enquanto que uma norma vigente nem sempre é eficaz, pois “uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida”, como explica Kelsen (1999, p. 8). A norma só é válida se vigente (norma no espaço) e eficaz (norma no tempo), e só é eficaz porque é vigente, requisitos independentes, mas necessários para que a norma preencha todos os seus requisitos.

A norma poderá ter força retroativa quando trata sobre assunto passado (na maioria dos casos, se dedica a casos futuros), e essa situação influencia no momento (por exemplo, o nazismo). Ainda, a norma pode ter seu espaço e tempo definidos, com a intenção de regular atos que acontecem em certo lapso temporal; contudo, apesar das particularidades, as normas sempre terão, por objeto, a conduta humana (única regulável por normas) (KELSEN, 2003).

A conduta pode ser representada por uma ação (positiva) ou uma omissão (negativa), e deve ser regulada de ambas as formas, pois, acaso seja praticada uma conduta proibida pela norma, deverá ela ser observada; do contrário, se ela observa a norma, igualmente, pode-se dizer que está sendo cumprida (viger e ter eficácia): “corresponde à norma quando é tal como deve ser de acordo com a norma; contraria a norma quando não é tal como, de acordo com a norma, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma”, de acordo com Kelsen (1999, p. 12).

O valor pode ser positivo ou negativo, e é conferido ao juízo que se faz sobre a conduta (realidade); sendo negativo, deverá a pessoa ser punida, sob pena de existir um falso juízo (reprovação com proporcionalidade). A valoração da norma pode ser subjetiva (relação a um objeto) ou objetiva (relação que tem um objeto com um fim), e deve pressupor a adequação do objeto ao fim, logo (valor positivo), pois, caso contrário, terá valoração negativa (KELSEN, 1999).

O comportamento de uma pessoa, perante as demais, é o fator determinante da ordem social, é imediato (conduta perante um objeto ou coisa) ou mediato (conduta perante pessoa(s)). A ordem normativa compõe o conjunto de normas reguladoras dessas condutas, dentro da ordem social (regulamentada pelo Direito e pela moral). Logo, se a conduta humana não se amoldar à norma, apresenta-se como oposta ao esperado, e deve ser sancionada (aplicação do prêmio ou da pena). Serve, portanto, para reprimir uma conduta e todas as situações sociais reprováveis (eficácia quanto à conduta) (KELSEN, 1999).

Havendo o princípio retributivo, tem-se que ele é de Direito; não havendo, trata-se de ordem moral (sem sanções). Contudo, ainda assim, haverá sanção, a partir da reprovação da conduta, de ordem religiosa ou comportamental. Esse é o fator que distingue a moral do Direito (imposição, ou não, de sanção): a ordem moral não reprovará a conduta desde que esteja adequada ao, comumente, esperado; não sendo assim, ainda que se limite à seara da reprovação, haverá sanção (KELSEN, 1999).

Assim, a função do intérprete da lei é a aplicação do Direito. A instrumentalidade não é permitida, pois não há *letra fria da lei*, não há um *sentido em si mesma*, mas a consideração de todos os fatores que constituem a sociedade, o Estado, o Direito e a construção do/a intérprete, do/a jurista que interpreta a Constituição e a lei. O Estado Democrático de Direito é a ferramenta para o enfrentamento das desigualdades sociais, pela materialização dos direitos fundamentais; enquanto aquelas permanecerem, ainda que no Estado Democrático de Direito, a democracia será formal, e a noção de *povo*, icônica, *povo ícone*, como definiu Muller (2000, p. 10), já que somente a oligarquia consegue usufruir dos direitos assegurados.

A partir dos séculos XIX e XX, a democracia representativa, ao menos, institucional, consolidou-se como a ideologia de governo, e o *povo ícone* passou a incorporar o conceito jurídico de povo (exercício dos direitos políticos), O *povo ativo*, argumento que legitima, no plano formal, a atuação do Legislativo na elaboração das normas (MULLER, 2000). Para haver legitimidade democrática, deve-se materializar os direitos do povo ativo, no que figura a Administração Pública e maior autonomia do Executivo em comparação ao Legislativo (ROSANVALLON, 1998).

A falta de materialização dos direitos fundamentais, entretanto, transforma os/as juízes/juízas, aplicadores/as da lei, em atores de atendimento às demandas sociais, com extrapolação da atividade jurisdicional. O povo ícone, povo ativo, não é concepção suficiente para a realização do projeto democrático e de igualdade, e, faticamente, para se atingir as premissas constitucionais, tornou-se necessário legitimar-se perante o seu corpo subjetivo (BOLZAN, 2009).

O protagonismo acentuado do Judiciário, mediante decisões solipsistas, decisões de repercussão geral e grande número de edições de Súmulas vinculantes, manifesta-se no decisionismo judicial frente à crescente judicialização; logo, o que é bom para o povo está adstrito no que o/a julgador/a considera bom, mais do que a norma determina como tal (STRECK, 2014). A vontade/decisão dos juízes, posta à frente da democracia (vontade/decisão do povo), mitiga esta, já que a oligarquia dominante é quem pratica a juristocracia (CAENEGEM, (2010).

A judicialização significa a transferência do conflito social para o Judiciário, processo que, antes de expressar as conquistas de cidadania e de efetivação de direitos sociais, estaria criando *cidadãos-clientes*, cada vez mais tutelados e dependentes do Estado, incapazes de recorrer a outros mecanismos de participação social e política do país (SILVA, 2011). As transformações do/no Poder Judiciário demandam lidar com conflitos de classe, isto é, conflitos coletivos que transcendem a esfera individual, pois seus efeitos ultrapassam a esfera econômica, alcançando “[...] as relações, comportamentos, sentimentos e conflitos sociais”, conforme Cappelletti (1999, p. 57).

Ainda que a dimensão programática das normas de direitos sociais enseje a sua exigibilidade judicial, principalmente, porque esses direitos, como expõe Arango (2005, p. 89) “[...] são a pedra fundamental da delimitação entre as decisões constitucionais e a política, uma vez que seu reconhecimento judicial afeta tanto a política econômica, como a competência legislativa [...]”, não se pode utilizar a via judicial como a única alternativa para assegurá-los, tendo em vista a possibilidade plena de se reconhecer, objetivamente, os direitos sociais “[...] sem substituir o sistema democrático por um Estado judicial e sem adotar uma posição moralista” (2005, p. 90).

A estrutura normativa dos direitos sociais não impede o seu reconhecimento como direitos subjetivos, ante a consideração de que, conforme Mello (2005, p. 129-130), “[...] não há nada na estrutura normativa dos direitos sociais que o impeça conceitualmente de ser uma

espécie de direito subjetivo e, portanto, que o impeça *por definição* de beneficiar-se do regime jurídico dos direitos subjetivos em sentido técnico”. A problemática reside em como efetivar tais direitos, pois, por possuírem previsão de aplicação imediata (artigo 5º, parágrafo 1º da CRFB), justamente, incide no direito de reclamá-los perante o Judiciário.

Os direitos sociais, de esfera programática, por não conterem as garantias, geralmente, contidas nos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade, enfrentam uma crise de observância e de execução (BONAVIDES, 2004). Logo, quando a lei prediz políticas públicas, mas que não são concretizadas, aciona-se o Judiciário, com fins de correção da má atuação do Executivo e do Legislativo, verificação que converge com o ideário de Kelsen (2012, p. 242), quanto aos tribunais constitucionais e o modelo de atuação do Judiciário:

A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a verdadeira ‘jurisdição’ – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter político que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa. [...] Pois bem, tudo que se pode dizer do ponto de vista de um exame de orientação teórica é que a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a função de outros tribunais – e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconhecaram ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste – mas não que por causa disso ele não seja um tribunal, que sua função não seja jurisdicional; e menos ainda: que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária.

Por esse motivo não se pode conferir, ao Judiciário, a competência para realizar os direitos sociais, mediante aplicação direta dos “[...] princípios abertos positivados na constituição, também depende de uma decisão política”, consoante Souza Neto (2008, p. 518); logo, são responsabilidade da Administração Pública.

A efetivação dos direitos fundamentais deve observar o processo legislativo, a vontade democrática, e não ser objeto de subjetivismos dos operadores do Direito, sob pena de se viver na juristocracia, pois, nas palavras de Streck (2005, p. 74):

Aqui também está presente a violação do devido processo legal, além do princípio da legalidade (afinal, a Constituição estabelece que ninguém poderá fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei e não em virtude de súmula!). Ora, as súmulas, a par de constituírem “conceitos” que pretendem aprisionar os “fatos”, não são também textos? Consequentemente, sendo textos, não são, assim, interpretáveis? Mas, então, se isto é assim, qual é o problema das súmulas? O perigo maior representado pelas súmulas vinculantes (emenda constitucional n. 45/04) – e, agora, das súmulas impeditivas de recursos – está no fato de que cada uma delas transforma-se em uma “premissa maior” ou “categoria” (significante) própria para a elaboração de deduções/subsunções. Trata-se, entre outras coisas, da introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juízes podem contrariar leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar súmulas (isto é o que diz a Lei 12.276). Ou seja, em *terrae brasilis* a lei não vincula; a súmula, sim, mesmo que ela seja contrária à lei e à

Constituição!

Os problemas da democracia e da socialidade da justiça devem ser interpretados por meio dos princípios da segurança, da confiança e da separação de Poderes, sob pena de rejeição do Estado de Direito que não os representa. Para Canotilho (1999, p. 26), “[...] os chamados princípios formais do Estado de direito não são apenas ‘normas formalísticas’ dos cultores do direito. Servem para tornar seguro o caminho de outros ideais. Valem por si. Valem em nome do Estado de direito”. Uma atitude solipsista do/a intérprete da lei ameaça o Estado Democrático de Direito, pois o juiz avoca para si, pessoalmente, uma responsabilidade que deve ser desempenhada pelo sistema democrático, que embasa a atuação do Judiciário.

5 Considerações finais

O Estado Democrático de Direito pressupõe a previsão formal dos direitos fundamentais, cuja materialização deve ser o objetivo da Administração Pública. O Judiciário tem a função de aplicar a lei, quando provocado e, ao se considerar que o que está contido na norma é a vontade do povo, exercida, de forma democrática, assim deve ser interpretada e aplicada. Logo, subjetivismos devem ser vergastados, sob pena de se macular o entendimento geral e democrático do que deve ser reprimido e do que deve ser fomentado.

O Direito é composto por as regras e princípios, materializados em textos legais com um imo metafísico normativo, que deve ser buscado por quem a interpreta. O papel do/a intérprete, pois, representa a concepção de ser-estar no mundo, enquanto ser perpassado por historicidades, experiências, motivo pelo qual deve considerar que a interpretação é parte de um todo (vontade democrática), representada pela observância do direito ou da moral jurídica, contidas nos princípios jurídicos.

Por isso, a Hermenêutica representa a necessidade de alocação do que se interpreta no mundo - dos fatos e jurídico -, diferentemente, da simples argumentação, que aceita a ponderação, a relativização da norma segundo preceitos subjetivos e discricionários. Na análise do caso concreto, os valores devem ser ponderados com coerência, vinculados ao texto normativo, sob pena de comportamento solipsista, juristocrata.

O devido processo legal deve ser observado em todas as decisões e todas as instâncias, sob pena de invalidade, por ilegitimidade. Não se pode desconsiderar a historicidade, o conjunto de atribuições e percepções que elencam o sujeito no mundo, que o tornam parte deste e que são conformados por diversos fatores que moldam o sujeito e a sua forma de ver-se no mundo, compreender-se e compreendê-lo.

Contudo, esse sujeito, o/a juiz/juíza, deve observar as normas e aplicá-las aos casos que lhe são solicitadas soluções. Sendo essas normas válidas, não há que se discutir a possibilidade de o/a legislador/a não ter expressado a lei de uma forma ótima, pois esse entendimento dá azo para a aplicação de entendimento subjetivo, que pode não representar o entendimento da maioria sobre a situação *sub judice*.

A partir dessas considerações, verifica-se a importância do Poder Judiciário na promoção da materialização do Estado Democrático de Direito, mas que, para tanto, deve-se observar os direitos, constitutivos do Estado, que lhe dão legitimidade por advirem da vontade livre do povo, e decidir de forma justa e vinculada ao entendimento normativo. Caso contrário, o solipsismo

podem desvirtuar o paradigma do Estado Democrático de Direito e desvirtuar sua missão: a concretização dos direitos fundamentais.

Referências

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. *In*: MELO, Cláudio Ari (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOLZAN, José Luís de Moraes. **Crise do Estado, constituição e democracia política**: a “realização” da ordem constitucional em países periféricos! 20 anos de constituição. Os direitos Humanos entre a Norma e a política. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução: Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAENEGEM, Raoul C. Van. **Juízes, legisladores e professores**. São Paulo: Campus Jurídico, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. 1999. Disponível em: <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica: Volume 1. São Paulo: Vozes, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In*: **Jurisdição Constitucional**. Trad. Alexandre Klug. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. *In*: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social: repensando o Estado-providencia**. Brasília: UnB, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, número 30, ano 11, 1996.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **Compreender o direito**. Desvelando as obviedades do discurso jurídico. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014
- STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **RECHTD-Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 1, n. 1, p. 65-77, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos estudos jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 250-302, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **RIHJ-Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 3, p. 1-33, 2005.
- VERBICARO, Loiane Prado. A Judicialização da Política à luz da Teoria de Ronald Dworkin. In: CONPEDI, Fortaleza. **Anais do XIV Congresso Nacional**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2005.
- VIANNA, Luiz Werneck. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernest. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. São Paulo: Vozes, 2014.