

Interpretação constitucional das cisões normativas sob a perspectiva do realismo jurídico e do pós-positivismo: imbricações e afastamentos no contexto da crítica de Streck e Gadamer com sugestões proceduralizadas

Constitutional interpretation of normative divisions from the perspective of legal realism and post-positivism: imbrications and departures in the context of the criticism of Streck and Gadamer with procedureal suggestions

Edgard Silva de Castro¹

Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP) – Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. Interpretação constitucional das cisões normativas; 2.1. Hermenêutica e hermenêutica jurídica: clássica e contemporânea; 2.2. Principais identificações e elementos do vocábulo norma; 2.3. A norma e a hermenêutica jurídicas no realismo metodológico de Riccardo Guastini; 2.4. Direito constitucional pós-positivista; 2.4.1. Friedrich Muller; 2.4.2. Robert Alexy; 2.5. A hermenêutica crítica de Lenio Streck. 2.6. A interpretação jurídica em Gadamer: por uma hermenêutica de verdade; 3. Conclusão; 4. Referências bibliográficas.

Resumo: As cisões normativas numa perspectiva pós-positivista e do realismo jurídico fazem parte da observação da pesquisa que ora se intenta. O mote é a um só tempo contemporaneizar as possibilidades e arquétipos cisórios normativos constitucionais, que possam levar a efetivos modelos de aplicação e efetivação das normas constitucionais.

Palavras-Chave Cisões; Hermenêutica Constitucional; Normas Constitucionais; Pós-Positivismo; Realismo Jurídico.

Abstract: The normative splits in a post-positivist and legal realism perspective are part of the observation of the research that is now being attempted. The motto is, at the same time, to contemporaneize the possibilities and archetypes of constitutional normative decisions, which can lead to effective models of application and implementation of constitutional norms.

Key-words Spin-offs; Constitutional Hermeneutics; Constitutional Norms; Post-Positivism; Legal Realism.

1. Introdução

Cisões normativas são operações que alguns juristas tiveram a oportunidade de desenvolver caracterizadas pela divisão e pelo vislumbre da visão da norma, como cindida em dois elementos. Três autores em principal trabalham assim, a saber:

¹ Advogado, Especialista *lato sensu* em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Goiás, mestrando em Direito Constitucional pelo IDP, secretário da comissão de Direito Constitucional e Legislação da OAB/GO.

Friedrich Muller², Robert Alexy³ e Ricardo Guastini⁴. A princípio e respectivamente, estas cisões são entre programa normativo e âmbito normativo; princípios e regras; disposição e norma.

Certamente há perguntas e respostas como consequência do cotejamento dos três sistemas. Esse resultado será levado ao encontro da teoria que nega a cisão normativa no Brasil do Professor Lenio Streck. Desse ponto parte-se para Gadamer, último ponto teórico de onde são feitas tentativas de apontar caminhos de leituras do fenômeno da interpretação/aplicação do direito constitucional.

A problemática que envolve o Direito desde a segunda guerra é das mais tormentosas, passando por regimes totalitários, ditatoriais, de exceção, que impuseram ao jurídico o martírio da força sobre a técnica, da pólvora sobre a razão guiada e dos ritos melancólicos das decisões judiciais ultrajadas, sobre a Lei posta, uma derrota nunca jamais imaginada, ao levar 6 milhões de vidas ao extermínio sem o menor pudor⁵.

Com o fim da 2ª grande guerra, a hermenêutica jurídica já adiantadamente existente, partiu rumo a cumes mais altos, para entender, avaliar e efetivamente trabalhar para evitar que nunca mais a humanidade tivesse a oportunidade de dar vazão e gerar em seu sistema seres a exemplo de Adolf Hitler, Stalin e Mussolini.

Dentro desse rearranjo surgiu o movimento da Lei Fundamental de Bohn (Constituição da Alemanha) e de todos os teóricos que com ela vieram, a exemplo principal de Konrad Hesse e Friedrich Muller, sem se esquecer dos tantos outros de rara importância, como Robert Alexy. As obras destes autores repercutiram em vários países, sob a denominação de pós-positivismo.

O pós-positivismo é tido como ideário difuso composto por teorias ajuntadas acerca do direito, da constituição e da democracia tem buscado dirimir questões inquietantes do ponto de vista hermenêutico, precipuamente aquelas enviesadas ao prumo da norma constitucional.

Os pontos fulcrais do pós-positivismo são a centralidade da constituição, o papel integrativo dos princípios, que são a base de todo o ordenamento jurídico, a cisão da norma em princípios e regras (qualitativa), sendo os princípios norma com maior grau de abstração e ligadas quase sempre a valores; e as regras por sua vez, normas de menor grau de abstração e que se vinculam a comportamentos. Há outros elementos como a interpretação especificamente constitucional, que visa a constitucionalização do direito, ou filtragem constitucional, fenômeno importante, na medida em que determina a leitura de todo o jurídico pelas lentes da Magna Carta de 1988, isso em *terrae brasilis* é claro.

Já o realismo jurídico, mesmo que nascido anteriormente nas décadas de 1920 e 1940, encontra guarida neste trabalho, na obra do genovês Riccardo Guastini, sob o viés metodológico, com a entabulação de uma trama bem armada acerca da distinção entre texto e sentido e entre disposição e norma, além da interpretação constitucional enquanto produção e não conhecimento de normas.

O presente artigo tem por objetivo realizar uma reflexão teórica acerca do papel da hermenêutica, da interpretação e do intérprete, enquanto partícipes do processo ontológico e filosófico de compreensão do fenômeno ocorrido no cerne da aplicação da norma constitucional, mais precisamente no que atine à cisão trazida por autores que

² MULLER, F. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

³ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros, São Paulo, 2014.

⁴ GUASTINI, R. *Das fontes às normas*. Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2005.

⁵ Esta é uma crítica aos regimes de exceção que solaparam o direito vigente na Europa na 2ª Grande Guerra Mundial. Para uma maior compreensão do fenômeno, por todos e de maneira atual, conforme citado por Georges Abboud: "A fórmula é simplista e elegante: identifica o pensamento positivista como o único culpado pelo direito ilegal do regime nazista e, ao mesmo tempo, inocenta os juízes, funcionários públicos e advogados responsáveis por estudá-lo, interpretá-lo e pô-lo em prática contra os inimigos do provo alemão". In: ABBOUD, G. *Direito Constitucional Pós-Moderno*, TR, São Paulo, 2021, p. 33.

vislumbram a divisão entre texto e norma, ou outras nomenclaturas, mas com a mesma direção.

Dessas reflexões exsurtem a pergunta central do artigo que é a de se é possível cotejar as cisões, de modo que, após a submissão aos métodos de Streck e Gadamer pleitear o apontamento de caminhos de decisão na jurisdição constitucional desta terceira década do século XXI que sejam aptos a facilitar o processo de enfrentamento das indecidibilidades.

Entre estes apontamos e tecemos levemente argumentos rumo a proceduralização e a auto regulação regulada que se lançam no mundo jurídico neste primeiro quarto de século como opção, principalmente para os casos envolvendo a sociedade complexa, paradoxal e pós-moderna.

2. Interpretação constitucional das cisões normativas

2.1. Hermenêutica e hermenêutica jurídica: clássica e contemporânea

A palavra hermenêutica deriva do grego *hermeneuein* e se lança ao passado com menção também ao deus grego Hérmes⁶ (*hermeios*), o qual era responsável por decifrar a mensagem dos deuses para os homens (a estória mais bem contada não é tão singela). Já em uma quadra da história mais adiantada⁷:

O termo hermenêutica só veio a lume no século XVII, quando o teólogo estraburguense, Johann Conrad Dannhauer o inventou para nomear o que se chamava antes dele de *Auslegungslehre* (*Auslegkunst*) ou a arte de interpretação. A interpretação (*exponere, interpretari*) é aqui o método ou a operação que permite alcançar o entendimento do sentido, o *intelligere*

A hermenêutica foi até o século XVIII uma arte de interpretação de textos, já no século XIX um método das ciências humanas, se tornando no século XX uma filosofia, tendo em Heidegger, ao lado de Gadamer seus principais expoentes. Heidegger é considerado o principal artífice da transformação filosófica da hermenêutica transformada em uma forma de filosofia autônoma, alterando o objeto, a vocação e o estatuto⁸.

Já em Gadamer, a Hermenêutica ganha proporções ultramarinas⁹. Seu trabalho é infinitamente lembrado pelos hermeneutas atuais e do passado, como um adiantado

⁶ Hermes era filho de Zeus e de Maia, a mais jovem das plêiades. Nasceu em uma caverna no Monte Cileno, ao sul da Arcádia. Aperfeiçoou a arte da adivinhação, auxiliando a leitura do futuro por intermédio de pequenos seixos. É principalmente o intérprete da vontade divina. Depois do dilúvio foi o portador da palavra dos deuses a Deucalião, representante dos homens na terra. *In: GUIMARÃES, R. Dicionário de mitologia grega*, Cultrix, São Paulo, 1995.

⁷ GRONDIN, J. *Hermenêutica*, Parábola, São Paulo, 2012, p. 17.

⁸ GRONDIN, J. *Ob. Cit.* p. 20.

⁹ Na perspectiva analítica de Lima e Barros (2014), a mudança paradigmática proporcionada pelas teorias de Heidegger e Gadamer foi de tal maneira significativa e radical que ficou conhecida como reviravolta linguística e também ontológica. A partir desses filósofos, supera-se o subjetivismo imperante desde Kant e o esquema sujeito-objeto. Além disso, já não é possível falar em uma única interpretação correta dos fatos ou textos. O contributo de Gadamer põe em questão as bases filosóficas utilizadas até então pela ciência do Direito. Com a filosofia de Heidegger e Gadamer, o termo hermenêutica ganhou um novo sentido. Na verdade, a mudança paradigmática proporcionada por suas teorias foi de tal maneira significativa e radical que ficou conhecida como reviravolta. Trata-se da reviravolta linguístico-ontológica, uma verdadeira revolução no campo da filosofia. A partir desses filósofos, a hermenêutica deixou de representar apenas um método, um conhecimento instrumental. Em Heidegger, hermenêutica é ontologia. O homem é um ser hermenêutico. É o Dasein, ser-aí ou eis-aí-ser. Isto é, o homem não é mais compreendido como algo apartado ou apartável da sua realidade. O termo "aí" designa a realidade histórica da qual o homem não pode se desvincular. Supera-se, com isso, o subjetivismo imperante desde Kant. Dasein é o homem frente a sua historicidade, o ser por excelência, porquanto é o único dotado da capacidade de compreender o seu próprio ser e o ser dos entes que o cerca. E isso se dá

das reflexões de Heidegger, não só como uma releitura, mas também como um avivamento. Mesmo que Heidegger já tivesse proposto uma concepção filosófica da hermenêutica é apenas com Gadamer que o termo hermenêutica começou a realmente se impor à consciência geral. Apesar de Gadamer ter sido aluno de Heidegger e de ter se inspirado muito nele, a transição da hermenêutica de Heidegger para a de Gadamer não é automática. O que o impressionou em Heidegger foi menos o projeto de uma hermenêutica direta da existência ou de uma retomada da questão do ser e mais a nova compreensão do círculo hermenêutico, que não é mais para ser entendido segundo o ideal objetivista de uma tabula rasa¹⁰

A hermenêutica jurídica, se apodera da filosófica, para dela se diferenciar. Isso porque possui todo um ferramental próprio de equipamentos técnico-jurídicos aptos a tratar do objeto central da ciência do direito, que é a norma. Não obstante, o hermeneuta em uma perspectiva apresentada por Miguel Reale¹¹ analisa também fatos e valores ao interpretar a norma, dada a interconexão que existe entre os três.

A hermenêutica jurídica é uma ramificação da teoria geral do direito e se destina ao estudo da atividade da interpretação, como dito da norma jurídica. A boa compreensão da hermenêutica jurídica e de suas bases passa pela colmatação da norma. Sendo assim é necessário compreender as técnicas básicas de interpretação jurídica.

A classificação dos métodos hermenêuticos se insere antes na sistematização das escolas/sistemas hermenêuticos: dogmático/exegético ou jurídico tradicional, histórico evolutivo e livre pesquisa ou livre criação do direito.

A primeira delas é cunhada pela expressão Escola da EXEGESE e conhecida pelo Código Civil Frances de 1804 (Código de Napoleão) e também pela submissão do Direito à Lei Positivada, seria a crença no positivismo jurídico.

Na escola histórico-evolutiva de Savigny há métodos de interpretação muito usuais. São, na verdade, regras técnicas que visam à obtenção de um resultado. Com elas procuram-se orientações para os problemas de decidibilidade dos conflitos. Esses problemas são de ordem sintática, semântica e pragmática (FERRAZ JÚNIOR, 2008). Assim três seriam os métodos de interpretação segundo Ferraz Júnior, advindos de Savigny: gramatical, lógico ou sistemático; histórico, sociológico ou evolutivo; e teleológico ou axiológico.

através do círculo hermenêutico. Gadamer, partindo do pensamento heideggeriano, constrói a ideia de compreensão enquanto fusão de horizontes. O conhecimento não se dá pela revelação do objeto ao sujeito, como se entendia antes de Kant. Não é, tampouco, a mera projeção do sujeito sobre o objeto, como se passou a acreditar com Kant. Sujeito e objeto possuem horizontes próprios, pois ambos são dotados de historicidade. O conhecimento, então, se dá a partir da fusão dos horizontes dos sujeitos. Daí falar-se na superação do esquema sujeito-objeto. Além disso, já não é possível acreditar na existência de uma única interpretação correta dos fatos ou textos, já que o horizonte histórico do sujeito sempre interferirá no processo de conhecimento. Esvai-se, desse modo, o ideal de uma verdade absoluta, passível de ser revelada por técnicas interpretativas, que ainda habita o pensamento de muitos filósofos, notadamente na seara jurídica. Ao interpretar um objeto, o sujeito sempre contribui com sua pré-compreensão. A interpretação de um texto deixa, portanto, de ser uma técnica de revelação ou elucidação de um significado e se torna um processo mediante o qual o intérprete sempre irá atribuir sentido ao texto. In: LIMA, F.A.D.F & BARROS, P.A.M. *A hermenêutica filosófica de Gadamer como aporte para superação da hermenêutica jurídica tradicional*, CONPEDI, Florianópolis, 2014, pp. 6-21.

¹⁰ GRONDIN, J. *Ob. Cit.* p. 20.

¹¹ Fato, Valor e Norma fazem parte da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale. A seu turno, pode-se afirmar que: "Os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade, política e fidelidade". In: DWORKIN, R. *O império do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 5.

Para Ferraz Júnior 2008¹², a primeira categoria de método é formada por três espécies, quais sejam, gramatical, lógica e sistemática. De forma que, os problemas sintáticos, referem-se a questões de conexão das palavras na sentença: questões léxicas; à conexão de uma expressão com outras expressões dentro de um contexto: questões lógicas; e à conexão das sentenças num todo orgânico: questões sistemáticas.

As questões léxicas se referem à interpretação gramatical. Toda a operação, em tese, que envolver a construção da norma, sob o prisma da língua portuguesa, deve obedecer às regras dispostas na Gramática. Esse exame deve ser feito pelos próprios intérpretes, principalmente pelo julgador. Essa interpretação se levada ao fim e ao cabo de forma unilateral pode trazer problemas para a aplicação real, haja vista que há que se notar também outros elementos, que não só a visão gramatical, tal como a intenção na análise judicial dos contratos.

As sintáticas constituem objeto dos métodos sistemáticos e as lógicas por sua vez se reportam à interpretação lógica. No caso da interpretação lógica, trata-se inicialmente de um instrumento técnico, inicialmente a serviço da identificação de inconsistências. Parte-se do pressuposto de que a conexão de uma expressão normativa com as demais do contexto é importante para a obtenção do significado correto¹³.

A segunda categoria de interpretação, qual seja, histórica e evolutiva. De acordo com este método a norma ao ser interpretada, não se atém a sua origem, mas ao processo de vicissitudes sociais que a acompanham. Vale dizer, o processo de interpretação deve acompanhar o desenrolar histórico de fatos, atos e acontecimentos históricos, políticos, jurídicos e sociais, sob pena de, em não o fazendo, cair em caducidade e inefetividade¹⁴.

O método teleológico, ou finalístico determina que a norma deve ser interpretada de acordo com os fins legais, para os quais foi planejada, votada, promulgada e sancionada. Mesmo após sua sanção e vigência, essa finalidade deve estar atrelada aos ditames da Constituição vigente, além de restar marcada pelos princípios gerais de direito¹⁵.

2.2. Principais identificações e elementos do vocábulo "norma"

A palavra norma vem do latim norma (esquadro, régua), e revela, no campo da conduta humana, a diretriz de um comportamento socialmente estabelecido. Por isso, o adjetivo normal refere-se a tudo que seja permitido ou proibido no mundo humano, no mundo ético; e refere-se, também, a tudo que, no mundo da natureza, no mundo físico, ocorre, necessariamente, como descrito num enunciado físico. Anormal é a qualidade daquilo que se mostra ao contrário às concepções admitidas num dado momento histórico.

A norma jurídica é a célula do ordenamento jurídico. É composta ordinariamente por dois elementos: preceito primário, que estabelece uma conduta humana normatizada pelo direito, e preceito secundário, o qual estabelece uma consequência, ou sanção para o caso de vir a se concretizar no mundo dos fatos a previsão abstrata da letra da lei. A norma constitucional, conquanto seja uma espécie de norma jurídica e como tal deva ser interpretada, guarda caracteres exorbitantes que a diferenciam das outras normas jurídicas.

A expressão norma esta umbilicalmente ligada a ideia de prescrição de condutas. Kelsen em sua Teoria Pura do Direito¹⁶ bem descreve o conceito:

¹² FERRAZ JÚNIOR, T.S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 6º ed., Atlas, São Paulo, 2010.

¹³ FERRAZ JÚNIOR, T.S. *Idem*.

¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Idem*.

¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Idem*.

¹⁶ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 21.

¹⁶ GRUBBA, L.S. & MONTEIRO, K.F. "Realismo jurídico norte-americano e realismo jurídico escandinavo: o problema da metafísica", *Prisma Jurídico*, v. 17, n. 2, p. 272-292, 2018.

Com o termo norma quer-se significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados actos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem. Dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu conteúdo, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar, isto é, quando a de ele próprio estabelecer normas.

A norma jurídica guarda especificidades e particularidades que são desenvolvidas na categoria temática ou na escola que a abriga.

2.3. A norma e a hermenêutica jurídicas no realismo metodológico de Riccardo Guastini

Por primeiro necessário é compreender minimamente o realismo jurídico enquanto categoria do conhecimento jurídico. O realismo jurídico foi um movimento das décadas de 1920 e 1940. O realismo parece rejeitar a metafísica, criticar o formalismo, bem como se utilizar da lógica na busca da certeza jurídica. Para os realistas, importa a atuação dos juízes, bem como a aplicação por eles das normas jurídicas. Assim, o realismo parece contrapor-se ao Direito positivista, segundo o qual os juízes decidem, primeiro, de acordo com as normas já pré-estabelecidas. O Direito, nesse sentido, se baseia mais na atitude judicial do que no vigente ordenamento jurídico¹⁷

Em uma perspectiva clássica e inicial é preciso compreender que o realismo ao ser concebido passou por duas correntes, uma norte-americana e uma escandinava. O movimento norte-americano se desenvolveu por intermédio das Universidades John Hopkins, Columbia e Yale, principalmente com o professor Karl Lewellyn, que cunhou o movimento de realismo norte-americano. Já o realismo escandinavo tem por principal patrono Alf Ross e sua obra "Direito e Justiça".

Já em um estratagema mais contemporâneo estruturado por Giovanni Tarello, o realismo jurídico é proposto em quatro grandes grupos: 1) Realismo jurídico escandinavo; 2) Realismo jurídico italiano; Realismo jurídico francês; 4) Realismo jurídico norte-americano.

O realismo norte-americano é a um só tempo crítico do jusnaturalismo, do formalismo e do positivismo, sendo devoto dos fatos e não das regras jurídicas. Para os realistas norte-americanos o que importa em apertada síntese é avaliar bem os fatos sendo o Juiz seu intérprete fiel. No realismo norte-americano, a tese principal da escola realista é esta: não existe direito objetivo, no sentido de objetivamente dedutível de fatos reais, oferecidos pelo costume, pela lei ou pelos antecedentes judiciais; o direito é uma permanente criação do juiz no momento em que decide uma controvérsia. Assim se derruba o princípio tradicional da certeza do direito; pois qual pode ser a possibilidade de prever as consequências de um comportamento?, e nisto consiste a certeza, se o direito é uma permanente criação do juiz?¹⁸

O realismo escandinavo por sua vez parece rejeitar a concepção de um direito natural, bem como de um ideal absoluto de justiça, buscando alcançar o Direito através de uma realidade social e não de modo metafísico. A Escola de Uppsala, representante do realismo jurídico escandinavo, apresenta uma ideia empírica do Direito e uma concepção de que o Direito é fato social. Preocupa-se tanto com a análise hermenêutica, quanto com a delimitação da dimensão ontológica do Direito¹⁹

¹⁷ BITTAR, E.C.B. "Linguagem e interpretação de textos jurídicos: estudo comparado entre realismos jurídicos". *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n. 1, p. 139-167, 2021.

¹⁸ BOBBIO, N. *Teoria da norma jurídica*, EDIPRO, Bauru, 2001.

¹⁹ GRUBBA, L.S. & MONTEIRO, K.F. *Idem*.

No realismo francês parte-se da constatação de que o juiz cria o direito. É isso o que afirma Michel Troper, realista francês, exemplificando com a criação do direito administrativo na França pelo *Conseil d'État*, órgão da jurisdição administrativa²⁰.

Entrando especificamente na teoria da norma de Riccardo Guastini é preciso avaliar o que se pretende sublinhar no trabalho no autor, para que não se caia em voluntarismos, subjetivismos, achismos ou em um sentimento de vazio, dado ser vasta sua obra. Assim o espaço do artigo é breve e seletivo e assim agirá o autor. O foco estará voltado na distinção na teoria da norma e da interpretação jurídica, insertos no realismo jurídico.

Para Guastini²¹, interpretação jurídica é a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo, sendo texto normativo qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa e, por isso, identificável *prima facie* como fonte do direito dentro de um sistema jurídico dado. Um documento normativo (uma fonte do direito) é um agregado de enunciados do discurso prescritivo.

Para o doutrinador italiano disposição é qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo, ou seja, qualquer enunciado do discurso das fontes e norma é todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou fragmento de disposição, ou a uma combinação de fragmentos de disposições). Em direito, a interpretação é reformulação dos textos normativos das fontes.

Guastini (2005)²² enfatiza que interpretar não é conhecer, mas produzir normas, pois propriamente, a locução "conhecer normas" pode apenas designar a constatação, a descrição, o levantamento de uma ou mais interpretações alheias. A interpretação pertence ao gênero das definições assim chamadas estipulativas, ou definições por antonomásia (propostas de atribuição de um dado sentido a um dado vocábulo). Pelo contrário, a descrição de interpretações alheias pertence ao gênero das definições chamadas léxicas (levantamentos de usos linguísticos efetivos).

É necessário precisar que no cerne da interpretação, as decisões jurisdicionais não são entidades do "dever ser": são simples fatos sociais, dos atos humanos que ocorrem no tempo e no espaço, em suma: dos fatos empíricos que podem ser descritos mediante enunciados indicativos, verdadeiros ou falsos, e precisamente mediante enunciados suscetíveis de ser verificados ou falseados pela experiência. As proposições que afirmam a vigência de uma norma, em particular, serão verificadas se, e somente se, a norma em questão for realmente aplicada pelos juízes. Em passagem oportuna o autor ressalta²³:

Pode-se muito bem dizer de um jurista, ou de um cidadão particular, que ele "interpreta" o direito; mas não seria apropriado dizer que um jurista, ou um particular "aplica" o direito. Em segundo lugar, interpretação e aplicação são atividades que se exercem sobre objetos diferentes: propriamente falando, a interpretação tem por objeto (não normas, como inclusive se costuma dizer, mas antes) textos normativos, ao passo que a aplicação tem como objeto normas em sentido estrito (entendidas como o conteúdo de sentido dos textos normativos). Portanto, a aplicação não coincide com a interpretação pela boa razão de a pressupor (ou a incluir como sua parte constitutiva).

A interpretação, em sentido estrito, é empregado para referir-se à atribuição de significado a uma formulação normativa diante de dúvidas ou controvérsias em torno do seu campo de aplicação: um texto – diz se – requer interpretação (somente) quando o seu significado é obscuro e contestado, quando é dúbio se ele for ou não aplicável ao caso em particular²⁴.

²⁰ TROPER, M. *A filosofia do direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2008.

²¹ GUASTINI, R. *Idem*.

²² GUASTINI, R. *Idem*.

²³ GUASTINI, R. Ob. Cit., 126.

²⁴ GUASTINI, R. *Idem*.

Em sentido lato, interpretação é empregado para referir-se a qualquer atribuição de significado a uma formulação normativa, independentemente de dúvidas e controvérsias. Segundo esta forma de utilizar o termo em exame, qualquer texto, em qualquer situação, requer interpretação. Em uma frase interpretação é reformulação de textos²⁵.

2.4. Direito constitucional pós-positivista

2.4.1. Friedrich Muller

Friedrich Muller afirma que precisamos não do antipositivismo, mas de uma teoria pós-positivista do direito (este termo está sendo empregado desde a 1ª edição da *Juristische Methodik*, em 1971). Ela foi concebida desde meados dos anos 1960 e publicada a partir de 1966 no livro *Normstruktur und Normativitat*. Ele concebe o trabalho jurídico como um processo a ser realizado no tempo, e os enunciados nas codificações como textos de normas (no sentido da linguística como formulários de textos, no sentido da filosofia da linguagem de Charles Sanders Peirce como expressões com significância, mas ainda não com significado), ou seja, como pré formas legislatórias da norma jurídica, que por sua vez está por ser produzida no decurso temporal da decisão.²⁶

O doutrinador alemão enfrenta o tema da cisão normativa, sob o âmbito programa da norma/âmbito da norma. Isso quer dizer que a norma jurídica não existe *ante-casum*: o caso da decisão é coconstitutivo. O texto da norma no Código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado "concretização". A norma jurídica criada no caso está estruturada segundo "programada da norma" e "âmbito da norma"; ela é, portanto, um conceito composto que torna o problema tradicionalmente irresolvido de "ser e dever ser" operacional e trabalhável.

Seu trabalho intitulado "O novo paradigma do Direito", flagrantemente é uma tentativa de redefinir respostas às questões forma/substância ou direito/realidade, ou mesmo na prática a distinção como veremos que é anterior, entre texto e norma. Mais que isso, o trabalho do constitucionalista alemão, perpassa a teoria do direito ao transpor os limites da filosofia do direito e da teoria geral do direito ao apontar que não existe nenhuma relação expressável com caráter geral entre direito e realidade.

Sendo assim, toda norma afeta a certos fatos do mundo social, os pressupõe, deve confirmá-los, ou modificá-los. Do conjunto de fatos afetados por um preceito, da parcela de realidade que haja de regula, isto é, do âmbito material, extrai o preceito legal ou "programa normativo", que há de ser interpretado sobretudo mediante os recursos tradicionais, o âmbito normativo na qualidade de parte integrante do preceito. O âmbito normativo não é, por conseguinte, um conglomerado de fatos materiais, senão uma conexão, expressão, expressada como realmente possível, de elementos estruturais extraídos da realidade social desde a perspectiva seletiva e valorativa do programa normativo, que habitualmente se encontram pré formados juridicamente²⁷.

A norma não sobrevive sem a jurisprudência, motor importante que dá azo à força fundante da cisão operada entre âmbito/programa normativo, na medida em que é diante da aplicação do direito que esta norma se faz presente no cotidiano dos particulares. Sua operacionalização, de qualquer modo tem por ponto de partida o texto (sempre, assim como em Guastini), mas dele se diferencia, ao trabalhar com a diferenciação direito/realidade²⁸.

As distinções entre âmbito material, âmbito normativo e programa normativo, suas subdistinções em cada caso concreto e o trabalho com estes conceitos estruturais

²⁵ GUASTINI, R. *Idem*.

²⁶ MULLER, F. "O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito", *Revista dos Tribunais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

²⁷ MULLER, F. *Idem*.

²⁸ MULLER, F. *Idem*.

não podem, em resumo, nem garantir sozinhos que as decisões sejam corretas, nem substituir os métodos tradicionais e recentes da aplicação do direito.

2.4.2. Robert Alexy

O Ministro Barroso²⁹, ao tratar do pós-positivismo, atribui seu surgimento à superação histórica do jusnaturalismo e ao “fracasso político do positivismo”³⁰ que abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. Nesse bojo se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Para Alexy³¹, princípios são mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquele que é fática e juridicamente possível. A distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.

Segundo Alexy³², um conflito entre regras somente pode ser solucionado ao introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou pelo menos uma das regras for declarada inválida ao passo que a colisão entre princípios deve ser solucionada de forma completamente diversa. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão de validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão de peso. Esse conflito deve ser resolvido por meio de um sopesamento dos interesses conflitantes.

Na perspectiva teórica de Alexy³³, segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Já segundo Ávila³⁴, a ponderação de bens consiste em um método a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento.

A fundamentação racional do sopesamento deve ser orientada pelo princípio da proporcionalidade, que se subdivide em três subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para Ávila³⁵, a adequação exige uma relação empírica entre o meio e fim, ou seja, o meio deve levar à realização do fim. O exame da necessidade por sua vez envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

2.5. A hermenêutica crítica de Lenio Streck

²⁹BARROSO, L.R. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, *Revista de Direito Administrativo*, v. 204, pp. 1-42, 2005.

³⁰ Essa perspectiva auxilia no sentido de desmistificar a ideia de que o positivismo foi responsável pela legalização do nazismo. Em verdade, os nazistas se valeram de decisões judiciais teratológicas, criminosas, desvirtuando a Lei, para conseguir seus intentos.

³¹ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros, São Paulo, 2014.

³² ALEXY, R. *Idem*.

³³ ALEXY, R. *Idem*.

³⁴ÁVILA, H. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Malheiros, São Paulo, 2007.

³⁵ÁVILA, H. *Idem*.

Foi possível observar na reflexão teórica dos três autores apresentados anteriormente (Guastini, Muller e Alexy), que todos eles operam a cisão da norma. Cada qual a sua maneira, sendo que Alexy trabalha especificamente ainda com a teoria da ponderação. Lenio Streck³⁶ a seu cargo, tem críticas sérias a respeito dessa dualidade. Para ele:

Não esqueçamos que texto e norma, fato e direito, não estão separados e, tampouco, um “carrega” o outro; texto e norma, fato e direito, são (apenas e fundamentalmente) diferentes. Por isto, o texto não existe sem a norma; o texto não existe em sua “textitude”; a norma não pode ser vista; ela apenas é (existe) no (sentido do) texto.

Pela transcrição acima, imperioso observar que diferentemente dos autores anteriores, Lenio, não se ocupa de cindir a norma. Ele a concebe de forma una. Isso tem consequências longínquas e duradouras em sua obra.

Streck³⁷ reconhece que a teoria de Robert Alexy exerce um papel importante para a teoria do direito. No nível em que Kelsen deixou para a “política jurídica”, Alexy oferece uma teoria da argumentação (forjada a partir da razão comunicativa de Habermas) para limitar a subjetividade do intérprete. Trata-se da tentativa de estabelecer uma racionalidade da decisão judicial, fechando o problema que o positivismo normativista deixou.

Em outra dimensão aponta que a recepção da ponderação alexyana no direito brasileiro foi equivocada, pois o mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora sua teoria exatamente para racionalizar a ponderação de valores, ao passo que no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração.

Seguindo a linha de Streck, na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. Segundo ele, para Alexy a ponderação não é uma operação na qual se põe dois princípios de lados opostos da balança e se vê qual pesa mais³⁸.

Sendo mais específico Streck aposta não na cisão regra/princípio, mas na diferenciação. A ideia está na teoria integrativa dworkiana, do caráter unificador dos princípios, sendo eles o marco da institucionalização da autonomia do Direito. Isto quer dizer que as regras não acontecem sem os princípios. As regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos. Já os princípios autorizam esta determinação e fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermeneuticamente – vem do reconhecimento da legitimidade.

Streck (2017) trabalha e enuncia três linhas pós-positivistas distintas de regras-princípios existentes. A primeira (distinção lógica), que opera a cisão entre regra e princípio, já demonstrada em linhas anteriores, de Robert Alexy e presente na doutrina brasileira. A segunda, denominada distinção formal-enunciativa, procura diferenciá-los por intermédio de seus enunciados, que seriam abertos no caso dos princípios e fechados no caso das regras. Por sua vez a cisão estrutural retira a o caráter transcendental dos princípios, na medida em que é necessário ultrapassar a discussão meramente semântica.

O trabalho das categorias jurídicas sem a cisão é característica da obra de Streck, que não rompe o círculo hermenêutico e a operação interpretação/aplicação, fazendo com que o operador do direito tem uma vista integral e integrada do fenômeno jurídico.

³⁶STRECK, L.L. “Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista?”, *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010.

³⁷STRECK, L.L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6º ed., Saraiva, São Paulo, 2017.

³⁸ STRECK, L.L. *Idem*.

E mais, ponto importante se ressalta na advertência que é feita ao uso desmedido dos princípios³⁹:

Que os princípios não substituam a legislação democrática, mormente a Constituição, o que, aliás, já vem ocorrendo a partir o fenômeno aqui denominado "pamprincipiologismo". Nesse sentido, é preciso entender que a distinção estrutural alça qualquer *standard* a um grau de normatividade, ficando os próprios princípios – já estabelecidos por uma longa tradição – à mercê da análise *ad hoc* do intérprete (desnecessário nessa altura, repetir o papel desempenhado por princípios, como da benignidade, rotatividade, moderação, redução, intima convicção, verdade real, confiança no juiz da causa, etc.).

É necessário frisar que Gadamer é o grande marco teórico de Streck, pelo que o presente artigo segue rumo a suas considerações e reflexões acerca do entendimento da hermenêutica jurídica, precipuamente no que tange às cisões normativas no âmbito da interpretação constitucional.

2.6. A interpretação jurídica em Gadamer: por uma hermenêutica de verdade

Até aqui foram concatenadas observações acerca das cisões normativas operadas em Riccardo Guastini, Friedrich Muller e Robert Alexy. O objetivo principal destas manobras é demonstrar que constitucionalistas de renome trabalham com a divisão sujeito/objeto, forma/matéria, enquanto Lenio Streck por exemplo, inadmite esta separação.

Importante destacar, que Riccardo Guastini ao separar norma em: disposição e norma, traz a lume, a discussão que interpretar não é conhecer mas produzir significado (normas), ou ainda, a norma seria o resultado concreto da interpretação das disposições, que por sua vez são construídas por intermédio de processos intelectuais de leitura dos textos constitucionais. Tem aqui então a fórmula⁴⁰: T significa S; D significa N.

Por sua vez, Friedrich Muller aponta a cisão normativa em outro plano aparentemente diferente, destacado da visão de Guastini, e, digamos com ordem de fatores com amplitude nova a saber: Norma = Programa Normativo + Âmbito Normativo

O programa normativo é composto por elementos normativos e o âmbito por elementos fáticos, em rápida conclusão. Mas, se compararmos com a fórmula anterior é possível perceber que se aproximam (se imbricam) e ao mesmo tempo se afastam, na medida em que cindem o raciocínio do intérprete na interpretação/aplicação das normas constitucionais.

Ao compararmos com o trabalho de Robert Alexy encontramos mais uma cisão, desta vez, de ordem (qualitativa) segundo, o próprio Alexy, entre regras e princípios. Fácil é perceber que estamos com outro diagrama de percepção da cisão, por outro viés é verdade, mas carregado novamente da separação sujeito/objeto, daquele que interpreta cindido do objeto que é interpretado.

Em Alexy (2014)⁴¹, a leitura que é feita da cisão é entre princípios e regras, sendo os princípios mandados de otimização, aplicáveis mediante ponderação, por intermédio do princípio da proporcionalidade. As regras são aplicáveis ou não pela regra do tudo-ou-nada. Esta é a divisão mais aceita e usada no mundo jurídico hoje.

Pelos três prismas é possível, ajuntando-os, criar uma sentença epistemológica de acordo com a qual, a norma ganha corpo e estatura diferente das já vistas até aqui. Pelo menos é o que parece neste voo de relance. A diferença entre disposição e norma, serve à diferença entre programa e âmbito normativo que serve à entre princípio e norma.

³⁹ STRECK, L.L. *Idem*.

⁴⁰ T = texto. S = Sentido. D = Disposição. N = Norma.

⁴¹ ALEXY, R. *Idem*.

As imbricações possíveis são as de o trabalho de Guastini é por se tratar de semântica e sintaticamente mais elaborado, por conter tecituras relativas às diferenciações de texto e sentido, e, de disposição e norma, acabam por validar, as cultivadas por Muller entre programa e âmbito normativo e por Alexy entre princípio e regra.

Quando um dispositivo, ou um pedaço de dispositivo, ou um agrupado de dispositivos, por exemplo, é passado pelo filtro constitucional do intérprete é possível que se extraia ou uma regra ou um princípio (Alexy). Em Muller, a configuração do princípio e da regra, vai depender da leitura do programa normativo, em conjunto com os fatos do âmbito, para que então se possa saber, por exemplo, se é uma regra ou um princípio.

Já em Streck não há separação normativa há antes de tudo complementariedade, pois fato e norma (Muller), texto e norma (Guastini) não se separam, são apenas diferentes. Com isso chega-se ao ponto fulcral do artigo que é o cotejamento com as ideias do filósofo Hans-Georg Gadamer.

A tarefa da interpretação em Gadamer consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à Lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter ideia daquilo que estamos às voltas⁴².

Para o filósofo, entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. A ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação.

Com ele, a hermenêutica se transformará de simples técnica de compreensão das ciências do espírito (segundo Dilthey) em uma ontologia do intérprete e de seus condicionamentos existenciais. A compreensão, a interpretação e a aplicação, que eram três momentos diferentes segundo a antiga hermenêutica, sob a teoria de Gadamer adquiriram caráter indivisível⁴³.

A real finalidade da hermenêutica jurídica é "encontrar o Direito" (seu sentido) na aplicação "produtiva" da norma, pois a compreensão não é um simples ato reprodutivo do sentido original do texto, senão, também, produtivo. O processo hermenêutico, cuja estrutura é circular, exigirá que o intérprete permaneça aberto para "escutar" a mensagem da norma, a que, por sua vez, procederá como se estivesse respondendo a uma pergunta daquele. Esse movimento circular faz com que a norma "fale" mais, enquanto mais clara seja a pergunta, e, por outro lado, permite que o intérprete acrescente cada vez mais sua pré-compreensão à interpretação, enquanto maior seja o significado que a norma "revele". Isso implica que nenhum intérprete pode pretender reconstruir a intenção do legislador sem assumir que sua própria pré-compreensão faz, por sua vez, parte desse processo interpretativo, produzindo a cada nova leitura um novo sentido⁴⁴.

⁴² GADAMER, H.G. *Verdade e método I* – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed., Editora Vozes, Petrópolis, 2002.

⁴³ LOPES, A.M.D.A. "A hermenêutica jurídica de Gadamer". *Revista de Informação Legislativa*, ano, 37 n. 145, p. 101-112, 2000.

⁴⁴ Tradução Livre: move-se insensivelmente ao escopo da situação do sujeito investigador e aos objetivos da própria ciência.

Dessa maneira, não se pode falar de uma “verdade” na interpretação, como se fosse um conhecimento fixo ou pré-existente à compreensão, mas se trata de uma “verdade” construída dialógica, consensual e procedimentalmente. Segundo Gadamer (2002), a verdade “se desplaza insensiblemente al ámbito de la situación del sujeto investigador y de las finalidades de la misma ciencia⁴⁵”. A pretensão reguladora de uma norma deve ser entendida como o início de todo um processo interpretativo e aplicativo.

É perceptível que a hermenêutica gadameriana jurídica traz consigo elementos de diversos matizes, entre estes, o do círculo hermenêutico, onde o intérprete com suas pré-compreensões é parte importante do processo, de onde parte e onde termina o processo interpretativo. Neste percurso a análise dos elementos normativos, fáticos e valorativos, passa pelo crivo da razão e certamente da técnica que possui o intérprete.

Para se falar em uma hermenêutica de verdade, ao fim e ao cabo das imbricações e afastamentos produzidos ao longo da jornada empreendida neste artigo necessário é pensar o processo de interpretação/aplicação de modo um tanto quanto diferente. Isso porque, por mais que as teorias enunciadas contenham elementos fortes que sustentem argumento válidos aptos a amparar os métodos de interpretação necessário é ir além, buscando sufragar o *plus* que falta, quando se trata por exemplo dos chamados casos *indecidíveis*, uma espécie de superlativização dos *hard cases*.

Casos *indecidíveis* são aqueles a que nem Guastini, Muller, Alexy ou Streck, ou Gadamer, tem solução teórica pré-pronta para fornecer como apta de resolução. O caso por exemplo, da judicialização da saúde, que está ficando a cargo do Supremo Tribunal Federal (STF), mesmo decidido em alguns *leading cases* continua sua discussão, no caso, precipuamente, diante da pandemia da COVID-19, em que as vagas de UTI foram disputadas ferrenhamente.

Os casos por exemplo da presunção de inocência/prisão em segunda instância, parecia até certo ponto indecível, tendo em vista as reviravoltas na interpretação do artigo 283 do CPP, e do inciso do artigo 5º da CRFB/88.

Outro caso que levanta discussão acerca da interpretação constitucional é o do julgamento pelo STF da anulação das condenações perpetradas na operação lava jato (a maior contra a corrupção da história do país), em que se parecia estar tudo sedimentado e consolidado e houve uma reviravolta jurídica nos últimos meses. Trata-se de um claro sinal de indecibilidade presente.

Casos assim levantam a necessidade de se desenvolver, ou de se depurar, sim um arquétipo em que sejam eleitos os pontos de destaque de cada um destes ferramentais, de forma simples, leve e comprometida, com o mais próximo se possa atingir da verdade, no termo filosófico-jurídico da palavra.

Assim sendo, a distinção texto-norma é importante no sentido de considerar que o texto é um ponto de partida, nunca de chegada, e, que o mesmo carrega diversos elementos que podem levar ao surgimento de uma tão conclamada norma. De igual modo é virtuoso utilizar o programa e o âmbito normativo, para frisar elementos que são essencialmente normativos e outros que tão só cabem a natureza fática. A seu turno, a divisão entre princípios e regras é válida para qualitativamente, aplicar na prática valores e comportamentos extraídos daqueles textos e normas acima assinalados.

3. Conclusão

A hermenêutica constitucional contemporânea comparada, precipuamente dos autores aqui concatenados tem experimentado processos virtuosos de interpretação/aplicação das constituições correspondentes, e, em *terrae brasiliis*, não é diferente, haja vista, que, importamos as referidas teorias, tendo as obras publicadas no idioma nacional.

Todos os autores consultados têm lugar na doutrina nacional e são cada um a seu modo, bastante consultados e aplicados na *práxis*, seja ela acadêmica ou forense,

de modo que o direito constitucional contemporâneo, tem nelas fervedouro, onde colhe lições diuturnamente.

O trabalho de Riccardo Guastini apesar de ser da escola do realismo metodológico é lembrado no Brasil, por diversos estudiosos, na linha de enfrentamento da distinção disposição *versus* norma e da interpretação enquanto produção e não conhecimento de normas.

Friedrich Muller por sua vez é bastante conhecido no Brasil, principalmente em face de seus trabalhos na Universidade Federal do Ceará (UFC), juntamente com Paulo Bonavides. Há registro de passagens na Universidade de Brasília (UnB), Universidade de São Paulo (USP), entre outras. Suas obras e teorias repercutem fortemente no constitucionalismo brasileiro, principalmente a metódica estruturante e a distinção entre programa normativo e âmbito normativo trazidos neste artigo.

Robert Alexy dispensa comentários, haja vista, ser o autor de direito comparado mais lido no Brasil nas duas últimas décadas. O STF adota declaradamente sua teoria de divisão normativa entre princípios e regras, além da ponderação de princípios. Passa ao largo, quão inúmeras são as obras publicadas com o tema da ponderação e da cisão princípios e regras. Mais à frente tratamos de reunir todas as cisões frente as críticas de Streck e Gadamer, sendo que, Streck apesar de reconhecer o brilho e a grandeza do pensamento de Alexy, por exemplo, não adota, nem referencia tal teoria, pois, acredita e tem em mente que o círculo hermenêutico se perde e a relação sujeito/objeto se deteriora na aplicação da ponderação. Gadamer tão bem expressado, enfatiza que a real finalidade da hermenêutica jurídica é "encontrar o Direito" (seu sentido) na aplicação "produtiva" da norma, pois a compreensão não é um simples ato reprodutivo do sentido original do texto. Ao dizer encontrar o direito, parece se afastar substancialmente de Guastini e também dos demais autores cisórios utilizados.

Ocorre que, Gadamer, acaba por reunir todos os melhores elementos de todos os autores anteriores em seu arquétipo de pensamento. Isso porque, sua hermenêutica jurídica abraça a um só tempo, o processo deôntico de extração e de produção de significado, tão bem pontuados por Guastini, recebe a diferenciação do programa/âmbito normativo de Muller e ainda, mesmo que de forma tangencial adota a ponderação alexyana, pois a ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto.

Retornando a pergunta inicial de que se essas reflexões exsurgem a pergunta central do artigo que é a de se é possível cotejar as cisões, de modo que, após a submissão aos métodos de Streck e Gadamer pleitear o apontamento de caminhos de decisão na jurisdição constitucional desta terceira década do século XXI que sejam aptos a facilitar o processo de enfrentamento das indecidibilidades, a resposta é clara: sim.

Isso porque, a tecitura e a qualidade da escrita, raciocínio e pensamento dos autores consultados é tamanha, que permite releituras, aptas a montar arquétipos novos de decisão em sede de jurisdição constitucional aptos a gerenciar conflitos, decidir demandas, dentro ou fora do código binário (precedente/imprecedente), adotando por exemplo, modelos de auto regulação regulada e proceduralização.

São modelos novos e que trabalham com a estrutura do direito em si, e, não com a matéria desgastada. Proporcionam ambiente salutar para que as partes por elas mesmas direcionem e determinem o direito que querem para si. A complexidade, os paradoxos e a pós-modernidade cada vez mais reclamam por modelos assim.

O Judiciário é claro, deve fornecer estruturas fortes calcadas na democracia e nos direitos fundamentais, para que haja a fruição da paridade de armas. O restante as partes, se devidamente amparadas e esclarecidas por advogados tem plena condição de decidir, ainda mais em casos envolvendo complexidade, como inteligência artificial, nanotecnologia, novos contratos, situações complexas como as redes sociais, com seus robôs e algoritmos. Todos estes temas, o Judiciário ainda engatinha, enquanto aqui ainda tentamos auxiliar com o fornecimento de ferramentas como a proceduralização e a autorregulacao regulada.

Para o fecho, vale ler e reler os clássicos, mas de olho no que esta sendo produzido, em matéria de novas formas de pensar e decidir o direito. Isso porque as cisões ainda são imprescindíveis dado ao fato de a maioria das demandas se resolver pelo código binário, entretanto, as novas demandas reclamam novas estruturas e soluções, todavia, o artigo que ora se intenta se propôs apenas a responder a questão das cisões dos autores no contexto das críticas de STRECK E GADAMER, sendo que preditivamente, tratar das soluções propriamente ditas é tarefa para outra investigação científica, ficando aqui a agudez do leitor por ler um pouco mais.

4. Referências Bibliográficas

- ABBOUD, G. & CAMPOS, R. *Fake news e regulação*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021.
- ABBOUD, G. *Direito constitucional pós-moderno*, Thomson Reuters, São Paulo, 2021.
- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros, São Paulo, 2014.
- ÁVILA, H. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Malheiros, São Paulo, 2007.
- BARROSO, L.R. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil", *Revista de Direito Administrativo*, v. 204, p. 1-42, 2005.
- BITTAR, E.C.B. "Linguagem e interpretação de textos jurídicos: estudo comparado entre realismos jurídicos", *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n. 1, p. 139-167, 2021.
- BOBBIO, N. *Teoria da norma jurídica*, EDIPRO, Bauru, 2001.
- DWORKIN, R. *O império do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2003.
- FERRAZ JÚNIOR, T.S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6º ed., Atlas, São Paulo, 2010.
- GADAMER, H.G. *Verdade e método I - traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 15. ed., Editora Vozes, Petrópolis, 2002.
- GRONDIN, J. *Hermenêutica*, Parábola, São Paulo, 2012.
- GRUBBA, L.S. & MONTEIRO, K.F. "Realismo jurídico norte-americano e realismo jurídico escandinavo: o problema da metafísica". *Prisma Jurídico*, v. 17, n. 2, p. 272-292, 2018.
- GUASTINI, R. *Das fontes às normas*. Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2005.
- GUIMARÃES, R. *Dicionário de mitologia grega*, Cultrix, São Paulo, 1995.
- HARTMAN, F.P. *Inteligência Artificial: Estudos de Inteligência artificial*, Alteridade, Curitiba, 2021.
- KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 1998.
- LEE, K.F. *Inteligência Artificial*, Globo Livros, Rio de Janeiro, 2019.
- LIMA, F.A.D.F. & BARROS, P.A.M. *A hermenêutica filosófica de Gadamer como aporte para superação da hermenêutica jurídica tradicional*, CONPEDI, Florianópolis, 2014.
- LOPES, A.M.D.A. "A hermenêutica jurídica de Gadamer", *Revista de Informação Legislativa*, ano, 37 n. 145, p. 101-112, 2000.
- MULLER, F. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- STRECK, L.L. "Aplicar a 'letra da lei' é uma atitude positivista?", *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010.
- STRECK, L.L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed., Saraiva, São Paulo, 2017.
- SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*, Edipro, São Paulo, 2016.
- TROPER, M. *A filosofia do direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2008.